



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Bestuurlijke punitieve sancties in Nederland in het licht van Europeesrechtelijke vereisten [preadvies]

Adriaanse, P.C.; Barkhuysen, T.; Emmerik, M.L. van

Citation

Adriaanse, P. C., Barkhuysen, T., & Emmerik, M. L. van. (2006). Bestuurlijke punitieve sancties in Nederland in het licht van Europeesrechtelijke vereisten [preadvies]. In *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland - Preadviezen* (pp. 99-157). Alphen aan den Rijn: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12681>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12681>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht
van België en Nederland

PREADVIEZEN

**EUROPEESRECHTELIJKE EISEN
BIJ DE TOEPASSING VAN BESTUURLIJKE
PUNITIEVE SANCTIES**

E. ANKAERT & J. PUT
(EVRM en België)

P.C. ADRIAANSE, T. BARKHUYSEN & M.L. VAN EMMERIK
(EU-recht en Nederland)

Kluwer
2006
Alphen aan den Rijn

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier

© 2006 E. Ankaert & J. Put/P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik

ISBN 90 13 04119 1
NUR 823-302

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, 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 de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

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

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)-overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of opvragen via telefoonnummer 0570-67-34-49.

Inhoudsopgave

	Inleiding	1
DEEL I	EUROPEESRECHTELIJK KADER	
1	Het EVRM en bestuurlijke punitieve sancties <i>E. Ankaert & J. Put</i>	5
1.1	Inleiding	5
1.2	Toepassingsgebied artikel 6 EVRM	5
	1.2.1 <i>Algemeen</i>	5
	1.2.2 <i>Strafzaken</i>	6
	1.2.3 <i>Conclusie</i>	7
1.3	Rechtswaarborgen ex artikel 6 EVRM	8
	1.3.1 <i>Algemeen</i>	8
	1.3.2 <i>Redelijke termijn</i>	9
	1.3.3 <i>Vermoeden van onschuld</i>	9
	1.3.4 <i>Nemo-tenetur-beginsel</i>	9
	1.3.5 <i>Zwijgrecht</i>	10
1.4	Gevolgen van de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM voor de sanctieprocedure	11
1.5	Link met andere internationaalrechtelijke regels	12
	1.5.1 <i>Algemeen</i>	12
	1.5.2 <i>Non bis in idem</i>	13
1.6	Sanctioneringsplichten op basis van het EVRM	14
1.7	De noodzaak van een kaderregeling	15
1.8	Conclusie	16
2	Het EU-recht en bestuurlijke punitieve sancties <i>P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik</i>	18
2.1	Inleiding	18
2.2	Toepassingsgebied	20
2.3	Relatie EU-recht en EVRM	21
2.4	Uitgangspunten	25
	2.4.1 <i>Een geïntegreerde rechtsorde</i>	25
	2.4.2 <i>Een handbavings- en sanctioneringsverplichting voor de lidstaten</i>	26

INHOUDSOPGAVE

	2.4.3 <i>Autonomie van de lidstaten</i>	27
	2.4.4 <i>Communautaire randvoorwaarden</i>	29
2.5	Enkele specifieke rechtswaarborgen	31
	2.5.1 <i>Eerbiediging van de rechten van de verdediging</i>	32
	2.5.2 <i>Ne bis in idem</i>	32
	2.5.3 <i>Redelijke termijn</i>	40
	2.5.4 <i>Vermoeden van onschuld</i>	41
	2.5.5 <i>Nemo-tenetur-beginsel</i>	43
	2.5.6 <i>Zwijgrecht</i>	43
2.6	Gevolgen van de toepasselijkheid van EU-recht voor de sanctieprocedure	46
2.7	Conclusie	49

DEEL II BESTUURLIJKE PUNITIEVE SANCTIES IN BELGIË IN HET LICHT VAN EUROPEESRECHTELIJKE VEREISTEN *E. Ankaert & J. Put*

1	De nationale rechtspraktijk mede in het licht van de Europeesrechtelijke vereisten	53
1.1	Inleiding	53
	1.1.1 <i>Afbakening thema</i>	53
	1.1.2 <i>Begrip "bestuurlijke sanctie"</i>	55
1.2	Het landschap van bestuurlijke sancties en rechtsbescherming	56
	1.2.1 <i>Toelaatbaarheid van bestuurlijke sancties</i>	56
	1.2.2 <i>Soorten sancties</i>	58
	1.2.3 <i>Kwalificatie in het licht van artikel 6 EVRM</i>	58
1.3	Implementatie van de Europeesrechtelijke vereisten	61
	1.3.1 <i>Algemeen</i>	61
	1.3.2 <i>Selectie van knelpunten</i>	63
2	Knelpunten	64
2.1	Keuze voor en samenloop van sanctiestelsels	64
	2.1.1 <i>Keuze voor sanctiestelsels</i>	64
	2.1.2 <i>Samenloop van sanctiestelsels</i>	65
	2.1.3 <i>Non bis in idem</i>	67
	A. Het beginsel	67
	B. Toepassingsgebied	68
	C. Een zelfde feit	68
	D. Sterke of zwakke werking	70

INHOUDSOPGAVE

	2.1.4 <i>Conclusie</i>	73
2.2	Redelijke termijn	74
	2.2.1 <i>Algemeen</i>	74
	2.2.2 <i>Beginpunt</i>	75
	2.2.3 <i>Verhouding verjaringstermijn – redelijke termijn</i>	76
	2.2.4 <i>Gevolgen overschrijding redelijke termijn</i>	76
2.3	De toepassing van het zwijgrecht in het Belgische recht	77
	2.3.1 <i>Algemeen</i>	77
	2.3.2 <i>Beginpunt</i>	78
	2.3.3 <i>Betekenis</i>	79
	2.3.4 <i>Functiescheiding</i>	80
	2.3.5 <i>Conclusie</i>	82
2.4	Publiciteit	82
	2.4.1 <i>Mededeling aan derden</i>	82
	2.4.2 <i>Bescherming privéleven</i>	82
	2.4.3 <i>Naming en shaming</i>	84
2.5	Rechterlijke toetsing van bestuurlijke sancties	85
	2.5.1 <i>Verhouding rechter-bestuur</i>	85
	2.5.2 <i>Rechterlijke controle met volle rechtsmacht</i>	85
	A. Omvang van de rechterlijke controle	85
	B. Hervorming en substitutie?	88
	C. Raad van State	92
	D. Schorsende werking	93
3	Slotbeschouwing	95
DEEL III BESTUURLIJKE PUNITIEVE SANCTIES IN NEDERLAND IN HET LICHT VAN EUROPEESRECHTELIJKE VEREISTEN		
<i>P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik</i>		
1	De nationale rechtspraak mede in het licht van de Europeesrechtelijke vereisten	99
1.1	Introductie: indeling van dit landendeel van de preadviezen	99
1.2	Het landschap van bestuurlijke sancties en rechtsbescherming	100
	1.2.1 <i>Bestuur of rechter?</i>	100
	1.2.2 <i>Korte schets van het huidige en toekomstige bestuurlijke punitieve landschap in Nederland</i>	102

INHOUDSOPGAVE

	1.2.3 <i>Plaats van regeling van de bestuurlijke boete</i>	110
	1.2.4 <i>Welke soorten punitieve bestuurlijke sancties zijn er en hoe worden deze in het licht van artikel 6 EVRM gekwalificeerd?</i>	112
1.3	Implementatie van de Europeesrechtelijke vereisten	115
	1.3.1 <i>EVRM</i>	115
	1.3.2 <i>EU-recht</i>	120
	1.3.3 <i>Selectie van knelpunten</i>	124
2	Knelpunten	126
2.1	Keuze voor en samenloop van sanctiestelsels	126
	2.1.1 <i>Algemeen</i>	126
	2.1.2 <i>Ne bis in idem en una via</i>	127
2.2	Het zwijgrecht en de scheiding van inlichtingenfase en opsporingsfase	130
	2.2.1 <i>Algemeen</i>	130
	2.2.2 <i>Codificatie in de Vierde Tranche Awb</i>	131
	2.2.3 <i>Organisatorische functiescheiding</i>	133
	2.2.4 <i>Resumé</i>	136
2.3	Redelijke termijn	137
	2.3.1 <i>Algemeen</i>	137
	2.3.2 <i>Redelijke termijn en bestuurlijke boetes</i>	138
2.4	Publiciteit ten aanzien van overtredingen en boetebesluiten	142
2.5	De bijzondere rol van de rechter bij toetsing van punitieve bestuurlijke sancties	146
	2.5.1 <i>Algemeen beeld</i>	146
	2.5.2 <i>Knelpunten: de wettelijk gefixeerde boete</i>	147
3	Slotbeschouwing	152

Inleiding

Als thema voor de preadviezen voor de sectie publiekrecht van uw vereniging is dit jaar de bestuurlijke punitieve sanctie gekozen. Deze sanctie – waarvan de bestuurlijke boete het voorbeeld bij uitstek is – mag zich zowel in België als in Nederland in een toenemende populariteit verheugen. De afgelopen decennia heeft zich in beide landen een belangrijke verschuiving voorgedaan van strafrechtelijke sanctionering naar bestuurlijke punitieve sanctionering. Een verschuiving die overigens nog niet ten einde lijkt te zijn gekomen. Leidend daarbij is met name de verwachting van efficiencywinst: bestuurlijke sancties kunnen immers, anders dan binnen de kaders van het strafrecht, worden opgelegd zonder (voorafgaande) tussenkomst van de rechter.

Ongeveer tegelijk met de opkomst van de bestuurlijke punitieve sancties hebben ook het EVRM en het EG/EU-recht een belangrijke evolutie doorgemaakt en het is juist ook vanuit het Europeesrechtelijk perspectief dat de ontwikkelingen rondom de figuur van de bestuurlijke punitieve sanctie belangrijke vragen oproepen. Stelt het Europese recht grenzen aan het gebruik van deze vorm van sancties? Welke procedurele waarborgen gelden wanneer het bestuur punitieve sancties oplegt? En: kan het Europese recht het bestuur verplichten toepassing te geven aan bestuurlijke boetebevoegdheden? Een duidelijk zicht op de relevante Europeesrechtelijke vereisten is essentieel voor de (verdere) vormgeving van het sanctiestelsel op nationaal niveau.

In deze preadviezen staat dan ook de vraag centraal welke Europeesrechtelijke vereisten gelden ten aanzien van bestuurlijke punitieve sancties en hoe daarmee in België respectievelijk in Nederland wordt omgegaan. Om deze vraag adequaat te kunnen behandelen en een vergelijking tussen de ontwikkelingen in België en Nederland te faciliteren, is besloten de Belgische en Nederlandse preadviezen in één boekje samen te brengen. Daarin volgt, na deze inleiding, in deel I het Europeesrechtelijke kader dat een echte coproductie is van de Belgische en de Nederlandse preadviseurs. De eersten nemen het EVRM voor hun rekening en de Nederlandse preadviseurs richten zich op het EG/EU-recht. Daarna volgt in deel II van de hand van de Belgische preadviseurs een analyse van de wijze waarop in de Belgische rechtspraak de bestuurlijke punitieve sanctie tot ontwikkeling is gekomen en hoe daar met de ter zake geldende Europeesrechtelijke vereisten wordt omgegaan. In deel III is een vergelijkbare studie verricht naar de Nederlandse rechtspraak. In beide landdelen is het onderzoek toegespitst op enkele knelpunten bij de implementatie van Europees recht ten aanzien van bestuurlijke punitieve sancties. Deze knelpunten zijn na een verkennend onderzoek naar potentiële problemen op dit

INLEIDING

terrein in België en/of in Nederland in – goed – onderling overleg door de preadviseurs geselecteerd. Een en ander wordt zodanig gepresenteerd dat een vergelijking tussen de Belgische en Nederlandse rechtspraak wordt vergemakkelijkt. De preadviseurs hopen met deze aanpak het wederzijdse leereffect te verhogen.

Leuven, 28 september 2006

E. Ankaert en J. Put

Leiden/Amsterdam, 28 september 2006

P.C. Adriaanse, T. Barkbuysen en M.L. van Emmerik

DEEL III
BESTUURLIJKE PUNITIEVE SANCTIES IN NEDERLAND IN HET
LICHT VAN EUROPEESRECHTELIJKE VEREISTEN

Bestuurlijke punitieve sancties in Nederland in het licht van Europeesrechtelijke vereisten

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik¹

1 De nationale rechtspraak mede in het licht van de Europeesrechtelijke vereisten

1.1 INTRODUCTIE: INDELING VAN DIT LANDENDEEL VAN DE PREADVIEZEN

In dit landendeel van de preadviezen staan de bestuurlijke punitieve sancties in Nederland centraal, met de nadruk op de bestuurlijke boete. In het eerste hoofdstuk van dit deel zal worden gezien hoe laatstgenoemd instrument zich in Nederland heeft ontwikkeld, welke verschillende (punitieve) bestuurlijke sancties kunnen worden onderscheiden, hoe in algemene zin al dan niet gevolg wordt gegeven aan Europeesrechtelijke vereisten terzake en welke (potentiële) knelpunten zich daarbij manifesteren. Daarbij wordt waar relevant teruggegrepen naar de uitwerking van deze vereisten met betrekking tot bestuurlijke boetes in het Europeesrechtelijke deel (EVRM en EU-recht) van deze preadviezen. In het tweede hoofdstuk van dit deel wordt vervolgens nader ingegaan op een aantal van deze knelpunten en mogelijke oplossingen. Om de rechtsvergelijking te faciliteren worden dezelfde knelpunten ook in het Belgische landendeel uitgewerkt. Het derde hoofdstuk bevat een slotbeschouwing waarin de belangrijkste bevindingen uit dit landendeel worden samengebracht en voorstellen worden gedaan om geconstateerde knelpunten weg te nemen. Voorts zal daarin worden gereflecteerd op toekomstige uitdagingen op het terrein van de bestuurlijke boete en terzake geldende Europeesrechtelijke vereisten.

1. Mr. P.C. Adriaanse is universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Prof. mr. T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Mr. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden (in zijn vorige functie was hij vanuit het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties betrokken bij de voorbereiding van het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb, in het bijzonder het onderdeel betreffende bestuurlijke boeten). Met dank aan mr. F.M.J. den Houdijker en mr. C. de Kruif, verbonden aan de Leidse afdeling staats- en bestuursrecht, voor hun waardevolle assistentie. De tekst van dit landendeel is afgesloten op 28 september 2006.

1.2 HET LANDSCHAP VAN BESTUURLIJKE SANCTIES EN RECHTSBESCHERMING

1.2.1 *Bestuur of rechter?*

De idee dat ook het bestuur, naast de strafrechter, sancties zou kunnen opleggen bij een geconstateerde normovertreding van een burger of onderneming, heeft in de vorige eeuw langzaam en deels sluipenderwijs postgevat. Van oudsher was reeds in het belastingrecht, een deel van het bijzondere bestuursrecht (zij het dat dit met name door de beoefenaren van het fiscale recht lang niet zo is gezien), de zogenaamde verhoging, een administratieve boete, erkend als een mogelijke reactie op overtredingen door belastingplichtigen. In overige delen van het langzaam maar gestaag opkomende en in de loop van de jaren steeds meer uitdijende bestuursrecht waren administratieve sancties lange tijd nog een ondergeschoven kindje. Halverwege de vorige eeuw, met name met de totstandkoming van de Wet economische delicten (WED) in 1950, stond bij de handhaving van het zogenaamde economische ordeningsrecht (tegenwoordig spreekt men doorgaans van economisch bestuursrecht) de strafrechtelijke sanctionering², dus afdoening door de strafrechter, nog centraal. Die laatste kon naast het opleggen van geldboeten bijvoorbeeld ook een onderneming laten sluiten. Zo langzamerhand ging de – aanvankelijk vooral academische – discussie over de vraag of met de groei van het aantal administratieve wetten (op diverse terreinen, zoals het ruimtelijk bestuursrecht, het sociaal verzekeringsrecht en het milieurecht) niet ook het arsenaal aan administratieve sancties zou moeten worden uitgebreid. In de jaren vijftig van de vorige eeuw wijdde de Vereniging voor Administratief recht (de VAR)³ dan ook een aantal jaarvergaderingen aan administratieve sancties. In de preadviezen van 1954 stond de politiedwang centraal, die wij heden ten dage zouden kenschetsen als de reparatoire maatregel van bestuursdwang.⁴ De preadviezen van 1957 van Belinfante en Mulder hadden als onderwerp de verhouding van administratieve sancties en straffen.⁵

In zijn preadvies van 1957 brak Belinfante een lans voor een duidelijkere scheiding tussen sancties in het administratieve recht en strafrechtelijke sancties: ‘de een deukt de geschonden rechtsorde uit, de ander poetst de krassen en vlekken uit. De administratieve sanctie is gericht op het in het leven roepen van de

2. ‘Sanctionering’ en ‘sanctioneren’ worden hier steeds gebruikt in de zin van het opleggen van sancties.

3. Thans Vereniging voor bestuursrecht, maar nog steeds afgekort als VAR (zie nader <www.verenigingvoorbestuursrecht.nl>).

4. W.F. Prins en H.D. van Wijk, *Politiedwang*, Preadvies VAR, Haarlem 1954.

5. A.D. Belinfante en A. Mulder, *De verhouding van administratieve sancties en straffen*, Preadvies VAR, Haarlem 1957.

gewenste toestand, de strafsanctie wil een extra leed opleggen'.⁶ Belinfante achtte het niet vanzelfsprekend om steeds op de overtreding van administratieve voorschriften een strafrechtelijke reactie te laten volgen. In veel gevallen zou een administratieve sanctie mogelijk passender zijn, met name omdat in het administratieve recht na overtreding van de gestelde norm de gewenste toestand veelal alsnog te herstellen is.⁷ Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat Belinfante de administratieve boete als een herstelsanctie beschouwde. Ook deze sanctie was gericht op het 'zoveel mogelijk uitdeuken van de rechtsorde'. Deze sanctie mocht volgens hem niet gericht zijn op het opleggen van extra leed, maar slechts het voordeel wegnemen van het niet naleven van een norm en een aansporing vormen om dit in de toekomst wel te doen.⁸

Mulder constateerde daarentegen dat er – anders dan bijvoorbeeld in de toenmalige Franse literatuur – in de Nederlandse doctrine tot dan toe weinig verontrusting doorklonk over de ontwikkeling dat de administratie steeds meer sancties tot haar beschikking kreeg en daarmee mogelijk als een soort pseudo-strafrechter zou kunnen gaan optreden. Hij wees daarbij op de tegengestelde opvatting, namelijk het enthousiasme bij beoefenaren van het belastingrecht om juist op dat terrein steeds meer met verhogingen, dat wil zeggen administratieve boeten, te werken.⁹ Mulder schetste ook de voor- en de nadelen van de sanctieoplegging door de administratie respectievelijk door de rechter. Als *voordelen* van oplegging door het bestuur noemde hij onder meer dat het bestuur in beginsel beter op de hoogte is van de belangen die in het concrete geval in het geding zijn en hoe deze zich verhouden tot andere relevante belangen. Op die manier kan de sanctie snel volgen op het niet naleven van een verbod dan wel gebod. Tot slot is de administratieve afdoening doorgaans minder kostbaar. Als *nadelen* van een dergelijke bestuurlijke afdoening noemde Mulder ten eerste dat het bestuur te veel betrokken is bij de in het geding zijnde belangen. Vervolgens biedt de administratieve dienst volgens hem doorgaans geen waarborgen voor een goede procedure. Tot slot kan ook de rechtseenheid en -gelijkheid in het gedrang komen door de veelheid aan administratieve diensten. Het voordeel van het inschakelen van de strafrechter is volgens Mulder dan ook dat deze over voldoende mate van distantie beschikt en niet organisatorisch is verbonden met de personen die een onderzoek hebben ingesteld naar de betrokken normovertreding. Ten slotte is een zorgvuldige procedure gewaarborgd en zijn de rechtseenheid en -gelijkheid gebaat bij een rechterlijke betrokkenheid. Als nadelen van afdoening door de strafrechter noemde Mulder het feit dat deze minder vertrouwd is met de op het spel staande belan-

6. Belinfante 1957, p. 41-41.

7. Belinfante 1957, p. 12-13.

8. Belinfante 1957, p. 37-38.

9. Mulder 1957, p. 46-47 met nadere verwijzingen.

gen en daarmee minder in staat is om een goede afweging te maken van alle in het geding zijnde bestuurlijke belangen. Voorts duurt een rechterlijke procedure betrekkelijk lang en zijn er hogere kosten mee gemoeid. Mulder concludeerde dat de wetgever bij de keuze voor administratieve of rechterlijke oplegging van sancties in het administratief recht van geval tot geval een afweging van de genoemde voor- en nadelen zal moeten maken.¹⁰ De reden om Mulders analyse hier betrekkelijk uitvoerig weer te geven, is dat deze ook anno 2006 nog uitermate actueel en bruikbaar is.

Tijdens de beraadslaging over deze VAR-preadviesen waarschuwde Böhntlingk echter voor het gevaar dat het bestuur zelf bestraffende (op leedtoevoeging gerichte) sancties kan gaan opleggen. Naar zijn oordeel gingen de preadviesen er ten onrechte van uit dat de wetgever bevoegd is 'dergelijke griezelige administratieve sancties met strafkarakter in het leven te roepen en desgewenst in handen van de administratie te stellen.'¹¹ In de niet talrijke literatuur in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw vielen ook waarschuwende woorden te beluisteren met betrekking tot het *versterken* van het punitieve arsenaal van het bestuur. Oostenbrink sprak voorts een voorkeur uit om de oplegging van punitieve sancties aan de strafrechter te laten als de op dat terrein meest deskundige functionaris.¹² Van Angeren brak tot slot een lans om de bevoegdheid tot het opleggen van sancties in het bestuursrecht exclusief bij de administratieve rechter te leggen.¹³

1.2.2 *Korte schets van het huidige en toekomstige bestuurlijke punitieve landschap in Nederland*

De opmars van de bestuurlijke boete

Ondanks de waarschuwende woorden van Böhntlingk is de bestuurlijke boete vooral sinds het eind van de jaren tachtig van de vorige eeuw steeds populair-

10. Mulder 1957, p. 77-78.

11. Zie het verslag van de vergadering van de VAR 1957, Haarlem 1957, p. 11-12.

12. J.J. Oostenbrink, *Administratieve sancties* (diss. Utrecht), Den Haag 1967, p. 137.

13. J.A.M. van Angeren, *De sanctionering van het administratief recht*, Preadvies VAR, Groningen 1971, p. 32-37. Hij onderscheidt twee hoofddoeleinden van het administratieve sanctierecht, namelijk *preventie*, het voorkomen van dreigende niet-naleving of van een herhaling van een reeds plaatsgevonden niet-naleving en *reactie*, het wegnemen van de schadelijke gevolgen van de niet-naleving (dit is naar zijn oordeel ruimer dan herstel, zie p. 2-3). Daartoe is er een tweetal hoofdsancties, namelijk een ge- of verbod met dwangsom en een vorm van schadevergoeding. Daarnaast noemt hij de sancties politiedwang (thans bestuursdwang) en de intrekking van de vergunning. De administratieve boete noemt hij nergens met zoveel woorden. Dit kan mogelijk worden verklaard uit het feit dat dergelijke punitieve bestuurlijke sancties niet gericht zijn op de door hem genoemde doeleinden van administratieve sancties, te weten preventie en reactie.

der geworden. De aanzet hiervoor vormde het geesteskind van de reeds genoemde Mulder, de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften in 1989.¹⁴ Op basis van deze zogenoemde Wet-Mulder werden bepaalde lichte verkeersovertredingen uit het strafrecht gehaald en voortaan bestuurlijk afgedaan. Vanaf dat moment werd in politiek Den Haag ook steeds vaker de term ‘handhavingstekort’ gebruikt. Daarmee gaf men aan dat de strafrechtsketen overbelast raakte en dat derhalve te veel normovertredingen ongesanctioneerd bleven. Er werd dan ook naar oplossingen gezocht. De bestuurlijke boete werd in dat kader gepresenteerd als ei van Columbus en haarlemmerolie tegelijk.

Geheel in lijn daarmee bracht de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsvraagstukken (CTW) in 1994 een belangrijk rapport uit waarin zij voorstelde de bestuurlijke boete op veel grotere schaal in te zetten bij de handhaving van bestuursrechtelijke wetten. Daartoe reikte het rapport de wetgever een toetsingskader aan waarmee deze kon bepalen of de introductie van de bestuurlijke boete op een bepaald terrein wenselijk was. Tot slot werd vastgesteld dat de normen die zich voor bestuurlijke beboeting leenden aan de volgende kenmerken dienden te voldoen:¹⁵

- de norm heeft slechts een geringe normatieve lading;
- bij overtreding van de norm treedt normaal gesproken geen lichamelijk letsel of materiële schade op;
- de norm is voldoende duidelijk, zodat overtreding eenvoudig kan worden vastgesteld;
- de handhavende instantie beschikt over voldoende deskundigheid om de norm adequaat te kunnen handhaven, en
- de handhaving kan plaatsvinden zonder de inzet van ingrijpende dwangmiddelen, in het bijzonder vrijheidsbeneming.

Het kabinet heeft de belangrijkste aanbevelingen uit het rapport van de CTW overgenomen.¹⁶ Deze boete-euforie bleef echter niet gespeend van tegenreacties. In zijn Amsterdamse (Vrije Universiteit) oratie waarschuwde Michiels

14. Zie voor een schets van deze ontwikkelingen onder meer L.F.M. Verhey & N. Verheij, *De macht van de marktmeesters – markttoezicht in constitutioneel perspectief*, Preadvies NJV, Deventer 2005, p. 254-258; H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer 2005, p. 17-33 en F.M.J. den Houdijker, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?*, Preadvies Jonge VAR 2005, Den Haag 2006, p. 15-19 met nadere verwijzingen. Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen ook de kroniek ‘Handhaving van bestuursrecht’ van L.J.J. Rogier die reeds vele jaren periodiek verschijnt in het *NTB*.

15. CTW-advies 1994/1, *Handhaving door bestuurlijke boeten*, Den Haag 1994. Dit toetsingskader is onder meer geciteerd in Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, *Voorontwerp Vierde Tranche Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag 1999, p. 94-96.

16. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 400 VI, nr. 48.

meteen voor een al te enthousiast gebruik van de bestuurlijke boete.¹⁷ En ook daarna vroeg Michiels in zijn VAR-pleidooi uit 1995 bijzondere aandacht voor adequate rechtsbescherming die voldoet aan alle verdragsrechtelijke eisen (waar hij met name doelde op het EVRM) bij het steeds vaker bewandelen van de punitieve (snel)weg.¹⁸ Ten slotte verscheen in de jaren negentig ook een groot aantal wetenschappelijke publicaties over het bestuurlijk sanctierecht, waarin de vereisten van het EVRM prominent aan de orde kwamen.¹⁹

Een verdere opmars ondanks de Commissie Michiels

In 1998 bracht de Commissie – van dezelfde – Michiels een rapport uit met als één van de belangrijkste conclusies dat bij de handhaving van bestuursrecht vooral gebruik moest worden gemaakt van *bestaande* handhavingsmechanismen (zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk). Ten aanzien van de verdere uitbreiding van het instrument van de bestuurlijke boete moest – zeker op decentraal niveau – volgens deze Commissie terughoudendheid worden betracht.²⁰ De regering heeft de conclusies grotendeels overgenomen, behalve op het laatste punt: de regering verwachtte juist nog steeds veel heil van de invoering van bestuurlijke boetes.²¹ Sinds 1998 is dan ook in een zeer groot aantal bijzondere wetten de mogelijkheid van de oplegging van bestuurlijke boetes geïntroduceerd. Inmiddels is het opleggen van een bestuurlijke boete niet alleen in het belastingrecht en het verkeersrecht (de Wet-Mulder) mogelijk maar ook op zeer uiteenlopende andere terreinen, zoals de sociale zekerheid, het arbeidsom-

17. F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?* (oratie VU), Zwolle 1994.

18. F.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling*, Preadvies VAR, Alphen aan den Rijn 1995, p. 117-118.

19. Zie onder meer L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel* (diss. Rotterdam), Arnhem 1992; M.W.C. Feteris, *Fiscale administratieve sancties en het recht op een behoorlijk proces* (diss. UvA), Deventer 1993; P. Hazewindus, *Administratieve sancties en het vreemdelingenrecht* (diss. UvA), Arnhem 1994; J.F.L. Roording, *Sancties in de belastingen en de sociale zekerheid* (diss. Nijmegen), Nijmegen 1994; E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad 1998; A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Deventer 1998; O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek* (diss. UvA), Nijmegen 1999; P.G. Wiewel, *Rechtsbescherming tegen bestraffing* (diss. UvA), Nijmegen 1999. Zie ook de eerder genoemde publicaties van 'handhavingsgoeroe' Michiels. Vgl. ook Y. Buruma, *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten* (diss. Leiden), Arnhem 1993.

20. Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Commissie-Michiels), *Handhaven op niveau*, Deventer 1998, p. 98. Michiels denkt er anno 2005 nog steeds zo over, waar hij van oordeel is dat voor het op grote schaal invoeren van bestuurlijke boetebevoegdheden nog steeds geen reden bestaat en de aandacht moet worden gericht op preventieve en op herstel gerichte middelen om het niet naleven van normen tegen te gaan. Zie F.C.M.A. Michiels, *De bestuurlijke boete als remedie tegen handhavingstekorten*, in: *Het straffende bestuur*, Justitiële verkenningen 2005, nr. 6, p. 60-72.

21. *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 800 VI, nr. 67, p. 8-9.

standighedenrecht, het mediarecht, de voedselveiligheid, de mededinging en het financieel toezicht, om slechts enkele voorbeelden te noemen.²²

Uniformering: de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht

Teneinde enige uniformiteit te bewerkstelligen in de diverse – vaak uiteenlopende – boeteregelingen zijn er al lange tijd plannen om een uniforme regeling op te nemen in de Algemene wet bestuursrecht. In 1999 zag reeds een Voorontwerp van een desbetreffende Vierde Tranche Awb het licht. Dit voorontwerp werd opgesteld door de Commissie-Wetgeving algemene regels van bestuursrecht (Commissie-Scheltema) en bevatte een regeling van de bestuurlijke boete.²³ Na diverse consultatierondes is thans een ten opzichte van het voorontwerp licht gewijzigd wetsvoorstel Vierde Tranche Awb aanhangig bij de Tweede Kamer.

Dit voorstel bevat onder meer een uitgebreide regeling van de procedure bij de oplegging van een bestuurlijke boete. Opgemerkt moet worden dat voor de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen – ook in de toekomst – een bijzondere wettelijke grondslag, dus buiten de Awb, is vereist. Van groot belang is verder dat de regering inmiddels is afgestapt van het in 1994 omarmde – relatief strikte – toetsingskader om te bepalen of de invoering van de bestuurlijke boete gepast is. De regering erkent dit ook in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb, waar de diverse reeds genoemde elementen als indicatie voor of tegen de introductie van een bestuurlijke bevoegdheid worden genoemd en niet meer als harde criteria. De enige echte harde ondergrens is dat het bestuur als reactie op een overtreding geen vrijheidsbepalende maatregelen kan opleggen, zonder tussenkomst van de rechter (zie artikel 113, derde lid, van de Grondwet).²⁴ In het kader van de behandeling van het wetsvoorstel OM-afdoening (waarover hierna meer) heeft de minister van Justitie een uitgebreide notitie naar de Tweede Kamer gestuurd met vergelijkbare indicatoren voor de keuze van een bepaald type sanctiestelsel (strafrechtelijk of bestuursrechtelijk).²⁵

22. Zie het overzicht in de memorie van toelichting bij het in de zomer van 2004 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Vierde Tranche Awb, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 168-169: het betreft ruim vijftig bijzondere wetten, waar er inmiddels ook weer enkele bij zijn gekomen, zoals de Drank- en Horecawet.

23. De Algemene wet bestuursrecht beoogt het Nederlandse bestuurs(proces)recht te uniformeren voor alle bestuursniveaus en wordt in delen – zogenaamde tranches – gefaseerd ingevoerd. In de nu voorliggende Vierde Tranche wordt, behalve voor bestuurlijke boetes, een regeling gegeven van onder meer bestuursrechtelijke geldschulden en bestuursrechtelijke handhaving in algemene zin. Zie nader J.E.M. Polak & W. den Ouden, *Harmonisatie van bestuursrecht*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Deventer 2004.

24. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 117-118.

25. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 849, nr. 30.

Uitbreiding bestuurlijk boetearsenaal voor gemeenten

Vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb zijn – onder grote politieke druk – twee wetsvoorstellen met bestuurlijke boetebevoegdheden voor de gemeente bij het parlement aanhangig gemaakt met name ter beperking van lichte vormen van parkeer- en openbare ordeoverlast. Nu de Tweede Kamer wil dat deze wetsvoorstellen met grote spoed in werking treden, moeten naast de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen ook diverse procedurele bepalingen in deze wetsvoorstellen worden opgenomen. Deze bepalingen zullen in de toekomst – met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb – weer vervallen.

In het eerste wetsvoorstel, het wetsvoorstel 'Bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte' krijgt de gemeente (het college van burgemeester en wethouders en in sommige gevallen de burgemeester) voortaan de bevoegdheid bestuurlijke boetes op te leggen bij overtreding van diverse openbare ordenormen, opgenomen in algemene plaatselijke verordeningen (APV's).²⁶ Na amendering door de Tweede Kamer is de reikwijdte van het wetsvoorstel aanzienlijk uitgebreid. Een gemeente kan in dit gewijzigde voorstel kiezen voor bestuurlijke beboeting van overtredingen van in beginsel alle APV-bepalingen en daarnaast van overtredingen van bepalingen gesteld in diverse bijzondere wetten. Bij algemene maatregel van bestuur (een door de regering vastgesteld algemeen verbindend voorschrift) zal worden bepaald welke overtredingen *niet* bestuurlijk kunnen worden afgedaan. Het gaat dan met name om overtredingen die kunnen leiden tot lichamelijk letsel of grote materiële schade.²⁷ Na amendering geldt er dus een 'ja, tenzij'-stelsel, terwijl het regeringsvoorstel veel beperkter van strekking was ('nee, tenzij'). De gemeenten kunnen voor dit stelsel opteren met als gevolg dat dit voor alle in het wetsvoorstel genoemde overtredingen gaat gelden, voor zover zij niet bij algemene maatregel van bestuur zijn uitgezonderd. Er is geen verdere differentiatie mogelijk. Kiezen zij hier niet voor, dan blijft het huidige stelsel van strafrechtelijke afdoening gelden.²⁸ Daarmee wordt derhalve bewust de mogelijkheid van rechtsongelijkheid tussen gemeenten op dit punt aanvaard.

Een grotere verantwoordelijkheid voor de gemeente bij de handhaving van bepaalde verkeersovertredingen ligt ten grondslag aan het tweede wetsvoorstel, het wetsvoorstel 'Bestuurlijke boete fout parkeren en andere lichte verkeersovertredingen'.²⁹ Daarbij geldt dat de rechtsbescherming is geënt op de

26. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 101, nrs. 1-4.

27. Amendement Wolfsen c.s., *Kamerstukken II* 2005/06, 30 101, nr. 18.

28. Zie voor het naar aanleiding van diverse amendementen gewijzigde wetsvoorstel, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 101, nr. 20.

29. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 098, nrs. 1-4.

Wet-Mulder. In het zojuist besproken wetsvoorstel ('Bestuurlijke boete overlant in de openbare ruimte') was in beginsel door de regering voorzien in het reguliere systeem van rechtsbescherming volgens de Awb. Na amendering door de Tweede Kamer is daar nu ook gekozen voor het stelsel van rechtsbescherming volgens de Wet-Mulder.³⁰

Het is nog onduidelijk wanneer beide wetsvoorstellen in werking treden. Naast veel steun leidde de behandeling in de Tweede Kamer namelijk ook tot veel kritische vragen, met name over de verhouding met de Vierde Tranche Awb, het hierna te noemen wetsvoorstel OM-afdoening en de al bestaande Wet-Mulder. Gevreesd werd voor een te onoverzichtelijk boetelandschap met te grote verschillen tussen gemeenten en te veel bevoegde instanties.³¹

Een nieuw geluid: de bestuurlijke boete in het strafrecht

Om de schets van het bestuurlijke punitieve landschap compleet te maken, moet worden vermeld dat de Eerste Kamer onlangs het wetsvoorstel 'OM-afdoening' heeft aangenomen.³² Op grond van dit wetsvoorstel kan de officier van justitie zelfstandig – derhalve zonder tussenkomst van de rechter – een straf of maatregel opleggen voor strafbare feiten waarop maximaal zes jaar gevangenisstraf staat. Onder straf of maatregel wordt verstaan een geldboete of een taakstraf. Anders dan bij de huidige transactiebevoegdheid (het Openbaar Ministerie (OM) en de overtreder komen dan overeen dat na betaling van een bepaald geldbedrag wordt afgezien van vervolging van een strafbaar feit) is voor deze wijze van afdoening geen instemming van de betrokkene vereist. Indien deze zich niet kan vinden in de boete, kan hij in verzet gaan bij de (straf)rechter. Deze wijze van afdoening vertoont sterke gelijkenis met de oplegging van een bestuurlijke boete. Een bestuursorgaan, de betrokken officier

30. Amendement Wolfsen c.s., *Kamerstukken II* 2005/06, 30 101, nr. 17.

31. Zie bijv. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 101, nr. 6, p. 7. De Raad van State sprak in zijn advies over dit wetsvoorstel over 'het risico van wildgroei' door alle (voorgestelde) naast elkaar bestaande en afwijkende stelsels, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 2004/05, 30 101, nr. 4, p. 2. Zie ook A.R. Hartmann, L.J.J. Rogier & C.J. van Roon, 'Bestuurlijke boetebevoegdheden voor de gemeente', *NTB* 2005, 42, p. 305-309; C.L.G.F.H. Albers, 'De wet bestuurlijke boete overlant openbare ruimte. Beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald', *Gemeentestem* 2006, nr. 7247, p. 137-147. Vgl. J.L. De Wijkerslooth, *Een ministerie van Veiligheid? Een verkeerd antwoord op een verkeerde vraag* (oratie Leiden) 2005, die zich erover verbaast dat op grond van het wetsvoorstel bestuurlijke boete in de openbare ruimte de bestuurlijk beboetbare feiten ook strafbaar blijven.

32. *Staatsblad* 2006, 330: de wet treedt in werking op een bij Koninklijk Besluit te bepalen tijdstip. Zie nader *Kamerstukken II en I*, 29 849 en J.L. de Wijkerslooth, *De strafbeschikking*, Preadvis voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Den Haag 2006 met vele nadere verwijzingen.

van justitie, legt immers een boete op.³³ Voorts dient de betrokkene indien hij het niet eens is met de boete zelf, net als bij de bestuurlijke boete, tegen de oplegging ervan actie te ondernemen. Pas op dat moment wordt de rechter er bij betrokken (in het geval van de OM-boete is dat de strafrechter; bij andere bestuurlijke boeten is dat de bestuursrechter). Dit ligt anders bij de transactie, waarbij de (straf)rechter automatisch wordt betrokken indien de verdachte niet instemt met het transactievoorstel en het OM tot vervolging overgaat. Opmerkelijk is dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel OM-afdoening veelvuldig wordt verwezen naar het feit dat de oplegging van boetes door het bestuur in het bestuursrecht al sinds vele jaren schering en inslag is. Voor het strafrecht betekent dit echter een fundamentele breuk met het verleden, aangezien het opleggen van straffen tot nu toe uitdrukkelijk aan de rechter was voorbehouden. In de Eerste Kamer heeft dan ook een principiële discussie plaatsgevonden over de vraag of de zelfstandige strafbeschikking van het OM niet in strijd komt met artikel 113, eerste lid, van de Grondwet: 'Aan de rechterlijke macht is voorts opgedragen de berechting van strafbare feiten.' Wij kunnen ons niet aan de indruk onttrekken dat de minister van Justitie zich wat makkelijk van deze principiële vraag afmaakte door te stellen dat de OM-strafbeschikking moet worden gekarakteriseerd als een 'daad van vervolging' en dat daarmee derhalve geen sprake was van 'berechting' in de zin van voornoemd grondwetsartikel. De Eerste Kamer nam daarmee echter wel genoegen, waarna het wetsvoorstel werd aanvaard.

Hoe men het ook wendt of keert, vastgesteld kan worden dat het bestuur in steeds ruimere mate bevoegdheden krijgt om zonder tussenkomst van de rechter punitieve sancties op te leggen, of deze sancties nu worden gekarakteriseerd als bestuurlijk of als strafrechtelijk. Dit wordt bij uitstek nog eens geïllustreerd door de na amendement in het wetsvoorstel OM-afdoening opgenomen mogelijkheid om de bevoegdheid een strafbeschikking te nemen ook toe te kennen aan andere bestuursorganen dan de officier van justitie. Samen met de eveneens na amendement opgenomen mogelijkheid om de opbrengsten van de OM-boete door te sluizen naar een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, biedt het wetsvoorstel bij uitstek gemeenten nog meer punitieve

33. Het Openbaar Ministerie is immers niet uitgezonderd van de definitie van bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb; belangrijk is wel de uitzondering van artikel 1:6 Awb op grond waarvan de hoofdstukken 2 t/m 8 en 10 van de Awb niet van toepassing zijn op de opsporing en vervolging van strafbare feiten, alsmede de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen. Onder deze uitzondering moet mede worden begrepen de oplegging van een OM-boete en de eventueel daarop volgende verzetprocedure bij de strafrechter, aangezien de strafbeschikking in de wet OM-boete wordt gekwalificeerd als een daad van vervolging. Daarop zijn dus niet de Awb-normen van toepassing.

armslag.³⁴ De Wijkerslooth heeft er terecht op gewezen dat deze eigen verantwoordelijkheid van gemeenten op het terrein van strafrechtelijk beleid tot problemen kan leiden, aangezien er geen gezagsrelaties bestaan tussen het OM en gemeenten, zodat de gemeentelijke beslissingen inzake het lokale straf(vervolgings)beleid niet aan het OM kunnen worden toegerekend.³⁵

Bovendien blijven de transactiemogelijkheid en de bevoegdheid tot het opleggen van een strafbeschikking na inwerkingtreding van het wetsvoorstel – in ieder geval voorlopig – naast elkaar bestaan.³⁶ Verder kan worden opgemerkt dat de Wet OM-afdoening en het wetsvoorstel Bestuurlijke boete fout parkeren mogelijk consequenties zullen hebben voor het voortbestaan van de Wet-Mulder in zijn huidige jasje.³⁷ Opmerkelijk is ook dat de OM-afdoening als bestuursrechtelijke boete weer niet valt onder het algemene Awb-regime, maar een eigen strafrechtelijk procedureel kader kent. Bijzonder daaraan is dat meer procedurele waarborgen worden verlangd naarmate de boete hoger wordt.

Reflectie

In deze *tour d'horizon* zijn nog niet eens alle bestuurlijke punitieve sanctiemogelijkheden genoemd. Zo bestaat er een – lange tijd nauwelijks gebruikte – mogelijkheid in de WED om de strafrechtelijke transactiebevoegdheid in handen van een bestuursorgaan te leggen. Daarin is op het gebied van bijvoorbeeld het milieurecht de laatste jaren weer nieuw leven geblazen. Een dergelijke mogelijkheid bestaat ook in het belastingrecht (artikel 76 Algemene wet inzake rijksbelastingen). Verder kan nog worden gewezen op de mogelijkheid voor gemeenten om het onrechtmatig onbetaald parkeren fiscaal af te doen.

Al met al kan worden geconstateerd dat het punitieve (bestuurlijke) landschap in Nederland zo langzamerhand een onoverzichtelijk geheel is. In het parlement zijn in dit verband dan ook kwalificaties gebruikt als 'warboel' en 'tamelijk rommelig'.³⁸ In een artikel in de bundel *Krom recht* beschrijft Mevis op meesterlijke wijze tot welke absurde resultaten dit veelvoud aan punitieve (bestuurlijke) straffen kan leiden.³⁹ Aan de hand van een individuele casus laat hij zien dat het niet denkbeeldig is dat justitiabelen als gevolg van de diverse boeteregimes het spoor volledig bijster raken. De regering erkent dit ook wel

34. Zie de amendementen Van Haersma Buma, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 18-19.

35. De Wijkerslooth 2006 (*Preadvies*), p. 13-14.

36. *Kamerstukken I* 2005/06, 29 849, C, p. 22-23: de minister van Justitie wil in ieder geval de eerste evaluatie van het functioneren van de strafbeschikking in de praktijk afwachten.

37. Zie nader M.J. Zomer, 'De Wahv tussen bestuursrecht en strafrecht', *JBplus* 2006, p. 91-103.

38. *Kamerstukken I* 2005/06, 29 849, D, p. 1 en *Kamerstukken I* 2005/06, 29 849, B, p. 6.

39. P.A.M. Mevis, 'Bestuurlijke boete in Absurdistan', *Ars Aequi* 2005, p. 580-587.

en heeft bij diverse wetsvoorstellen een overzicht gegeven van de huidige en toekomstige handhavingsmogelijkheden.⁴⁰

Jurgens heeft vanuit het perspectief van de rechtsbescherming een uitgebreide vergelijking gemaakt tussen de voorgestelde regels inzake de bestuurlijke boete en de strafbeschikkingen. Vanwege de op een aantal punten opvallende verschillen bepleit zij een verdere harmonisatie van beide regelingen.⁴¹

Mevis benadrukt ook dat het eerder genoemde Straatsburgse arrest *Öztürk* in 1984 de discussie in Nederland over de constitutionnalité van de oplegging van boetes door het bestuur geheel lam heeft geslagen.⁴² Het betreft hier in het bijzonder de verenigbaarheid daarvan met het reeds genoemde artikel 113, eerste lid, van de Grondwet.⁴³ De grondwetgever heeft aangegeven dat het hier strafbare feiten in de klassieke zin betreft.⁴⁴ Er zijn ons inziens echter terecht stemmen opgegaan om tenminste een fundamenteel debat te voeren over de vraag of de bestuurlijke boete ook grondwettelijk moet worden verankerd.⁴⁵ Hierbij zouden waarborgen kunnen worden gesteld die verder gaan dan die van artikel 6 EVRM, bijvoorbeeld een bepaling die de hoogte van de door het bestuur op te leggen boete maximeert; boven dat bedrag zou dan alleen een strafrechter boetes kunnen opleggen.⁴⁶

1.2.3 Plaats van regeling van de bestuurlijke boete

Vooraf – maar niet alleen – uit de strafrechtelijke hoek is de opkomst van bestuurlijke boetes bekritiseerd. De leidende gedachte van deze criticasters is dat het strafrecht traditioneel met meer waarborgen voor de – vermeende – overtreder is omgeven dan het bestuursrecht. Vanuit deze hoek klinkt dan ook de roep om belangrijke straf(proces)rechtelijke waarborgen van overeenkomstige toepassing te verklaren⁴⁷ of het Wetboek van Strafvordering van een aparte

40. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, 7, p. 5-8 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30 101, nr. 6, p. 3 (met zelfs een schematisch overzicht).

41. G.T.M.J. Jurgens, *Harmoniseren of integreren? De strafbeschikking en bestuurlijke boete vergeleken*, Preadvies voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Den Haag 2006.

42. Mevis 2005, p. 583.

43. Zie bijv. M.J.H.T. Rikmenspoel, 'De bestuursrechtelijke boete en artikel 113 Grondwet: een spanningsveld', *Gemeentestem* 1996, 7023, p. 7-11.

44. *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 11.

45. Zie bijv. R.J.G.M. Widdershoven, 'De bestuurlijke boete in de Grondwet', *NJB* 1998, p. 236-237.

46. Op grond van artikel 53 EVRM staat het verdragspartijen immers vrij verdergaande bescherming dan het EVRM te bieden.

47. Zie met name G.J. Knigge, 'De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RMThemis* 2000, p. 83-96. Vgl. ook O.J.D.M.L. Jansen, *De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht*, Preadvies NJV, Deventer 2002, p. 169-254, i.h.b., p. 228-230.

regeling inzake bestuurlijke boetes te voorzien.⁴⁸ Ook zijn er voorstanders van een apart bestuursstrafrecht(elijk wetboek) waarin zowel recht wordt gedaan aan deze strafrechtelijke waarborgen als aan de bijzondere aard van het bestuursrecht.⁴⁹

De regering erkent in de memorie van toelichting bij de Vierde Tranche dat er overeenkomsten bestaan tussen het strafrecht en het bestuursrecht, maar geeft om een aantal redenen de voorkeur aan een algemene regeling van de bestuurlijke boete in de Vierde Tranche van de Awb. In de eerste plaats zijn diverse strafrechtelijke leerstukken (zoals inzake daderschap, strafuitsluitingsgronden, samenloop en het verbod van *bis in idem*) in een geheel andere context geschreven, vooral gericht op de strafrechter, terwijl de bepalingen inzake de bestuurlijke boete zich vooral op het bestuur moeten richten. In de tweede plaats is de bestuurlijke boete volgens de regering vooral bedoeld voor relatief eenvoudige overtredingen, zowel ten aanzien van de aard als de wijze waarop zij kunnen worden geconstateerd. Dit brengt met zich dat bepalingen uit het strafrecht niet op alle punten zijn toegesneden op de bestuurlijke boete en dat aan bepaalde strafrechtelijke leerstukken in het bestuursrecht ook geen behoefte bestaat.⁵⁰ Wel erkent de regering dat de bepalingen inzake de bestuurlijke boete niet nodeloos moeten afwijken van het strafrecht en op bepaalde onderdelen ook niet kunnen afwijken gezien de (minimum)eisen van artikel 6 EVRM die ook gelden ten aanzien van bestuurlijke boeten.⁵¹

48. Mevis 2005, p. 587 stelt voor het wetsvoorstel OM-afdoening aan te grijpen om in de hoofdcodificatie van strafvordering (het Wetboek van Strafvordering) de grondslag te leggen voor een algemene (strafvorderlijke) regeling voor de bestuurlijke boete. Vgl. C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete en het bestuursprocesrecht. De verschraling van een goede strafvordering', *DD* 2006, p. 17-38, i.h.b. p. 37-38, waar zij in lijn met het wetsvoorstel OM-afdoening bepleit dat bestuursorganen de bevoegdheid krijgen een strafbeschikking op te leggen, waarbij automatisch alle waarborgen van het Wetboek van Strafvordering van toepassing zijn. Hartmann bepleit een veelvuldig gebruik van de in het wetsvoorstel OM-afdoening opgenomen mogelijkheid om bestuursorganen de bevoegdheid te geven een strafbeschikking op te leggen. Deze bevoegdheid gekoppeld aan de ook in het wetsvoorstel opgenomen mogelijkheid om de opbrengsten van de boete aan het betreffende bestuursorgaan te laten toekomen, maakt de reeds genoemde wetsvoorstellen inzake bestuurlijke boetes voor gemeenten overbodig en het geheel van de rechtsbescherming tegen punitief overheidsoptreden een stuk overzichtelijker. Zie A.R. Hartmann, 'Strafbeschikking en bestuurlijke boete: wildgroei in de handhaving?', in: *Het straffende bestuur*, Justitiële verkenningen 2005, nr. 6, p. 84-96.

49. Zie onder meer A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Deventer 1998, p. 74; C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten, Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag 2002, met name p. 413-414 en p. 445-447.

50. Vgl. J.T.K. Bos, *De bestuurlijke boete, raakvlakken van bestuurs- en strafrecht*, Preadvies VAR, Alphen aan den Rijn 1995, p. 119-167.

51. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 124-126.

De regering ziet evenmin heil in een afzonderlijke regeling van de bestuurlijke boete in een aparte Wet op het Bestuursstrafrecht. Zij is van oordeel dat het bestuurs(proces)recht voldoende mogelijkheden in zich bergt om de betrokkene adequate rechtsbescherming te geven.⁵² Bovendien beschikt de bestuursrechter over voldoende instrumenten om juist inzake bestuurlijke boetes passende rechtsbescherming te geven.⁵³

1.2.4 Welke soorten punitieve bestuurlijke sancties zijn er en hoe worden deze in het licht van artikel 6 EVRM gekwalificeerd?

In deze (sub)paragraaf staat centraal de vraag welke soorten punitieve bestuurlijke sancties in het Nederlandse recht zijn te onderscheiden en hoe deze in het licht van artikel 6 EVRM worden gekwalificeerd. In het EVRM-deel van deze preadviezen zijn de eisen om te kunnen spreken van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM en daarmee activering van de strafrechtelijke waarborgen van deze verdragsbepaling, op hoofdlijnen in kaart gebracht. Een belangrijke vraag in deze (sub)paragraaf is hoe de in de Nederlandse rechtspraak gebruikte termen bestraffende en punitieve sancties zich verhouden tot de Straatsburgse notie van de 'criminal charge'. Deze vraag is mede van belang omdat de rechter als het gaat om een 'criminal charge' vol op evenredigheid dient te toetsen en in dat geval ook de waarborgen van de artikelen 6 en 7 EVRM alsmede van artikel 15 IVBPR (BUPO) ten volle gelden. Eerst dienen echter de punitieve sancties te worden onderscheiden van de reparatoire sancties.

Punitief of reparatoir?

Bestuurlijke sancties zijn sancties die door het bestuur en niet door een rechter worden opgelegd. Van oudsher wordt in het Nederlandse bestuursrecht een onderscheid gemaakt tussen zogenaamde reparatoire en punitieve sancties. Volgens dit gangbare onderscheid zijn reparatoire sancties gericht op het herstel van een onrechtmatige situatie; deze onrechtmatige toestand moet met andere woorden weer in overeenstemming met het recht worden gebracht. Bij punitieve sancties staat het bestraffende element voorop: beoogd is leedtoevoeging aan de betrokken overtreder. In het Nederlandse bestuursrecht worden de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang (in vroegere tijden 'politiedwang') in de regel onder de reparatoire sancties geschaard. Bij beide is de last gericht op het herstel van een rechtmatige toestand, bij gebreke waarvan respectievelijk dwangsommen worden verbeurd dan wel het be-

52. Anders dan onder meer C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, 'De bestuurlijke boete: een koekoeksei in het bestuursprocesrecht?', *NTB* 2002, p. 187-198.

53. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 127.

stuur (op kosten van de overtreder) zelf feitelijk optreedt. Het voorbeeld bij uitstek van de punitieve bestuurlijke sanctie is de bestuurlijke boete. Daarnaast zijn er ook nog andere bestuurlijke sancties te onderscheiden. Het probleem is hier echter dat er een grote mate van onduidelijkheid en verschil van mening bestaat over het precieze karakter (punitief of reparatoir) van deze andere bestuursrechtelijke sancties. Dit geldt in het bijzonder voor de intrekking van een begunstigende beschikking, zoals een uitkering, een subsidie of een vergunning.

Alleen van de bestuurlijke boete staat dus zonder meer vast dat er sprake is van een punitieve sanctie. Als het gaat om de intrekking van een begunstigende beschikking (bijvoorbeeld een subsidie of een horecavergunning) zijn de meningen zowel in de rechtspraak als in de wetenschap ernstig verdeeld.⁵⁴ De jurisprudentie op dit terrein is ook zeer casuïstisch. Zo werd lange tijd aangenomen dat het bij de tijdelijke intrekking van begunstigende beschikkingen zou gaan om een punitieve sanctie.⁵⁵ Vrij recent heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) echter in afwijking van haar eerdere jurisprudentie bepaald dat de tijdelijke intrekking van de APK-keuringsbevoegdheid een herstelsanctie is.⁵⁶ Of de Afdeling deze lijn gaat doortrekken naar andere tijdelijke intrekkingen van vergunningen is op het moment van afronding van dit preadvies (begin herfst 2006) nog onduidelijk.

Ook ten aanzien van de vermindering van bepaalde rijksbijdragen of schade-loosstellingen bestaat onduidelijkheid over de vraag wanneer sprake is van een reparatoire dan wel punitieve maatregel.⁵⁷ Met betrekking tot de wijziging van de studiefinanciering voor een uitwonende naar die van een thuiswonende student bij het niet kunnen overleggen van een bewijs van inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie (GBA), heeft de Centrale Raad van Beroep (de Centrale Raad) onlangs bepaald dat het gaat om een herstelsanctie. De Centrale Raad heeft in dat kader de bedoeling van de wetgever geanalyseerd en daaruit afgeleid dat het kunnen overleggen van een bewijs van inschrijving in de GBA een voorwaarde is voor het verkrijgen van een uitwonende beurs. Indien dit bewijs ontbreekt, heeft de student in kwestie slechts recht op een

54. Zie onder veel meer Albers 2002, p. 37-40; Van de Griend 2003, p. 34-38; Bröring 2005, p. 53-60 met nadere verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur. Zie bijv. CBB 10 maart 2005, *AB* 2005, 317, m.nt. Van der Vlies (intrekking van een verklaring op grond van de Wet toezicht effectenverkeer is geen punitieve sanctie).

55. Zie bijv. *ABRvS* 15 februari 2001, *JB* 2001, 88, m.nt. Albers.

56. *ABRvS* 2 november 2005, *AB* 2006, 20, m.nt. Michiels, *JB* 2006, 11, m.nt. Albers. De APK-keuring betreft een periodieke keuring van voertuigen.

57. Zie onder meer Albers 2002, p. 37-40; Van de Griend 2003, p. 34-54; Bröring 2005, p. 53-60; allen met uitgebreide verwijzingen naar de jurisprudentie.

thuiswonende beurs en heeft de maatregel een zuiver reparatoir karakter, namelijk het bewerkstelligen van een juiste toepassing van de wet.⁵⁸ De sluiting van een inrichting wegens overtreding van artikel 13b lid 1 van de Opiumwet (aanwezigheid van harddrugs) is volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State een bijzondere vorm van bestuursdwang die erop gericht is deze overtreding te beëindigen en te voorkomen. Ondanks de grote financiële consequenties voor de belanghebbenden is volgens de Afdeling geen sprake van een sanctie met een leedtoevoegend karakter.⁵⁹

Een andere categorie punitieve bestuurlijke sancties vormen de tuchtrechtelijke of disciplinaire sancties die door een bestuursorgaan kunnen worden opgelegd en die tevens een bestraffend karakter hebben. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan straffkortingen c.q. geldboeten en aan ver strekkende schorsingen en uitsluitingen in het ambtenarenrecht. Lichte sancties, zoals waarschuwingen en berispingen, zijn echter herstelsancties.⁶⁰ De Awb-wetgever is niet geheel duidelijk over toepasselijkheid van de Vierde Tranche Awb op disciplinaire straffen in het ambtenarenrecht.⁶¹ Naar onze mening voldoet de straffkorting, c.q. geldboete in het ambtenarenrecht wel aan de definitie van de bestuurlijke boete in artikel 5.4.1.1, eerste lid van de Vierde tranche Awb (Awb-IV).

De genoemde jurisprudentiële onduidelijkheid over de karakterisering van de diverse bestuursrechtelijke sancties is reden geweest voor de Awb-wetgever om in de Vierde Tranche Awb vooralsnog alleen een regeling voor de bestuurlijke boete (waarvan vaststaat dat deze punitief is) te geven.⁶² Artikel 5.4.1.1, eerste lid Awb-IV definieert de bestuurlijke boete als de bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom.

58. CRvB 7 april 2006, LJN-nr. AW2478; anders dan de rechtbank is de Centrale Raad van oordeel dat de omzetting van de studiefinanciering naar de norm voor thuiswonenden geen 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM is. Zie ook reeds CRvB 2 december 2005, AB 2006, 37, m.nt. Bröring, JB 2006, 43, m.nt. Albers.

59. ABRvS 5 januari 2005, *Gemeentestem* 2005, no. 7236, p. 519-522, m.nt. Rogier. Zie ook Vzng. Rechtbank Rotterdam 25 augustus 2005, *Gemeentestem* 2005, no. 7238, p. 572-575, m.nt. Rogier. Zie bijv. ook Vzng. Rechtbank Amsterdam 6 juni 2006, LJN-nr. AX8291: de intrekking van een horecaverunning op grond van de Wet Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur (de zogenaamde wet BIBOB) is geen 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Vgl. ook ABRvS 3 mei 2006, JB 2006, 190, m.nt. Albers (tijdelijke sluiting danssalon niet punitief).

60. Bröring 2005, p. 13-17 onder meer met verwijzing naar EHRM 8 juni 1976, *Engel e.a. t. Nederland*. Caderius van Veen maakt dit onderscheid ten onrechte niet waar hij alle disciplinaire sancties als bestraffende sancties in de zin van Awb-IV lijkt te beschouwen. Zie R.J.B. Caderius van Veen, 'De disciplinaire sanctie in het licht van (in het bijzonder het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb)', *TAR* 2006, p. 183-193, i.h.b., p. 185-186).

61. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 74.

62. Vgl. de memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 84.

In het tweede lid van deze bepaling wordt uitdrukkelijk bepaald dat titel 5.4 (betreffende de bestuurlijke boete) niet van toepassing is op de intrekking of wijziging van een aanspraak op financiële middelen.

In de praktijk blijkt het onderscheid tussen reparatoire en punitieve sancties dus vaak lastig te maken en ook de Awb-wetgever lijkt om deze reden een duidelijke keuze uit de weg te gaan.⁶³ Uit een oogpunt van rechtsbescherming is dit problematisch, aangezien er juist vanuit dat perspectief vergaande consequenties aan dit onderscheid zijn verbonden.

Punitief en dus een criminal charge?

Ten aanzien van de bestuurlijke boete is steeds aangenomen dat daarbij sprake is van een 'criminal charge'. Ten aanzien van andere punitieve sancties was de rechtspraak in Nederland minder duidelijk. Pas recent heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State expliciet geoordeeld dat om uit te maken of een sanctie punitief van aard is, moet worden bezien of deze kwalificeert als een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM.⁶⁴ Deze opvatting van de Afdeling krijgt bijval in de literatuur, in het bijzonder ook van Den Houdijker in haar reeds aangehaalde preadvies voor de Jonge VAR.⁶⁵ Andere schrijvers pleiten ervoor om deze begrippen juist niet te vereenzelvigen, vooral vanuit de gedachte dat niet iedere punitieve bestuurlijke sanctie naar Nederlands recht (bijvoorbeeld een lichte bestuurlijke boete) de bescherming van alle garanties van artikel 6 EVRM verdient.⁶⁶

1.3 IMPLEMENTATIE VAN DE EUROPEESRECHTELIJKE VEREISTEN

1.3.1 EVRM

Algemeen

In de eerste 25 jaar van zijn bestaan heeft het EVRM in de Nederlandse rechtspraak relatief weinig aandacht gekregen. Zo kon Leijten in 1975 nog bewe-

63. Zie bijv. de nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 27, waarin de regering het antwoord op de vraag of de intrekking van een begunstigende beschikking een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM is, uit de weg gaat.

64. ABRvS 2 november 2005, *AB* 2006, 20, m.nt. Michiels, *JB* 2006, 11, m.nt. Albers.
65. Verder bepleit zij aanpassing van de Straatsburgse en Nederlandse jurisprudentie, zodat voor de toepasselijkheid van de waarborgen van de 'criminal charge' de ingrijpendheid van de betrokken maatregel beslissend is; zie Den Houdijker 2006, p. 43-45.

66. Zie met name A.B. Blomberg, *Handhaven binnen EVRM-grenzen*, Preadvies VAR, Den Haag 2004, p. 115-191, i.h.b. p. 187-188 en ook Michiels in zijn noot onder ABRvS 2 november 2005, *AB* 2006, 20.

ren dat 'wij wel volslagen tot barbarij zullen moeten zijn vervallen', wilde ooit een veroordeling volgen door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg (EHRM).⁶⁷ Vanaf 1976, te beginnen met het arrest *Engel* is deze bewering van Leijten gelogenstraft. Sindsdien wordt Nederland regelmatig veroordeeld door het EHRM wegens schending van de vereisten van het EVRM. Wat betreft de doorwerking in het nationale recht, deed het EVRM zijn invloed aanvankelijk vooral gelden in het strafrecht (de eisen van behandeling binnen een redelijke termijn uit artikel 6 EVRM), vervolgens het personen- en familierecht en later op het terrein van het bestuursrecht. Inmiddels worden alle onderdelen van het nationale recht doordrenkt van materiële en procedurele EVRM-vereisten, zoals uitgelegd door het Straatsburgse Hof.

Wat betreft de bestuurlijke boete is de praktijk in Nederland wezenlijk beïnvloed door het eerder genoemde *Öztiirk*-arrest. Bij diverse wetgevingsprojecten, vanaf de Wet-Mulder in 1989 tot heden ten dage in de toelichtingen bij het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb en alle andere aanhangige bestuurlijke boetewetsvoorstellen, wordt verwezen naar deze 'leading case'. Uit deze uitspraak blijkt immers dat artikel 6 EVRM zich niet verzet tegen beboeting door het bestuur, mits er daarna maar beroep op een onafhankelijke en onpartijdige rechter openstaat die voldoet aan alle vereisten van artikel 6 EVRM. De bestuurlijke boetedeur is hiermee wijd opengezet.

Naleving van het EVRM is een volkenrechtelijke verplichting, hetgeen impliceert dat de wetgeving waarin bestuurlijke boetebevoegdheden in het leven worden geroepen EVRM-conform moet zijn. De Nederlandse wetgever is zich daarvan (steeds meer) bewust, getuige de relatief uitvoerige uiteenzettingen in diverse wetstoelichtingen over de vraag of het EVRM in acht wordt genomen. In diverse bijzondere materiële bestuursrechtelijke wetten zijn ook bepalingen aan te wijzen die beogen EVRM-waarborgen te codificeren (zoals de regeling van het zwijgrecht in de Algemene wet inzake Rijksbelastingen, de Mededingingswet en de Telecommunicatiewet), zodat deze eisen voor de betrokken justitiabelen en het bestuur beter kenbaar zijn. Naast de EVRM-conformiteit van wetgeving en het daarin eventueel codificeren van EVRM-waarborgen, is ook de praktijk van het betrokken bestuursorgaan van belang. Het bestuur moet bij het gebruik van eventuele discretionaire bevoegdheden het EVRM respecteren, ook wanneer er in de betreffende bijzondere wet geen sprake is van codificatie van algemeen geldende EVRM-normen en zelfs wanneer de betreffende wet het bestuur verplicht tot handelen of nalaten in strijd met het EVRM en de wet dus niet mag worden toegepast. Het EVRM geldt immers

67. J.C.M. Leijten, 'Het fluorideringsarrest', in: H.U. Jessurun d' Oliveira (red.), *'t Exempel dwinght*, Zwolle 1975, p. 314.

als hogere rechtsnorm in de Nederlandse rechtsorde en alle staatsmachten zijn daaraan gebonden.⁶⁸

Codificatie van EVRM-vereisten?

Een belangrijke vraag is daarmee of het ook echt noodzakelijk is om de EVRM-vereisten (met name dus die van artikel 6 EVRM) nog nader te codificeren en uit te werken in nationale wetgeving. Juridisch gezien bestaat deze verplichting niet, aangezien de doorwerking en voorrang van deze EVRM-vereisten via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet zijn verzekerd. Implementatie via rechter en bestuur zou dus kunnen volstaan. In deze lijn is Alkema van oordeel dat codificatie van artikel 6 EVRM-vereisten in het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb niet noodzakelijk en zelfs niet wenselijk is. Hij schrijft onder meer dat het Nederlandse recht toch wel wordt 'gepenetreerd' door het EVRM. Daarnaast wijst hij er op dat codificatie van EVRM-normen het risico in zich bergt dat deze al snel achterhaald blijken in het licht van nieuwe jurisprudentie van het EHRM.⁶⁹ Hier kunnen ook argumenten tégen worden aangevoerd. In de eerste plaats kan de verwerking van EVRM-vereisten in nationale wetgeving voor de burger en het betrokken bestuursorgaan zichtbaarder maken welke waarborgen precies aan het EVRM kunnen worden ontleend, toegesneden op de nationale context. In de tweede plaats kan hiertegen, vanuit het perspectief van de wetgever, worden ingebracht dat de precieze betekenis van de EVRM-vereisten, zoals uitgelegd door het EHRM, lang niet altijd duidelijk is. Het is op bepaalde punten, zoals ten aanzien van de precieze reikwijdte van het zwijgrecht, geen slecht idee om een bepaalde keuze te maken en daarmee (via de nadere motivering in de memorie van toelichting) de discussie met Straatsburg aan te gaan en de nationale rechter een richtsnoer te geven. De nationale wetgever zou vooral niet willoos moeten achteroverleunen totdat hij door Straatsburg wordt gecorrigeerd.⁷⁰

Uitgangspunt voor de Awb-wetgever in het kader van de Vierde Tranche Awb is – kort gezegd – dat alle EVRM-waarborgen vanzelf al gelden gelet op het

68. Zie T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, Preadvies VAR, Den Haag 2004, p. 46-47. Anders G.J. Vonk, *Overijverige rechter of tekortschietende wetgever* (oratie VU), Deventer 1999, p. 35. Hij is van mening dat een dergelijke positie van het bestuur niet zou passen in het stelsel van bevoegdheidsverdeling. Verder wijst hij op grote praktische problemen indien het bestuur zonder dat de rechter daarover heeft geoordeeld wettelijke bepalingen buiten toepassing zou laten. Het bestuur moet naar zijn oordeel daarom wettelijke bepalingen waarvan wordt beweerd dat deze in strijd zijn met eenieder verbindend verdragsrecht volgen en verdedigen voor de rechter.

69. E.A. Alkema, 'Regels voor bestuurlijke sancties in Awb, bijzondere wet of verdrag', in: M. Lurks, W. den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder (red.), *De grootste gemene deler* (Drupsteen-bundel), Deventer 2002, p. 111-124.

70. Vgl. Polak & Den Ouden 2004, p. 109-111.

hiervoor geschetste model van doorwerking van dit verdrag in de Nederlandse rechtsorde. Daarbij wordt er op gewezen dat met de thans geldende onderdelen van de Awb ook reeds wordt tegemoetgekomen aan EVRM-vereisten, zoals de toegang tot de rechter en de openbaarheid van rechtspraak. Een citaat uit de memorie van toelichting bij de Vierde Tranche Awb illustreert dit:

‘Ten slotte is relevant de aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 13 februari 1991 (No. R (91) 1) inzake bestuurlijke sancties. De (niet-bindende) aanbeveling bevat een aantal beginselen dat door het bestuur in acht moet worden genomen bij de oplegging van een bestraffende bestuurlijke sanctie, dat wil zeggen een boete of een andere bestraffende maatregel. Maatregelen die het bestuur moet nemen naar aanleiding van een strafprocedure en tuchtrechtelijke sancties vallen niet onder het toepassingsbereik van de aanbevelingen. Het gaat hier om beginselen die voor een belangrijk deel ook besloten liggen in artikel 6 EVRM en de daarop gebaseerde Straatsburgse jurisprudentie, zoals het legaliteitsbeginsel, het verbod van bis in idem en het recht van de persoon die een bestuurlijke boete krijgt opgelegd om de aard van de beschuldiging te vernemen en genoeg tijd te hebben teneinde zichzelf adequaat te kunnen verdedigen. Binnen de Nederlandse rechtsorde worden deze beginselen reeds gerespecteerd en het onderhavige wetsvoorstel werkt de beginselen op een aantal punten nog nader uit.’⁷¹

Een en ander weerhoudt de wetgever er niet van om in de memorie van toelichting uitgebreid in te gaan op de diverse relevante EVRM-bepalingen en ook aan te geven hoe deze – mede in het licht van Straatsburgse jurisprudentie – moeten worden begrepen. Dit maakt de memorie van toelichting tot een belangrijke bron voor het bestuur om bij de uitoefening van sanctiebevoegdheden te komen tot een EVRM-conforme uitkomst. Zo vermeldt deze toelichting:

‘Zoals reeds vermeld, verzet het EVRM zich er niet tegen dat een bestraffende sanctie in eerste instantie door het bestuur wordt opgelegd, mits daarna maar een beroep op een onafhankelijke rechter openstaat dat voldoet aan alle vereisten van artikel 6 EVRM. Het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete moet wel terdege worden onderbouwd. Er worden extra eisen gesteld aan de voorbereiding, in het bijzonder aan de bewijsvoering van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit.’⁷²

71. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 124.

72. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 127.

Voor de rechter geldt iets vergelijkbaars. Zo is in de Vierde Tranche Awb geen aparte regeling voorzien ten aanzien van de wijze waarop de rechter een boetebesluit moet toetsen, maar wordt in de memorie van toelichting wel uitvoerig aangegeven welke bijzondere vereisten artikel 6 EVRM daaraan stelt:

‘De toetsing door de rechter van de bestuurlijke boete moet op grond van artikel 6 EVRM volledig zijn («full jurisdiction»). De Nederlandse jurisprudentie laat zien dat bij bestraffende sancties indringend wordt getoetst op evenredigheid: de zwaarte (hoogte) van de sanctie moet zijn afgestemd op de ernst van de gedraging. De rechter laat dan zijn in het algemeen terughoudende opstelling bij de toetsing van bestuursbesluiten varen (...). Naast de hoogte van de boete dient ook een volle toetsing plaats te vinden ten aanzien van het bewijs van de feiten die de overtreding constitueren. De onschuldpresumptie van artikel 6, tweede lid, EVRM kan meebrengen dat de rechter bij de beoordeling ook feiten meeneemt die het bestuursorgaan niet kon kennen op het moment van het nemen van het boetebesluit. De bewijslast ten aanzien van deze feiten rust op het bestuur. (...)’⁷³

Uiteindelijk heeft de Awb-wetgever er in het kader van de Vierde Tranche Awb voor gekozen om toch ook een aantal EVRM- (en IVBPR-)waarborgen te codificeren waarmee tevens harmonisatie wordt beoogd van nu nog in diverse bijzondere wetten opgenomen waarborgen. Zo is voorzien in een regeling van *ne bis in idem*/samenloop van sancties (artikelen 5.4.1.4 en 5.4.1.5 Awb-IV), het zwijgrecht (artikel 5.0.11 Awb-IV), de verplichting om bij wijziging van de hoogte van de in de wet voorziene sanctie de voor betrokkene meest gunstige (lees: laagste) sanctie toe te passen (artikel 5.4.1.7 lid 4) en de regel, mede in verband met het vereiste van de redelijke termijn, dat de rechter bij een vernietiging van het boetebesluit de zaak in beginsel zelf afdoet door de boete geheel te schrappen dan wel te matigen (artikel 8:72a Awb-IV).

Ten slotte is het van belang er op te wijzen dat het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb niet alleen in de werkkamers en breinen van de betrokken wetgevingsjuristen tot stand is gekomen. Na het in 1999 uitgebrachte voorontwerp van de Commissie-Scheltema⁷⁴ zijn er commentaren uitgebracht door

73. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 127-128.

74. Opmerking verdient dat er naast onafhankelijke leden ook ambtenaren van de departementen BZK en Justitie in de Commissie-Scheltema participeren. Het zijn vaak weer dezelfde ambtenaren die later namens de beide Awb-ministers het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb moeten voorbereiden, mede in reactie op het voorontwerp. In dat stadium treedt de voorzitter van de Commissie-Scheltema op als regeringscommissaris en daarmee als hoogste Awb-ambtenaar, dit met doorbreking van de reguliere hiërarchische verhoudingen binnen de departementen van BZK en Justitie.

tallose (belangen)organisaties⁷⁵ en is er in de doctrine uitgebreid aandacht aan besteed.⁷⁶ Tevens werd er in de jurisprudentie reeds geanticipeerd op het voorontwerp en heeft deze rechtspraak op onderdelen ook weer – mede – aanleiding gegeven tot aanpassing van het voorontwerp.⁷⁷ Ook heeft het wetsvoorstel, inclusief de memorie van toelichting, weer invloed op de huidige rechtspraktijk doen gelden, zowel op de rechtspraak als op wetgevingsprojecten van vakdepartementen.⁷⁸ Het eindresultaat zal vast niet een ieder kunnen bekoren.⁷⁹ We kunnen echter wel constateren dat er een enorme wisselwerking heeft plaatsgevonden tussen de rechtspraktijk (bestuur, rechtspraak, wetgeving) en het wetenschappelijke discours over het voorontwerp en het wetsvoorstel.

1.3.2 EU-recht

Anders dan het EVRM, werkt het gemeenschapsrecht los van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet door in de Nederlandse rechtsorde. Deze doorwerking vindt plaats op grond van het feit dat met de EG een eigen rechtsorde in het

75. Onder meer het College van procureurs generaal, de Hoge Raad, de Nationale ombudsman, het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (zie *NJCM-Bulletin* 2002, p. 950 e.v.), de Nederlandse Orde van Advocaten, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Sociaal Economische Raad, de Sociale Verzekeringsbank, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en de Vereniging voor bestuursrecht, VAR (*De Vierde Tranche Awb. Commentaar en vraagpunten*, Den Haag 2000).

76. Zie onder veel meer L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde Tranche*, Rotterdam 2000; Albers 2002 en het speciale nummer van het *NJB* 2000, nr. 24.

77. De verplichting om bij wijziging van de hoogte van de in de wet voorziene sanctie, de voor de overtreder meest gunstige bepaling toe te passen (zie artikel 5.4.1.7. lid 4 van het voorstel), was niet in het voorontwerp opgenomen en is mede gebaseerd op de verplichting van artikel 15 lid 4 IVBPR, zoals met name ook toegepast in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep.

78. Zie bijv. de discussie over de ambtshalve toetsing van de evenredigheid van de bestuurlijke boete volgens wettelijk gefixeerde boetestelsels, zie nader paragraaf 2.5.2 van deze bijdrage betreffende de bijzondere rol van de rechter. Ook de nieuwe formulering van het zwijgrecht werpt reeds haar schaduw vooruit, zie bijv. in het wetsvoorstel Bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte. Vgl. ook Rechtbank Rotterdam 20 juni 2006, LJN-nr. AX9223 waarin – in aansluiting bij de toelichting bij artikel 5.4.2.2 lid 2 Awb-IV – is uitgemaakt dat artikel 6 EVRM niet vereist dat alle stukken uit het dossier worden vertaald.

79. Zie in het bijzonder het commentaar van A.R. Hartmann & L.J.J. Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb', *NJB* 2004, p. 1877-1882, veelvuldig gebruikt (en aangehaald als 'het NJB') bij het opstellen van vragen door de leden van de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 702, nr. 6. Zie voor de antwoorden van de regering daarop, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 702, nr. 7. Thans (begin herfst 2006) is het nog wachten op de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer.

leven is geroepen die rechtstreeks en met voorrang boven nationaal recht doorwerkt in de nationale rechtsorde van de lidstaten. Deze belangrijke regel is gevestigd met de bekende en baanbrekende arresten van het Hof van Justitie EG in de zaken *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* in de vroege jaren zestig van de vorige eeuw.⁸⁰ Het is hier niet de plaats om uitgebreid in te gaan op de doorwerking van het recht van de EG/EU en evenmin op de verschillende pijlers die met de oprichting van de EU bij het Verdrag van Maastricht (1992) in het leven geroepen zijn.⁸¹ De eerste pijler bevat de oorspronkelijke EG en is supranationaal van aard. De tweede en derde pijler zijn oorspronkelijk van intergouvernementele aard maar krijgen langzamerhand steeds meer supranationale trekken. Het staat in ieder geval vast dat al het EG-recht direct doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde, los van de artikelen 93 en 94 van de Nederlandse Grondwet.⁸² Overigens moet worden opgemerkt dat de relevantie van EVRM-normen en EG/EU-recht voor de Nederlandse rechtspraak dezelfde is: de formeel andere wijze van doorwerking doet hier niets aan af, nu het systeem dat de Nederlandse Grondwet kent voor de doorwerking van het EVRM een kopie is van de EG-rechtelijke doorwerkingsdoctrine als ontwikkeld door het Hof van Justitie EG (of omgekeerd).

Op het terrein van de bestuurlijke punitieve handhaving is het recht van de EU aanvankelijk vooral van belang geweest voor de sanctionering van de door het EG-recht voorgeschreven regels (in verordeningen of richtlijnen), zoals deze onder meer zijn geïmplementeerd in de Mededingingswet, de Douanewet en de Voedsel- en Warenwet. Vanuit de waarborgkant had het EU-recht daarbij minder te bieden. Al langere tijd lijkt echter een ontwikkeling in gang te zijn gezet, waarbij de EU zelf (via het Hof van Justitie, de Commissie en de Raad) algemene vereisten stelt die in acht moeten worden genomen bij de sanctionering van de overtreding van EU-recht. Deze vereisten zijn in de eerste plaats gericht tot de Commissie die zelfstandig boetes kan opleggen aan bedrijven die de mededingingsregels overtreden (daarbij is de Awb niet van toepassing). Daarnaast kunnen deze vereisten van belang zijn voor de EU-lidstaten, aan wie op steeds meer terreinen verplichtingen worden opgelegd om de naleving van allerlei EU-voorschriften op nationaal niveau te waarborgen en in dat kader ook boetes op te leggen (daarbij is in Nederland de Awb veelal wel toepasselijk). Ook sancties op overtreding van orgineel nationaal recht mogen overigens geen inbreuk maken op fundamentele verdragsvrijheden. In het EU-

80. HvJ EG 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Van Gend & Loos*, *Jur.* 1963, p. 3 en HvJ EG 15 juli 1964, Zaak 6/64, *Costa/ENEL*, *Jur.* 1964, p. 1255.

81. Zie uitgebreid onder meer Kapteyn & VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer 2003; K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, London 2005.

82. HR 2 november 2004, NJ 2005, 80, m.nt. Alkema (verplichte rusttijden).

deel zagen wij dat hierbij waarborgen gelden als *ne bis in idem*, de onschuld-presumptie en andere vereisten van rechtsbescherming. Volgens de Awb-wetgever bestaat er geen aanleiding specifieke EU-waarborgen te codificeren in de Vierde Tranche Awb. Wel treffen we regels van EU-rechtelijke origine op het terrein van punitieve sancties aan in bijzondere wetten als de Mededingingswet, de Telecommunicatiewet en het onlangs ingediende wetsvoorstel voor een Algemene douanewet.⁸³

Wat is nu de verhouding tussen op grond van de Awb geldende waarborgen en het gemeenschapsrecht? De memorie van toelichting bij de Vierde Tranche zegt het zo:

'In beginsel is deze helder: bij strijdigheid gaat het gemeenschapsrecht voor. Voorzover echter het gemeenschapsrecht bepaalde aspecten ongeregeld laat, of daarvoor zelfs uitdrukkelijk naar het nationale recht verwijst, is de Awb wel (aanvullend) van toepassing. Dit kan in sommige situaties leiden tot een nogal gecompliceerd rechtsregime, maar dat is het onvermijdelijke gevolg van de interferentie tussen harmonisatie van wetgeving op nationaal niveau en harmonisatie op Europees niveau. Het is niet doenlijk om in de Awb bij voorbaat rekening te houden met allerlei regels in specifieke verordeningen, temeer daar deze onderling ook weer verschillen. Wel is waar mogelijk rekening gehouden met de meer algemene Verordening (EG) 2988/95, zij het dat de afstemming, mede door de verschillen in de gehanteerde begrippenkaders, nooit volledig sluitend kan zijn.

Bovendien moeten ook hier soms keuzen worden gemaakt tussen verschillende vormen van harmonisatie. Een voorbeeld kan dit illustreren. Artikel 3, eerste lid, eerste alinea, van de Verordening (EG) 2988/95 bepaalt dat de verjaringstermijn voor de overtredingen waarop zij betrekking heeft, vier jaar bedraagt, met dien verstande dat de sectorverordeningen een kortere termijn van ten minste drie jaar kunnen bepalen. Het onderhavige wetsvoorstel (artikel 5.4.1.6) werkt met termijnen van twee jaar ingeval de lichte procedure van toepassing is, en vijf jaar indien de zware procedure van toepassing is. Laatstgenoemde termijnen kunnen derhalve in een concreet geval in strijd komen met de Verordening. In een regeling die op nationaal niveau uniform wil zijn, valt dit echter niet te voorkomen, nu de communautaire verjaringstermijn zelf binnen het toepassingsbereik van de Verordening niet uniform zal zijn. Wel is naar aanleiding van de Verordening

83. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 580, nrs. 1-3. Deze Algemene douanewet moet uitvoering geven aan het Communautair douanewetboek en andere communautaire bepalingen op het terrein van douanetoezicht en -controle. In de memorie van toelichting gaat de regering uitgebreid in op het mogelijke spanningsveld tussen de Algemene wet bestuursrecht en het Europese (communautaire) bestuursrecht.

overwogen de korte vervalt termijn in dit wetsvoorstel op drie in plaats van twee jaar te stellen, doch daarvan is afgezien, omdat dit weer zou kunnen leiden tot een disharmonie tussen de bestuursrechtelijke en de strafrechtelijke verval respectievelijk verjaringstermijnen voor dezelfde overtreding, terwijl samenloop tussen nationaal bestuurs- en strafrecht vooralsnog aanzienlijk vaker voorkomt dan samenloop tussen nationaal en communautair bestuursrecht. Het gevolg, dat artikel 5.4.1.6 in een voorkomend geval buiten toepassing zal moeten worden gelaten ten faveure van het gemeenschapsrecht, is daarbij als onvermijdelijk aanvaard.⁸⁴

Het EU-recht en de Awb kunnen dus aanvullend werken op terreinen waar nationale bestuursorganen via sancties uitvoering geven aan EU-rechtelijke verplichtingen. Bij duidelijke strijdigheid prevaleert echter het gemeenschapsrecht en blijft de Awb-waarborg buiten toepassing. Dat is een helder systeem, maar het kan niet altijd zonder meer worden toegepast, met name niet wanneer een Awb-bepaling een EVRM-waarborg codificeert. Het kan immers zo zijn dat een gemeenschapsrechtelijke verplichting voor een lidstaat het nationale bestuursorgaan er toe dwingt zodanig te handelen dat daarmee EVRM-vereisten kunnen worden geschonden. In een dergelijke situatie kan, zoals bleek in het EU-deel van deze preadviezen, het betrokken bestuursorgaan in een spagaat terecht komen tussen EU- en EVRM-verplichtingen. Nu proberen het EHRM en het Hof van Justitie EG het risico daarop zo klein mogelijk te houden door elkaars grondrechtenjurisprudentie in de gaten te houden. Tevens sluit het Hof van Justitie EG zich in beginsel aan bij de uitleg die Straatsburg geeft aan EVRM-verplichtingen die in het gemeenschapsrecht gelden als algemene beginselen. Ook heeft het Hof van Justitie EG in een aantal zaken geaccepteerd dat fundamentele waarborgen zoals verankerd in het EVRM een schending van de eveneens fundamentele gemeenschapsrechtelijke vrijheden (personen, diensten etc.) kunnen rechtvaardigen. Conflicten zijn echter niet uitgesloten.

Een nieuwe ontwikkeling is dat het Hof van Justitie EG vanuit de idee van effectieve handhaving van EU-recht aan de communautaire wetgever groen licht heeft gegeven om, mits noodzakelijk en op een vooralsnog beperkt terrein (milieurecht), in richtlijnen aan de lidstaten voor te schrijven dat zij maatregelen moeten treffen die verband houden met het strafrecht. De veel becommentarieerde uitspraak van september 2005 (zie uitgebreid het EU-deel van deze preadviezen) kan lidstaten beperken in de keuze van het bestuurlijk punitieve boete-arsenaal, tenzij als strafsancities in het kader van het EU-recht ook op leedtoevoeging gerichte bestuursrechtelijke sancties zouden mogen worden

84. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 132.

begrepen.⁸⁵ Zeker als deze ontwikkeling zich in de toekomst gaat uitbreiden naar andere terreinen dan het milieurecht, bestaat een mogelijkheid dat de lidstaten gedwongen worden af te zien van bestuurlijke beboeting en moeten kiezen voor strafrechtelijke handhaving. Op dit moment laat deze ontwikkeling zich nog niet voorspellen, maar het is duidelijk dat Luxemburgse jurisprudentie en de Brusselse aanpak in dezen nauwgezet moeten worden gevolgd. De Commissie lijkt voorstandster van een uitbreiding van de verplichte strafrechtelijke sanctie ter bevordering van de naleving van EU-recht.⁸⁶

1.3.3 Selectie van knelpunten

In het voorgaande is in vogelvlucht en in algemene zin geschetst op welke wijze in het Nederlandse bestuursrecht is en wordt getracht Europeesrechtelijke waarborgen ten aanzien van bestuurlijke punitieve sancties te implementeren. Daarbij is niet expliciet ingegaan op de vele problemen die zich daarbij (kunnen) voordoen. Dat moment is thans aangebroken. Bij een eerste voorzichtige analyse bleek echter al dat een omvattende behandeling van alle (mogelijke) knelpunten het bestek van dit preadvies volledig te buiten zou gaan. Daarom is in het overleg tussen de Nederlandse en Belgische preadviseurs besloten een aantal deelonderwerpen te selecteren, waarvan is gebleken dat zij in de Nederlandse en/of Belgische praktijk (mogelijk) tot problemen aanleiding geven.⁸⁷

Na selectie zijn we op enkele knelpunten uitgekomen die gemeen hebben dat zij zich in belangrijke mate bevinden op het snijvlak van het strafrecht in klassieke zin en het (bestraffende) bestuursrecht. In het bijzonder speelt dan de vraag wanneer de bestuurlijke toezichtsfase overgaat in een opsporingsfase, waarin meer procedurele waarborgen, zoals het zwijgrecht, zouden moeten gelden. Daarnaast doen zich problemen voor ten aanzien van samenloop, *ne bis in idem*, redelijke termijn en de publiciteit ten aanzien van (voorgenomen) sancties. Ook verdient nadere aandacht de bijzondere rol van de bestuursrechter bij

85. HvJ EG 28 september 2005, Zaak C-176/03, Commissie/Raad, *Jur.* 2005, p. I-7879, AB 2005, 435, m.nt. De Moor-van Vugt. Zie nader over de invloed van de EU op het nationale strafrecht onder meer B.F. Keulen, *Straffen in Europa* (oratie RUG), 2006; J.L. de Wijkerslooth, *De invloed van Europa op het strafrecht*, Openingscollege Faculteit der Rechtsgeleerdheid Universiteit Leiden, 6 september 2006. Zie nader G.J.M. Corstens, 'Europa in opmars in het strafrecht via kaderbesluiten én richtlijnen', *NJB* 2005, p. 2357; P.J.G. Kapteyn, 'Het strafrecht en het spook van "Brussel"', *NJB* 2006, p. 645-646.

86. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de gevolgen van het arrest van het Hof van 13 september 2005 (C-176/03, Commissie/Raad), COM(2005) 583 def.

87. Ingevolge de richtlijnen voor het opmaken der praeadviezen voor uw vereniging opgesteld door E.M. Meijers en E. van Dievoet in januari 1951 'zal een praeadvies niet meer dan twintig bladzijden tellen'.

de toetsing van bestuurlijke punitieve sancties, aangezien zijn positie daarin gelijkenis vertoont met die van de strafrechter. Deze knelpunten zullen voorwerp zijn van bespreking in het volgende hoofdstuk.

Voordat we echter toekomen aan de bespreking van de geselecteerde knelpunten bij de werking van Europeesrechtelijke vereisten ten aanzien van punitieve sancties, is het goed erop te wijzen dat we daarmee één van de grootste, zo niet het grootste knelpunt voorlopig buiten beschouwing laten. Daarbij doelen we op het feit dat het erg lastig blijft te komen tot een goede onderscheiding van reparatoire en punitieve (criminal) sancties, terwijl er aan dit onderscheid, met name in verband met artikel 6 EVRM, belangrijke gevolgen zijn verbonden (zoals de volle rechterlijke toetsing van de evenredigheid, de gelding van de waarborgen van artikel 6, tweede en derde lid, EVRM en de toepasselijkheid van het verbod van *bis in idem* etc.). Dat het maken van dit onderscheid lastig is, blijkt onder meer uit het feit dat de Awb-wetgever een definitie van bestuurlijke punitieve sancties uit de weg gaat en de voorgestelde regeling (vooralsnog) slechts voor bestuurlijke boetes geldt. Ook de nationale rechtspraak laat een wisselend en zeer casuïstisch beeld zien, terwijl de Straatsburgse jurisprudentie op dit punt ook nog lang niet is uitgekristalliseerd. Extra complicerend in dit verband is dat in het EU-recht in plaats van een tweedeling (reparatoir enerzijds en punitief/'criminal' anderzijds) zelfs een driedeling (administratieve maatregelen, administratieve sancties en sancties van strafrechtelijke aard) wordt gehanteerd zonder daarbij direct aan te sluiten bij het begrip 'criminal charge'.⁸⁸

Het verbaast dan ook niet dat in de literatuur zeer uiteenlopende standpunten over de kwalificatie van bestuurlijke sancties zijn terug te vinden. Binnen het bestek van dit preadvies, voert het echter te ver dit knelpunt in extenso te analyseren, daarover zijn reeds boeken vol geschreven. Wel zullen wij in onze conclusie van dit deel een voorstel doen om van het ongenueanceerde onderscheid reparatoir/punitief af te stappen en voor de extra waarborgen aan te sluiten bij de ingrijpendheid van de maatregel.

88. Zie de noot van Widdershoven in *AB* 2006, 204 met verdere verwijzingen. Vgl. ook het EU-gedeelte van deze preadviezen.

2 Knelpunten

2.1 KEUZE VOOR EN SAMENLOOP VAN SANCTIESTELSELS

2.1.1 Algemeen

Bij de enorme groei van het aantal bestuurlijke (punitieve) sancties, is een knelpunt dat zich in de praktijk kan voordoen, de samenloop van diverse sancties die tegelijkertijd kunnen worden opgelegd. In de eerder genoemde preadviezen van de VAR uit 1957 waarschuwen Belinfante en Mulder reeds voor dit gevaar. Vaak zullen bepaalde bestuurlijke sancties, zoals de intrekking van een vergunning, in de praktijk worden ervaren als een 'dubbele bestraffing' als de betrokken persoon ook reeds strafrechtelijk is aangepakt.⁸⁹ Een bekend voorbeeld uit de Nederlandse jurisprudentie is de Amsterdamse taxichauffeur die zich ernstig had misdragen door een nietsvermoedende Poolse voorbijganger te mishandelen aangezien die met een plastic zakje langs zijn auto schampte. Een en ander was voor het college van burgemeester en wethouders reden de taxivergunning definitief in te trekken. Daarnaast werd de taxichauffeur ook strafrechtelijk veroordeeld. Volgens de Afdeling rechtspraak was geen sprake van een verboden *bis in idem*.⁹⁰ Deze problematiek wordt, als aangegeven, steeds pregnanter bij het – mede onder invloed van EU-regelgeving – nog groeiende arsenaal aan sanctiemogelijkheden dan wel -verplichtingen voor de overheid. Hierdoor wordt namelijk ook het risico groter dat een burger – in ieder geval in zijn ogen – 'dubbel wordt gepakt' door de gelijktijdige oplegging van meerdere (punitieve) bestuurlijke sancties. Een en ander doet de behoefte aan een goede afstemming tussen het strafrechtelijke en bestuursrechtelijke traject toenemen.

Wij zullen de hier geschetste problematiek van samenloop slechts kort behandelen en een aantal mogelijke knelpunten benoemen. Daarbij zullen wij

89. Zie reeds A.M. Donner, *Bestuursrecht I*, p. 289, zoals geciteerd in preadviezen VAR 1957, p. 13: 'Hoewel de bevoegdheid tot intrekking (van een vergunning) naar andere maatstaven moet worden gehanteerd dan de bevoegdheden van de strafrechter, valt de uitoefening van deze bevoegdheden meermalen samen en dit geeft de justitiabelen en ook hun juridische raadslieden soms de indruk, dat er een onbehoorlijk en onrechtvaardig bis in idem plaatsvindt.'

90. ARRvS 11 augustus 1986, AB 1987, 402, m.nt. J. van der Veen (Amsterdamse taxichauffeur). Zie recenter een uitspraak inzake een Amsterdamse marktkoopman op de Albert Cuyp-markt die zijn buurman na een ruzie had geslagen met een ijzeren staaf. Volgens de Afdeling is er geen sprake van dubbele bestraffing (in casu een taakstraf en de intrekking van de standplaatsvergunning voor een week), ABRvS 30 maart 2001, AB 2001, 189, m.nt. Damen, JB 2001, 129, m.nt. Albers.

zoveel mogelijk verwijzen naar de ruim voorhanden zijnde literatuur over dit onderwerp.

2.1.2 *Ne bis in idem en una via*

Bröring heeft in zijn handzame studiepocket terecht aangegeven dat de onderwerpen *ne bis in idem* en *una via* nauwe samenhang vertonen en een lastig leerstuk vormen.⁹¹ Het verbod van *bis in idem* houdt in dat niemand twee keer voor hetzelfde feit gestraft of vervolgd mag worden. Dit beginsel ligt reeds lang besloten in artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht (Sr). Voor het bestuurlijk boeterecht is dit beginsel echter in Nederland nog niet gecodificeerd, afgezien van enkele bijzondere bestuurlijke boetewetten, zoals artikel 69a Algemene wet inzake rijksbelastingen.⁹² Wel is het beginsel opgenomen in artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM, dat evenzeer voor bestuurlijke boeten betekenis heeft. Dit Protocol is echter (nog) niet geratificeerd door Nederland.⁹³ Een vergelijkbare waarborg is opgenomen in artikel 14 lid 5 IVBPR, maar daarbij heeft Nederland het voorbehoud gemaakt dat aan deze bepaling geen verdere betekenis toekomt dan aan de waarborgen uit artikel 68 Sr, waardoor het alleen voor het strafrecht geldt.

Het beginsel van *una via* is nauw verweven met het verbod van *bis in idem* en heeft eveneens tot doel dubbele bestraffing te voorkomen. Het 'één-wegbeginsel' houdt in dat de overheid de verplichting heeft om – als beide mogelijkheden van punitieve afdoening openstaan – een keuze te maken tussen de bestuursrechtelijke en de strafrechtelijke route. Rogier heeft reeds in 1992 volop aandacht aan dit beginsel besteed. In zijn visie zou de wetgever in geval zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke sancties mogelijk zijn, duidelijk moeten aangeven onder welke voorwaarden cumulatie van dergelijke sancties is toegestaan. Verder zou de wetgever volgens hem moeten voorzien in een zo volledig mogelijke *una via*-regeling en bij gebreke daarvan zou de rechter dit beginsel zelfstandig moeten toepassen.⁹⁴ Vooruitlopend op de inwerkingtre-

91. Bröring 2005, p. 66. Tevens is er nauwe samenhang met de leerstukken van eendaadse en meerdaadse samenloop; die worden in het kader van deze bijdrage niet nader behandeld.

92. Zie H.G.M. Krabbe, 'De ne bis in idem-regel bij bestuurlijke boetes in het voorontwerp Algemene wet bestuursrecht: "dezelfde gedraging"', *NTB* 2004, 2, p. 10-15; R.J.B. Caderius van Veen, 'Idem atque idem? De betekenis van de 'idem'-leerstukken in het bestuursrechtelijk sanctierecht', *NTB* 2005, 7, p. 48-57.

93. Hier ziet het voorlopig ook nog niet naar uit, aangezien de toenmalige minister van Justitie, Donner, grote bezwaren uitte tegen het in het Zevende Protocol opgenomen recht op hoger beroep in strafzaken: de minister wilde de mogelijkheid openhouden om dit in bepaalde zaken uit te sluiten. Zie zijn brief aan de Tweede Kamer van 12 oktober 2004, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VI, nr. 9.

94. Rogier 1992, p. 163-164.

ding van de Vierde Tranche Awb zijn inmiddels dergelijke *una via*-regelingen in enkele bijzondere boetewetten opgenomen.⁹⁵ Ook in de jurisprudentie zijn reeds toepassingen van dit beginsel terug te vinden.⁹⁶

De Vierde Tranche Awb bevat zowel regelingen van *ne bis in idem* als van *una via*. Artikel 5.4.1.4 Awb-IV bepaalt dat een bestuursorgaan geen bestuurlijke boete oplegt, indien aan de overtreder wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd. Artikel 5.4.1.5 Awb-IV bevat een uitvoerige regeling over de samenloop tussen de oplegging van een bestuurlijke boete en de strafvervolgning. Kort gezegd komt de regeling er op neer dat een bestuursorgaan geen bestuurlijke boete oplegt, indien een strafvervolgning is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen. De spiegelbeeldige bepaling is te vinden in een nieuw voorgesteld artikel 243 Wetboek van Strafvordering (Sv) op grond waarvan in beginsel geen strafvervolgning meer mogelijk is indien voor hetzelfde feit reeds een bestuurlijke boete is opgelegd, dan wel daar definitief van af is gezien. De voorgestelde bepalingen brengen met zich dat er in de praktijk goede afspraken moeten worden gemaakt tussen bestuursorganen en OM. Daarbij moet worden opgemerkt dat er ook thans reeds veel afspraken en daaruit voortvloeiende beleidskaders gelden die dubbele bestraffing moeten voorkomen. Volgens diverse commentatoren zitten er nog wel haken en ogen aan deze voorgestelde afstemmingsregeling tussen bestuur en OM.⁹⁷

Tegelijkertijd moet echter worden geconstateerd dat de in de Vierde Tranche Awb voorgestelde bepalingen op onderdelen meer bescherming bieden dan de relevante verdragsrechtelijke bepalingen die voor Nederland niet of niet ten volle gelden. Lenos heeft er terecht op gewezen dat de regeling van *ne bis in idem* in de betrokken verdragsbepalingen (artikel 4 van het Zevende Protocol en artikel 14 lid 5 IVBPR) slechts geldt indien de persoon in kwestie onherroepelijk is veroordeeld of vrijgesproken.⁹⁸ Volgens deze verdragsbepalingen zou de keuze voor het ene of andere traject dus langer mogen worden uitgesteld, namelijk tot het moment dat via één van de procedures een onherroepelijke uitspraak is gevolgd.

Bovendien moet nog worden opgemerkt dat de regering in de memorie van toelichting bij de Vierde Tranche Awb een nadere invulling geeft van het uit-

95. Zie bijv. artikel 32a lid 5 en lid 7 Warenwet.

96. Vgl. ABRvS 10 september 2003, AB 2004, 324, m.nt. De Moor-van Vugt; Rechtbank Rotterdam 28 juni 2005, AB 2006, 24, m.nt. O. Jansen.

97. Hartmann & Rogier 2004, p. 1877-1882, i.h.b. p. 1881. Zie ook reeds over de vrijwel gelijklopende bepaling in het voorontwerp, L.J.J. Rogier, 'Una via', in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde Tranche*, Arnhem/Rotterdam 2000, p. 91-109.

98. Lenos 1998, p. 281.

gangspunt van *ne bis in idem*. Zij geeft immers uitdrukkelijk aan dat een bestuursorgaan na vernietiging van het boetebesluit door de rechter geen nieuw boetebesluit voor hetzelfde feit kan nemen. Volgens de regering heeft een burger er zeker in het geval van bestraffende sancties recht op dat de zaak door de rechter definitief wordt afgedaan. Zij verwijst hierbij ook naar de eisen van artikel 6 EVRM om een ‘criminal charge’ binnen redelijke termijn te behandelen.⁹⁹

Wij verwachten dat de grootste knelpunten in verband met het beginsel van *ne bis in idem* zullen ontstaan door het zich nog steeds uitbreidende punitieve (strafrechtelijke en bestuursrechtelijke) boetearsenaal van de overheid, waarbij mogelijk in de toekomst verschillende bestuursorganen van verschillende bestuurslagen naast het OM allerhande punitieve sancties kunnen opleggen. Daarmee wordt de behoefte aan een adequate afstemmingsregeling steeds urgenter. Een en ander klemt des te meer in een veellagige Europese rechtsorde, waarin onder meer ook vanuit de EU direct boetebesluiten kunnen worden opgelegd. Verder kunnen meerdere lidstaten tegelijkertijd boetes opleggen voor dezelfde feiten (bijvoorbeeld bij uitvoer van giftige stoffen vanuit lidstaat A en invoer van dezelfde stoffen in lidstaat B). De regeling in de Vierde Tranche van de Awb geeft geen expliciete regeling voor deze grensoverschrijdende problematiek. Bescherming zou hier dus moeten komen van het EU-recht, al zagen we dat het beginsel van *ne bis in idem* in de EU-rechtsorde nog niet is uitgekristalliseerd, waardoor nog niet duidelijk is of dit ook geldt ten aanzien van bestuurlijke boeten. Gezien artikel 54 Schengenuitvoeringsovereenkomst en de uitspraak van het Hof van Justitie EG in de zaken *Gözütok* en *Brügge* wordt daar in de context van het Schengen-acquis in ieder geval wel de buitengerechtigde afdoening in het strafrecht onder begrepen (transactie).¹⁰⁰ Niet ondenkbaar is dat de betreffende bescherming in de toekomst (expliciet) wordt uitgebreid tot bestuurlijke boeten. In dat geval zou de regeling in de Vierde Tranche Awb – door een naar dan geldend EU-recht conforme uitleg – garanties kunnen bieden tegen bestraffing door Nederlandse bestuursorganen wanneer in het buitenland (een andere EU-lidstaat) reeds een bestraffing heeft plaatsgevonden voor hetzelfde feit. Het EVRM biedt voor Nederland geen oplossing voor deze situatie, aangezien het Zevende Protocol niet is geratificeerd door Nederland.

Ook is een in de praktijk gevoeld knelpunt dat burgers vaak het idee hebben ‘dubbel te worden gepakt’ als zij naast een bestuurlijke boete ook worden

99. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 137. Verder verwijst de regering naar het voorgestelde artikel 8:72a Awb, op grond waarvan de rechter zoveel mogelijk zelf in de zaak voorziet, nadat hij een boetebesluit heeft vernietigd.

100. HvJ EG 11 februari 2003, *Gev. zaken C-187/01 en C-385/01, Gözütok en Brügge*, *Jur.* 2003, p. I-1345, r.o. 35 en 48.

geconfronteerd met de intrekking van een begunstigende beschikking. Wij zagen eerder dat er in de rechtspraak nog onduidelijkheid bestaat over het precieze karakter van de intrekking van een begunstigende beschikking (reparatoir of punitief).

2.2 HET ZWIJGRECHT EN DE SCHEIDING VAN INLICHTINGENFASE EN OPSPORINGSFASE

2.2.1 *Algemeen*

Over het zwijgrecht is veel gesproken en geschreven in de Nederlandse rechtspraak en in de juridische doctrine.¹⁰¹ In het EVRM-deel van deze preadviezen bleek reeds dat het zwijgrecht een deelaspect is van het veel ruimere *nemo tenetur*-beginsel, het recht om niet mee te hoeven werken aan een (strafrechtelijk) onderzoek dat tegen betrokkene loopt. Dit recht wordt uitdrukkelijk beschermd in artikel 14 lid 3 onder g IVBPR en door het EHRM uit het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM afgeleid. In het EU-deel van deze preadviezen is gebleken dat het EU-recht op dit moment weinig toegevoegde waarde heeft voor de discussie over de betekenis van het zwijgrecht in relatie tot punitief sanctioneren door de lidstaten, zodat daarop hier verder niet wordt ingegaan.

Een belangrijk knelpunt bij het zwijgrecht is de vraag naar de precieze betekenis ervan. Vanaf welk moment is een vermoedelijke overtreder niet meer verplicht om mee te werken aan zijn eigen veroordeling? De problemen doen zich vooral voor bij de overgang van de toezichtsfase (waarin ambtenaren bijvoorbeeld inlichtingen vragen over de invulling van een belastingformulier) naar de opsporingsfase, waarin daadwerkelijk sprake is van een vermoeden van het plegen van een 'strafbaar' feit. Belangrijke vragen in dit verband zijn vanaf welk moment de vermeende overtreder zich op zijn zwijgrecht kan beroepen en of, en zo ja, welke in de inlichtingenfase verkregen informatie kan worden gebruikt in de opsporingsfase.

101. Zie Verhey & Verheij 2005, p. 281-282 met nadere verwijzingen. Deze twee (ex-) wetgevingsjuristen zijn van oordeel dat de problematiek van het zwijgrecht vooral in theorie vrij lastig is maar dat zich in de praktijk weinig problemen lijken voor te doen. Vgl. ook O.J.D.M.L. Jansen, 'Het zwijgrecht van ondernemingen in het Nederlandse boete-recht', *Tijdschrift voor Onderneming & Strafrecht* 2004, p. 67-77.

2.2.2 Codificatie in de Vierde Tranche Awb

Op dit moment zijn in diverse bijzondere bestuurlijke boetewetten reeds formuleringen van het zwijgrecht opgenomen. De meeste formuleringen corresponderen met de voorgestelde definitie in het voorontwerp van het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb uit 1999 (artikel 5.0.11 lid 1):

‘Degene die aan een handeling van het bestuursorgaan redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem een bestuurlijke sanctie, niet zijnde een herstelsanctie, zal worden opgelegd, is niet langer verplicht ten behoeve van deze oplegging inlichtingen omtrent de overtreding te verstrekken’.¹⁰²

Deze formulering was ontleend aan jurisprudentie van de Hoge Raad, in lijn met uitspraken van het EHRM over de vraag vanaf wanneer sprake is van een ‘criminal charge’.¹⁰³ Volgens het EHRM is sprake van een ‘criminal charge’ wanneer de overheid een officiële kennisgeving aan de betrokkene richt, inhoudende dat hij een wetsovertreding heeft begaan die ‘criminal’ is in de zin van het EVRM, of wanneer de overheid naar aanleiding van een dergelijke overtreding handelingen verricht die de positie van de betrokkene wezenlijk beïnvloeden. Het enkele bestaan of uiten van een verdenking – ook tijdens een controle of verhoor – is nog niet genoeg om van een ‘criminal charge’ te spreken, aldus de opstellers van het voorontwerp.¹⁰⁴

Na vele commentaren op deze formulering, in het bijzonder vanuit strafrechtelijke hoek, heeft de regering in het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb voor een andere formulering gekozen die meer aansluit bij die in het strafrecht, zodat onnodige verschillen tussen beide regelingen kunnen worden voorkomen. Dit is volgens de regering des te belangrijker, aangezien beide regelingen dienen te voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM. De memorie van toelichting bij de Vierde Tranche Awb voegt hier echter wel aan toe dat de Straatsburgse jurisprudentie over de precieze reikwijdte van het zwijgrecht nog lang

102. Zie onder meer artikel 32d Warenwet. Een afwijkende formulering is bijvoorbeeld te vinden in artikel 53 Mededingingswet waarin onder meer wordt gesproken van het redelijke vermoeden dat een overtreding is begaan.

103. HR 17 februari 1987, *NJ* 1987, 951; HR 23 juni 1993, *BNB* 1993/271. Zie ook EHRM 27 februari 1980, *Deweert t. België*, *NJ* 1980, 561; EHRM 15 juli 1982, *Eckle t. Duitsland*. Vgl. ook ABRvS 7 april 2004, *AB* 2004, 30, m.nt. O. Jansen, waarin de Afdeling een beroep op het *nemo-tenetur*-beginsel afwijst. Zie ook ABRvS 3 mei 2006, *JB* 2006, 187; HR 16 september 2005, LJN-nr. AO9013. Een bijzondere toepassing is te vinden in HR 8 maart 2002, *AB* 2002, 353, m.nt. A.M.L. Jansen, waarin een summier motivering van een bezwaarschrift tegen verhoogde aanslag is toegestaan in verband met het uit artikel 6 EVRM volgende *nemo-tenetur*-beginsel.

104. Zie uitgebreid Voorontwerp Vierde Tranche 1999, p. 119.

geen klare wijn schenkt. De nieuwe formulering wordt vervolgens aldus toegelicht:

‘Alles afwegende stellen wij daarom voor te bepalen dat aan een persoon het zwijgrecht toekomt, zodra hij met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie wordt verhoord. Deze formulering maakt in de eerste plaats duidelijk dat het gaat om situaties waarin het bestuursorgaan serieus overweegt om de overtreding «punitief» af te doen. Het bestuursorgaan overweegt derhalve niet (langer) om (alleen) een herstelsanctie op te leggen. De terminologie «wordt verhoord» in plaats van «wordt ondervraagd» sluit aan bij het strafrecht en het fiscale recht. Zij onderstreept mede daardoor nog eens dat het recht om te zwijgen geldt bij vragen die zijn gericht op bestraffing, niet bij vragen die (tevens) zijn gericht op andere bestuursstaken, zoals bijvoorbeeld de belasting- of premieheffing. Dit is van belang voor de afbakening tussen het zwijgrecht en bestuursrechtelijke inlichtingplichten. Daarnaast bieden de woorden «wordt verhoord» een objectiever aanknopingspunt dan de formulering uit het voorontwerp, die aanknoopte bij een door de (vermeende) overtreder te maken gevolgtrekking. In de nieuwe formulering gaat het erom dat naar objectieve omstandigheden door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat sprake is van een «verhoor» met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete. Het subjectieve inzicht van de verhorende ambtenaar is dus niet doorslaggevend.

Deze objectieve omstandigheden maken dat het bestuursorgaan ook niet zomaar «straffeloos» de toezichtsfase kan uitrekken teneinde de vermoedelijke overtreder bepaalde waarborgen te onthouden. De rechter zal zich uiteindelijk – mede in het licht van artikel 6 EVRM – een oordeel moeten vormen over de vraag wanneer van dergelijke omstandigheden sprake is. Praktisch zal dat overigens vaak niet tot een ander resultaat leiden dan toetsing aan de bestaande formulering. Het «verhoor» is immers ook een «handeling waaraan betrokkene redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem een boete zal worden opgelegd» en zal in veel gevallen de eerste zodanige handeling zijn waarmee de overtreder wordt geconfronteerd.¹⁰⁵

Volgens Hartmann & Rogier had de regering beter kunnen kiezen voor een formulering die nog nauwer aansluit bij die uit het strafrecht, namelijk door als uitgangspunt voor het zwijgrecht ‘het redelijk vermoeden van schuld aan het begaan van een overtreding’ te kiezen.¹⁰⁶ Hiermee zou tevens de schrifte-

105. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 96-97.

106. Hartmann & Rogier 2004, p. 1878-1879.

lijke verklaringenvrijheid kunnen worden gewaarborgd. De vaste Commissie van Justitie van de Tweede Kamer heeft hierover vragen gesteld aan de regering. In antwoord op deze vragen antwoordt de regering in de nota naar aanleiding van het verslag:

‘Uit rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat het zwijgrecht in ieder geval geldt vanaf het tijdstip waarop kan worden gesproken van een «criminal charge». De jurisprudentie van het EHRM over inhoud van dit begrip is evenwel nog niet uitgekristalliseerd, zodat een daarop aansluitende, van het strafrecht afwijkende omschrijving, bij de huidige stand van zaken niet kan worden gerechtvaardigd. Wij hebben er dan ook voor gekozen om aan te knopen bij het begrip «verhoor», dat ook in het strafrecht en het fiscale recht als ijkpunt wordt gehanteerd voor het zwijgrecht.

Met de woorden «wordt verhoord» wordt bedoeld dat naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat sprake is van een «verhoor» met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete. Met bovenstaande is nog niets gezegd over de vorm waarin het verhoor plaatsvindt. De tekst sluit niet uit dat een schriftelijke ondervraging onder omstandigheden als verhoor zou kunnen worden aangemerkt.¹⁰⁷

2.2.3 Organisatorische functiescheiding

Een voor de rechtspraktijk zeer relevante vraag is voorts of in de inlichtingenfase onder dwang verkregen informatie (bijvoorbeeld door bedreiging met een bestuurlijke boete in geval van het niet verstrekken van de gevraagde inlichtingen) al dan niet mag worden gebruikt in de opsporingsfase. De meningen over deze kwestie zijn vooralsnog verdeeld.

De regering is in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb van oordeel dat de Straatsburgse jurisprudentie hiervoor onder omstandigheden wel ruimte laat, in het bijzonder in geval de betreffende informatie onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat:

‘Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt wel dat onder omstandigheden verklaringen die voorafgaand aan de criminal charge op grond van een plicht tot informatieverstrekking zijn afgelegd, niet mogen worden gebruikt voor het bewijs van een overtreding waarop een bestraffende sanctie staat. (...) Dit betekent echter niet dat ter naleving van een inlichtingenplicht verstrekte informatie nooit mag worden gebruikt ter onderbouwing van een daaropvolgende bestraffende sanctie. Dit mag in ieder geval wel

107. *Kamerstukken II 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 41.*

indien het gaat om informatie die onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat. Zo kunnen bloed- en urinemonsters en gegevens die de overheid in handen krijgt op basis van eigen handelen, zoals een boekenonderzoek, huisbezoek of een huiszoeking, wel voor de bewijsvoering ter onderbouwing van de bestuurlijke boete worden gebruikt. Maar ook los daarvan volgt uit de arresten Saunders en J.B./Zwitserland niet, dat onder dwang verkregen verklaringen nooit voor het bewijs van een overtreding mogen worden gebruikt. Beide arresten betroffen enigszins atypische casusposities, hetgeen noopt tot voorzichtigheid bij het trekken van algemene conclusies. Het Hof geeft, zoals gebruikelijk, ook aan dat het zich beperkt tot een beoordeling van de concrete voorliggende zaak'.¹⁰⁸

Toegegeven moet worden dat de Straatsburgse jurisprudentie inzake de reikwijdte van het zwijgrecht nog lang niet is uitgekristalliseerd, hetgeen ook geldt voor de Luxemburgse rechtspraak op dit punt. Het blijft dan ook wachten op het precieze antwoord op de vraag welke informatie nu wel en niet mag worden gebruikt in de opsporingsfase, als die duidelijkheid al in Straatsburg dan wel Luxemburg zal worden geboden. Tegenover het volgens vele 'enge' regeringsstandpunt, staan dan ook vele voorstanders van een ruimere invulling van het zwijgrecht, nu daarmee het risico op een veroordeling door het EHRM wordt beperkt.¹⁰⁹

De problemen ten aanzien van deze dimensie van het zwijgrecht worden vaak ook in de hand gewerkt door het feit dat in de praktijk lang niet altijd sprake is van een organisatorische scheiding tussen de reeds genoemde inlichtingenfase en de opsporingsfase. Hierdoor bestaat onder meer het gevaar dat dezelfde personen die actief zijn bij het vragen van inlichtingen, in de opsporingsfase een boete moeten gaan opleggen, waardoor het zwijgrecht illusoir kan worden. In het verleden is dan ook zowel in de literatuur als in verschillende wetsvoorstellen en adviezen gesuggereerd een strikte(re) scheiding aan te brengen tussen toezichts- en opsporingsbevoegdheden. Dit zou dan kunnen door deze taken bij verschillende personen of instanties te leggen.¹¹⁰ Inmiddels bestaat er bijvoorbeeld in de financiële toezichtswetgeving een strikte scheiding tussen controle en opsporing, althans op het niveau van de uitvoering. Ondanks deze strikte organisatorische scheiding tussen toezichts- en opsporingsfase, blijkt uit een recente uitspraak van het College van Beroep voor het

108. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 97.

109. Zie onder meer A.R. Hartmann, 'Het zwijgrecht en de cautieverplichting', in: L.J.J. Rogier, *Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde Tranche*, Rotterdam/Arnhem 2000, p. 37-63; Albers 2002 en Hartmann & Rogier 2004.

110. Zie uitgebreid Hartmann 2000, p. 54-57. Hij verwijst ook naar een mislukte poging om in het belastingrecht een zelfstandige boete-inspecteur te introduceren. Zie daarover ook Feteris 1993, p. 750-751.

Bedrijfsleven (CBB) dat hiermee nog niet alle problemen zijn opgelost. Het CBB zag zich genoodzaakt een boetebesluit van de Autoriteit Financiële markten (AFM) te vernietigen, aangezien een toenmalig bestuurslid van de AFM nauw betrokken was geweest bij zowel het voorafgaande onderzoek als het opleggen van de boete. Hiermee is de schijn ontstaan dat de beslissing tot het al dan niet opleggen van de bestuurlijke boete zonder de vereiste objectiviteit en onbevooroordeeldheid – en daarmee in strijd met de bedoeling van de wetgever – tot stand is gekomen.¹¹¹

In een uitvoerige noot bij deze laatste uitspraak schetst Jansen op inzichtelijke wijze de problematiek. Naar zijn mening wordt de strikte functiescheiding in het financiële bestuursrecht veel te zwaar aangezet en gaat de Nederlandse wetgever op het terrein van financieel toezicht verder dan strikt wordt geëist op grond van de rechtspraak van het EHRM. Zo ging de AFM bij de invulling van deze organisatorische scheiding uit van een zeer ruime interpretatie van het zwijgrecht: voordat het dossier van de afdeling toezicht werd overgedragen aan de medewerker(s) die het bestuurlijke boetebesluit zou(den) voorbereiden, diende het dossier te worden geschoond van alle verklaringen van de overtreder.¹¹² Verder heeft de regering aangekondigd de functiescheiding in de financiële wetgeving nog verder aan te scherpen door deze ook te laten gelden voor de hogere echelons in de organisatie van de toezichthouder: dus naast de uitvoerende medewerkers ook voor de leden van het bestuur.¹¹³ In de hier genoemde uitspraak is het CBB in ieder geval van oordeel dat de betrokkenheid van een lid van de Raad van Bestuur, zowel in de toezichts- als in de opsporingsfase, te sterk is geweest. Toch verwacht annotator Jansen geen grote gevolgen voor andere marktautoriteiten (zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de OPTA (post- en telecom) en de Zorgautoriteit), aangezien het bestuurslid in casu zich wel uitzonderlijk betrokken had getoond bij de hele procedure. Wel is het volgens Jansen raadzaam in ieder geval een mandaatverbod op te nemen, teneinde mogelijke problemen te voorkomen.

Het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb voorziet in een dergelijk mandaatverbod door te bepalen dat bij toepasselijkheid van het voorgestelde artikel 5.4.2.6 (waarvan sprake is indien voor overtreding een bestuurlijke boete van meer dan 340 euro kan worden opgelegd) mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet wordt verleend aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt (zie voorstel tot aanvulling met een vierde lid van artikel 10:3 Awb).¹¹⁴ In de memorie van toelichting wordt ove-

111. CBB 9 februari 2006, *JB* 2006, 101, m.nt. Timmermans, *AB* 2006, 292, m.nt. O. Jansen. In deze zaak staat centraal artikel 48i Wet toezicht effectenverkeer 1995.

112. *AB* 2006, 292.

113. Zie de nota Boetestelsel in financiële wetgeving, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 125, nr. 2 en het wetsvoorstel Wet financieel toezicht, *Kamerstukken II en I*, 29 708.

114. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 2, p. 19.

rigens aangegeven dat dit verbod in de belastingpraktijk aanleiding kan geven tot problemen, aangezien de oplegging van de boete daar doorgaans in mandaat plaatsvindt en de inspecteur dit derhalve niet zelf doet. In de Algemene wet inzake rijksbelastingen zal daarom een afwijking op deze hoofdregel moeten worden neergelegd.¹¹⁵

Behalve het pleidooi voor een strikte scheiding tussen toezichts- en opsporingsfase, zijn er in de literatuur ook tegenovergestelde geluiden te horen. In een recent proefschrift concludeert Peçi dat een dergelijk scherp onderscheid niet functioneel is voor het op de juiste wijze respecteren van het *nemo-tenetur*-beginsel. Hij komt tot deze conclusie na onder meer bestudering van het Engelse recht inzake financieel toezicht, waar een dergelijk onderscheid niet bestaat. Voor het respecteren van dit beginsel zijn andere factoren van belang: in welke mate is er dwang op betrokkene uitgeoefend? Is er een punitieve sanctie opgelegd voor het niet verstrekken van gevraagde documenten? Gaat het om afgedwongen informatie die niet onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat? Het antwoord op deze – mede door de Straatsburgse jurisprudentie geïnspireerde – vragen is bepalend voor het antwoord op de vraag of betrokkene met succes een beroep op het zwijgrecht kan doen. De scheiding tussen toezichts- en opsporingsfase is volgens Peçi irrelevant in deze.¹¹⁶ Met Peçi zijn wij van oordeel dat een strikte scheiding niet per se noodzakelijk is voor de optimale werking van het zwijgrecht, zoals geïnterpreteerd door het EHRM. Aan de andere kant kan een dergelijke strikte scheiding er wel toe bijdragen dat wordt voorkomen dat er een schijn van vooringenomenheid ontstaat door het in één hand concentreren van toezichthoudende en boeteopleggende taken en wordt de kans op schending van het zwijgrecht verkleind.

2.2.4 *Resumé*

Concluderend kan worden gesteld dat de precieze betekenis van het *nemo-tenetur*-beginsel, in het bijzonder het zwijgrecht, nog lang niet is uitgekristalliseerd, noch in de Straatsburgse praktijk, noch in de Nederlandse rechtspraktijk en dat het EU-recht vooralsnog weinig toevoegt. Er is veel Straatsburgse en Nederlandse jurisprudentie, de wetgever tracht aan de eisen van artikel 6 EVRM in deze te voldoen, terwijl er tegelijkertijd veel debat is over de vraag of de wetgever dat niet op al te minimalistische wijze doet. Hier staat weer tegenover dat indien de voorstanders van een (zeer) ruime invulling van het

115. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 154.

116. Zie I. Peçi, *Sounds of silence. A research into the relationship between administrative supervision, criminal investigation and the nemo-tenetur principle* (diss. Groningen), Nijmegen 2006. Vgl. de noot van Bröring bij CRvB 5 januari 2006, AB 2006, 169, JB 2006, 98, m.nt. Albers.

zwijgrecht worden gevolgd, de overheid veel minder (punitieve) armslag heeft om de naleving van wettelijke verplichtingen, bijvoorbeeld het juist invullen van belastingformulieren, te garanderen.

2.3 REDELIJKE TERMIJN

2.3.1 *Algemeen*

Ondanks de gelding van diverse wettelijke beslistermijnen (in artikel 5.4.2.4 Awb-IV is als uitgangspunt in een termijn voorzien van dertien weken tussen het opmaken van een boeterapport en het nemen van het boetebesluit) en de algemene (aanvullende) gelding van het redelijke-termijnvereiste van artikel 6 EVRM, komt overschrijding daarvan door bestuur en/of rechter regelmatig voor in het Nederlandse bestuursrecht.¹¹⁷ Dit klemmt temeer nu overschrijding van wettelijke (bezwaar- en beroeps)termijnen door justitiabelen – anders dan voor bestuur en rechter – voor hen vaak wél een fataal karakter heeft. Procedures naar aanleiding van boetebesluiten vormen daarbij geen uitzondering. Afhandeling van klachten over traag bestuur en trage rechtspraak vormt een belangrijk deel van het werk van de Nationale ombudsman en ook de Algemene Rekenkamer heeft zich regelmatig kritisch uitgelaten over de prestaties van de overheid op dit gebied.¹¹⁸

Het onderwerp staat ook op de politieke agenda en behalve diverse organisatorische maatregelen is ook in het vooruitzicht gesteld dat justitiabelen meer en betere rechtsmiddelen in handen zullen krijgen om op te komen tegen overschrijdingen van de redelijke termijn door de overheid en/of schadevergoeding daarvoor te verkrijgen.¹¹⁹ Met het oog daarop zijn thans wetsvoorstellen ahangig bij het parlement: het gaat om een mogelijkheid om tegen het te lang uitblijven van een besluit direct beroep in te stellen bij de rechter (nu is dat vaak niet mogelijk en moet eerst bezwaar worden gemaakt bij het toch al trage bestuursorgaan) terwijl deze rechter het talmende bestuur bovendien met een dwangsom onder druk moet kunnen zetten alsnog snel met een besluit te komen (ook dat is thans geen duidelijke praktijk).¹²⁰ Voor deze wetsvoorstel-

117. Zie nader A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn, met name in het bestuursproces* (diss. Tilburg), Den Haag 2000.

118. Vgl. diverse jaarverslagen van de Nationale ombudsman (<www.nationaleombudsman.nl>) en het rapport van de Algemene Rekenkamer, 'Beslistermijnen, waar blijft de tijd?', *Kamerstukken II* 2003/04, 29 495, nrs. 1-2.

119. Notitie van de ministers van BZK en Justitie, 'Termijnen voor bestuur en rechter', *Kamerstukken II* 2000/01, 27 462, nr. 1.

120. Zie *Kamerstukken II* 29 934 en 30 435. Vgl. met verwijzingen A. ten Veen, 'De Wet Dwangsom en Direct Beroep: het antwoord op niet tijdig beslissen en het einde van de Lex Silencio?', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2006, 32, p. 63-73.

len bestaat brede steun, zodat inwerkingtreding daarvan over niet al te lange tijd mag worden verwacht.

Deze voorstellen kunnen positief gewaardeerd worden, zij het dat rechtsmiddelen ten aanzien van een te trage rechter nog steeds vrijwel geheel ontbreken en ook niet anderszins zijn voorzien.¹²¹ Dit is temeer een probleem nu het EHRM in de *Kudla*-uitspraak op grond van artikel 13 juncto 6 EVRM eist dat er op nationaal niveau effectieve rechtsbescherming wordt geboden tegen overschrijdingen van de redelijke termijn, en het EHRM deze eis met nadruk ook stelt ten aanzien van trage rechters. Bij voorkeur moet er een middel beschikbaar zijn waarmee de procedure kan worden versneld, maar in ieder geval moet het mogelijk zijn een schadevergoeding te verkrijgen.¹²² Ten aanzien van rechterlijke traagheid ontbreekt volgens huidige nationale jurisprudentie echter zelfs de mogelijkheid om schadevergoeding te verkrijgen, laat staan dat er een formele rechtsweg bestaat om de rechter tot spoed aan te zetten.¹²³ Het wachten is hier op actie van de wetgever dan wel de Hoge Raad. Die laatste zou de tot nu toe zeer terughoudende jurisprudentie ten aanzien van aansprakelijkheid van de staat wegens onrechtmatige (te trage) rechtspraak kunnen herzien.¹²⁴ De wetgever zou over kunnen gaan tot het – naar analogie met de wrakingskamers – instellen van redelijke-termijn-kamers.

2.3.2 Redelijke termijn en bestuurlijke boetes

Ten aanzien van bestuurlijke boetes – in zaken waarin het dus gaat om een ‘criminal charge’ in de zin van artikel 6 EVRM – liggen de kaarten er voor wat betreft de mogelijkheden van compensatie wegens termijnoverschrijdingen, ook wanneer deze aan de rechter kunnen worden toegerekend, gunstiger bij, zij het dat versnellingsprocedures ten aanzien van deze boeteprocedures even-

121. Vgl. echter CRvB 8 december 2004, *AB* 2005, 73, m.nt. Bröring, waarin de Centrale Raad wel bereid blijkt vast te stellen – ook ten aanzien van het aandeel van de rechter en van zichzelf – of de redelijke termijn is geschonden, maar het bepalen van een schadevergoeding overlaat aan de civiele rechter. Afgewacht moet worden of de andere hoogste bestuursrechters de Centrale Raad daarin volgen.

122. EHRM 26 oktober 2000, *Kudla t. Polen*, *NJ* 2001, 594, m.nt. Alkema, *AB* 2001, 275, m.nt. Verhey, *EHRC* 2000, 89, m.nt. Van der Velde, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 71 e.v., m.nt. Barkhuysen. Vgl. ook EHRM 11 september 2002, *Mifsud t. Frankrijk*, *EHRC* 2002, 92, m.nt. A.M.L. Jansen.

123. Cf. het nog steeds geldende standaardarrest HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137 m.nt. G.J. Scholten.

124. Hierbij verdient vermelding dat in het jaarverslag van de Raad van State over 2003 (p. 59-60) wel wordt gepleit voor de wettelijke invoering van een rechtsmiddel met betrekking tot (rechterlijke) termijnoverschrijdingen.

min bestaan.¹²⁵ De bestuursrechter blijkt daar namelijk bereid om overschrijdingen van de redelijke termijn te compenseren via matiging van de boete, een praktijk die ontleend is aan het strafrecht.¹²⁶ In het strafrecht is een uitgebreide jurisprudentie ontwikkeld op dit punt, die in het verleden inhield dat termijnoverschrijdingen konden leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie (waarna berechting en bestraffing niet meer mogelijk waren) en er thans een meer genuanceerd systeem geldt waarbinnen de compensatie meestal wordt geboden via strafreductie die oploopt naarmate het gaat om serieuze overschrijdingen. De strafkamer van de Hoge Raad legde daarvoor zelfs vuistregels neer in een standaarduitspraak.¹²⁷

Zowel de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State erkent de mogelijkheid van compensatie via boetematiging in zaken waarin door bestuurlijke en/of rechterlijke traagheid de redelijke termijn is overschreden. Datzelfde geldt voor de belastingkamer van de Hoge Raad, die overigens in navolging van zijn strafkamer ook vuistregels heeft opgesteld voor fiscale boetezaken.¹²⁸ Iets vergelijkbaars is aan de orde bij het Gerechtshof Leeuwarden dat in hoogste instantie oordeelt over verkeersboetes op grond van de Wet-Mulder.¹²⁹ Belangrijk – en daarom wordt het benadrukt – voor het voldoen aan de vereisten op grond van de *Kudla*-uitspraak van het EHRM, is dat alle bestuursrechters in boetezaken thans bereid zijn ook na te gaan of zij zelf hebben bijgedragen aan de onrechtmatige vertraging en ook voor dat deel compensatie toe te kennen.¹³⁰ In het verleden bestonden daar aarzelingen en zelfs blokkades.¹³¹

Als beginpunt van de termijn wordt gehanteerd het moment waarop het bestuursorgaan jegens de betrokkene een handeling verricht waaraan deze redelijkerwijs de verwachting kan ontleenen dat aan hem een boete zal worden opgelegd, zij het dat de diverse bestuursrechters daarvoor verschillende for-

125. Vgl. R.J.G.M. Widdershoven, 'Europese invloed op de rechtsbescherming door de Centrale Raad van Beroep', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag 2003, p. 197-219.

126. Vgl. CBB 28 maart 1995, *AB* 1995, 513, m.nt. Viering; CRvB 19 februari 1996, *RSV* 1996, 144; Rechtbank Haarlem 11 april 2006, LJN-nr. AW2065 (boete op nihil gesteld bij totale duur procedure van 3,5 jaar). Zie nader I. de Raat & R.J.G.M. Widdershoven, 'De bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht', *NJCM-Bulletin* 2000, p. 771-788.

127. HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000, 721, m.nt. De Hullu.

128. HR 22 april 2005, *JB* 2005, 166, m.nt. Wenders.

129. Gerechtshof Leeuwarden 21 februari 2002, *AB* 2002, 307, m.nt. A.M.L. Jansen.

130. Vgl. CRvB 19 februari 1996, *RSV* 1996, 114; CRvB 12 april 2001, *USZ* 2001, 136; ABRvS 19 november 2003, *AB* 2004, 27, m.nt. A.M.L. Jansen.

131. Vgl. CRvB 27 juli 2000, *USZ* 2000, 267, m.nt. Moesker; ABRvS 19 november 2003, *AB* 2004, 27, m.nt. A.M.L. Jansen.

mulingen hanteren. Dit betekent dat dit moment – het *dies a quo* – nog voor het moment van het indienen van een bezwaarschrift kan liggen. Dit moment is in geschillen over ‘civil rights and obligations’ doorgaans het beginpunt van de redelijke termijn. Als eindpunt wordt vaak aangemerkt het moment waarop de hoogste rechter uitspraak doet, maar dit kan ook verderop in de procedure liggen wanneer het betrokken bestuursorgaan naar aanleiding van de uitspraak van deze rechter een nieuw besluit moet nemen. Ten aanzien van bestuurlijke boetes is in het licht van de redelijke termijn trouwens positief dat bestuursrechters in boetezaken vaker bereid zijn de zaak zelf af te doen en niet meer terugverwijzen naar het bestuur.¹³² Deze praktijk wordt – ook dat is positief – gecodificeerd in het beoogde nieuwe artikel 8:72a Awb wanneer de Vierde Tranche Awb in werking treedt. De rechter beziet aldus – als gezegd – ook diens eigen aandeel in de lengte van de procedure en kan ook daarvoor compensatie toekennen.

Voor wat betreft de vraag welke termijn redelijk is, is opvallend dat de bestaandkamer van de Hoge Raad, het Gerechtshof Leeuwarden en de economische bestuursrechtkamer van de Rechtbank Rotterdam – in aansluiting op het genoemde strafrechtelijke standaardarrest van de strafkamer van de Hoge Raad – een gefixeerde maximumtermijn van twee jaar per procedurele fase als uitgangspunt nemen. Daarbij worden de bezwaarfase en de behandeling door de rechter in eerste aanleg als één fase beschouwd.¹³³ Andere bestuursrechters stellen de meer op de omstandigheden van het geval gerichte flexibele criteria van het EHRM voorop, te weten ingewikkeldheid van de zaak, invloed (gedrag en processuele opstelling) beboete/raadsman op het procesverloop¹³⁴ en de wijze waarop bestuur en rechter de zaak behandelen. Ook spelen een rol de belangen die voor de betrokkene op het spel staan. Knelpunt hier kan zijn dat enerzijds de jurisprudentie van de Hoge Raad, het Gerechtshof Leeuwarden en de Rechtbank Rotterdam – waarin de EHRM-criteria alleen subsidiair meewegen – het risico in zich bergt dat men uit de pas gaat lopen met het meer flexibele Straatsburgse regime, terwijl anderzijds de jurisprudentie van de overige rechters vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtseenheid te bekritisieren is.¹³⁵ Opvallend is ook dat wettelijke beslistermijnen voor bestuur en rechter meestal slechts termijnen van orde zijn (dat geldt ook voor de ter-

132. Dit blijkt reeds uit de in deze paragraaf aangehaalde jurisprudentie.

133. HR 22 april 2005, *JB* 2005, 166, m.nt. Wenders; Gerechtshof Leeuwarden 21 februari 2002, *AB* 2002, 307, m.nt. A.M.L. Jansen; Rechtbank Rotterdam 22 mei 2006, LJN-nr. AX8428.

134. Daarbij is het van belang te benadrukken dat het in boetezaken onbenut laten van het op grond van artikel 6:2 Awb bestaande rechtsmiddel ten aanzien van bestuurlijke traagheid niet doorslaggevend is bij het bepalen van de (on)redelijkheid van de termijn. Vgl. ABRvS 19 november 2003, *AB* 2004, 27, m.nt. A.M.L. Jansen.

135. Zie ook de noot van A.M.L. Jansen in *AB* 2006, 11.

mijn van dertien weken van artikel 5.4.2.4 Awb-IV) en overschrijding daarvan niet automatisch als een schending van de redelijke termijn en daarmee als een grond voor boetematiging wordt beschouwd. Het ligt echter voor de hand overschrijding van een dergelijke wettelijke termijn op zijn minst als een belangrijke indicatie te zien dat de redelijke termijn is geschonden.¹³⁶

Dan de vraag naar de omvang van de compensatie. Hier is een knelpunt dat de jurisprudentie van de verschillende bestuursrechters (en zelfs van één bestuursrechter) uiteenloopt en dat in veel uitspraken niet (voldoende) wordt gemotiveerd waarom tot een bepaald boetematigingspercentage wordt gekomen. Zo leidt – zoals ook wordt aangegeven door A.M.L. Jansen¹³⁷ – de overschrijding van de redelijke termijn in een vijfeneenhalf jaar durende procedure de ene keer tot een boetereductie van tien procent¹³⁸ en de andere keer tot een matiging van honderd procent.¹³⁹ De belastingkamer van de Hoge Raad geeft in het hiervoor al aangehaalde standaardarrest aan dat bij overschrijding van de redelijke termijn in de regel met tien procent wordt gematigd.¹⁴⁰ Deze praktijk zou moeten worden geüniformeerd. Ook zouden de beslissingen terzake van boetematiging beter moeten worden gemotiveerd. Steeds is het daarbij zaak de Straatsburgse schadevergoedingspraktijk zoveel mogelijk te volgen, omdat anders wordt uitgelokt dat betrokkenen bij het EHRM doorprocederen om daar meer schadevergoeding te krijgen. Daarbij geldt ook nadrukkelijk de eis dat immateriële schade moet worden vergoed. Het EHRM heeft de mogelijkheid geopend om aldaar door te procederen wanneer er sprake is van compensatie door de nationale rechter die in het licht van de Straatsburgse maatstaven duidelijk ‘unreasonable’ is. Richtsnoeren voor deze Straatsburgse maatstaven zijn te vinden in de *Pizzati*-uitspraak,¹⁴¹ waarbij wel de waarschuwing geldt dat de Grote Kamer van het Hof in de latere *Scordino*-uitspraak heeft aangegeven dat van deze richtsnoeren niet zonder meer mag worden uitgegaan en dat een bredere analyse van zijn jurisprudentie nodig is om tot bruikbare richtlijnen te komen.¹⁴² Hier doemt meteen een ander knelpunt op: de Straatsburgse eisen zijn op deze wijze voor de nationale instanties onvoldoende of in ieder geval moeilijk kenbaar hetgeen kan leiden tot een onvoldoende op elkaar afgestemde praktijk. Schadevergoeding langs de hiervoor ge-

136. Zie ook T. Barkhuysen & A.M.L. Jansen, ‘Rechtsmiddelen tegen rechterlijke en bestuurlijke traagheid’, *NJB* 2002, p. 841-848.

137. Zie zijn noot in *AB* 2006, 11.

138. CRvB 13 november 2003, *JB* 2004, 62, m.nt. A.M.L. Jansen.

139. CRvB 25 september 2003, *JB* 2003, 348, m.nt. A.M.L. Jansen.

140. Zie ook HR 3 februari 2006, *JB* 2006, 71, m.nt. A.M.L. Jansen.

141. EHRM 10 november 2004, *Pizzati* t. Italië, *AB* 2005, 257, m.nt. Barkhuysen, *JB* 2005, 1, m.nt. A.M.L. Jansen, *EHRC* 2005, 22, m.nt. Van der Velde.

142. EHRM 29 maart 2006, *Scordino* t. Italië, *EHRC* 2006, 61, m.nt. Van der Velde, *JB* 2006, 134, m.nt. A.M.L. Jansen, *AB* 2006, 294, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

schetste lijnen, maar anders dan via matiging, is ook geïndiceerd in gevallen waarin het gaat om termijnoverschrijding in een zaak betreffende een 'criminal charge' die geen bestuurlijke boete is. Daarbij kan aan de intrekking van een vergunning worden gedacht.

Knelpunten met het EU-recht doen zich in algemene zin niet voor. Het vereiste van behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn geldt ook in zaken met een EU-rechtelijke component. Strengere eisen op dit vlak lijken niet uit het EU-recht voort te vloeien. Wel heeft het Hof van Justitie in drie relatief recente zaken uitgemaakt dat in richtlijnen opgenomen beslistermijnen voor bestuursorganen dwingend zijn en dat tegen overschrijding daarvan rechtsbescherming bij de rechter open moet staan. In het Nederlandse bestuursrecht kan aan dat vereiste eenvoudig tegemoet worden gekomen via artikel 6:2 Awb. Niet-tijdig besluiten heeft echter niet het rechtsgevolg dat de aanvraag moet worden geacht te zijn gehonoreerd, tenzij een richtlijn nadrukkelijk een dergelijke *lex silencio positivo* voorschrijft.¹⁴³ Wel een probleem vormt het feit dat prejudiciële procedures bij het Hof van Justitie EG tegenwoordig vaak erg lang duren. Opmerkelijk is dat het EHRM de duur van een dergelijke procedure niet meetelt in het kader van de berekening van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM.¹⁴⁴

Ten slotte is het goed er op te wijzen dat veel bestuursrechtelijke wetten die bestuursorganen boetebevoegdheden toekennen, wel een bepaling kennen die het betreffende orgaan verplicht om binnen een bepaalde termijn (bijvoorbeeld vijf jaar) nadat de overtreding is begaan een boetebesluit te nemen. Dit op straffe van verval van de boetepleggingsmogelijkheid (vgl. bijvoorbeeld artikel 64 Mededingingswet). Artikel 5.4.1.6 Awb-IV kent voor boetes boven de 340 euro een vervaltermijn van vijf jaar en daaronder een termijn van twee jaar.

2.4 PUBLICITEIT TEN AANZIEN VAN OVERTREDINGEN EN BOETEBESLUITEN

Een belangrijke vraag speelt ten aanzien van het relatief nieuwe bestuurlijke sanctiemiddel van de zogenaamde 'naming and shaming'. Met name op het terrein van het economisch bestuursrecht hebben toezichthouders de bevoegdheid om een geconstateerde overtreding en een (voorgenomen) boetebesluit publiek te maken, bijvoorbeeld via hun website en persberichten. Vooral van-

143. HvJ EG 21 april 2005, Zaak C-186/04, Housieaux, AB 2005, 349, m.nt. Widdershoven; HvJ EG 20 januari 2005, zaak C-245/03, Merck, Sharp & Dohme, AB 2005, 350, m.nt. Widdershoven; HvJ EG 20 januari 2005, Zaak C-296/03, Glaxosmithkline/België, *Jur.* 2005, p. I-669.

144. EHRM 26 februari 1998, Pafitis t. Griekenland, NJ 1999, 109, m.nt. D. Asser.

uit strafrechtelijke hoek worden hiertegen ernstige bezwaren aangevoerd op grond van het beginsel van het vermoeden van onschuld, zoals onder meer gecodificeerd in artikel 6 lid 2 EVRM.¹⁴⁵ De geconstateerde overtreding of het opgelegde boetebesluit wordt namelijk openbaar gemaakt, terwijl een rechter nog niet (onherroepelijk) heeft geoordeeld over de rechtmatigheid van het besluit. Bedrijven vrezen aldus reputatieschade. Ook is de vraag aan de orde hoe de sanctie van het openbaar maken moet worden gekwalificeerd in de zin van artikel 6 EVRM. Gaat het hierbij al dan niet om een 'criminal charge'? Het antwoord op deze vraag is mede maatgevend voor de waarborgen waarmee de beslissing tot publicatie moet zijn omgeven en op welke wijze de rechter de belangenafweging van het bestuur terzake moet toetsen (vol als het zou gaan om een 'criminal charge', marginaal als dat niet het geval is). Daarnaast zou er een probleem kunnen ontstaan met het verbod van *bis in idem* wanneer niet alleen de boete maar ook de publicatie een zelfstandig leedtoevoegend karakter zou worden toegedicht.

Over de vraag of de publicatiesanctie moet worden beschouwd als een 'criminal charge' zijn de meningen verdeeld. Aan de ene kant wordt in de literatuur betoogd dat deze sanctie zozeer verbonden is met de boete dat deze deelt in het – onomstreden – 'criminal charge'-karakter daarvan en dat ook los van deze verbondenheid kan worden aangenomen dat dergelijke publicaties (mede) zijn gericht op leedtoevoeging.¹⁴⁶ Anderzijds wordt, met name van regeringszijde in het kader van de herziening van de financiële toezichtswetgeving (de Wet op het financieel toezicht), aangevoerd dat de publicatie niet is gericht op leedtoevoeging, maar dat het alleen zou gaan om het waarschuwen van de markt voor (potentiële) risico's.¹⁴⁷ Deze stelling van de regering was mede een reactie op het oordeel van de Raad van State dat publicaties als punitief moeten worden aangemerkt voor zover deze zijn gericht op leedtoevoeging, hetgeen door de regering dus met kracht wordt ontkend.¹⁴⁸

De vraag naar het karakter van de publicatiesanctie is in rechterlijke procedures opgeworpen en de rechtspraak tendeert in de richting van het ontkennen van het punitieve karakter daarvan. Er is een voorlopig oordeel bekend van het Gerechtshof Amsterdam waarin het in het kader van een beroep op het beginsel van *ne bis in idem* aangeeft 'voorlopig' van oordeel te zijn dat het doel van de openbaarmaking niet bestraffing maar waarschuwing is.¹⁴⁹ Ook de

145. D. Doorenbos, 'Schandpaal en onschuldpresumptie', *NJB* 2003, p. 2190-2196.

146. Vgl. Doorenbos 2003.

147. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 418-421.

148. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 4 (advies van 7 april 2005).

149. Gerechtshof Amsterdam 9 februari 2006, *JOR* 2006, 104.

Rechtbank Rotterdam is van oordeel dat een publicatie is gericht op het waarschuwen van het publiek en niet op leedtoevoeging.¹⁵⁰

Wel is de rechter bereid gebleken om – los van de vraag of het al dan niet zou gaan om een ‘criminal charge’ in de zin van artikel 6 EVRM en dus ook zonder een expliciet oordeel te geven of er marginaal of vol moet worden getoetst – publicatie (van namen) te verbieden in afwachting van een rechterlijk oordeel ten gronde over de rechtmatigheid van het boetebesluit.¹⁵¹ Dit in het kader van (de toetsing van) een afweging van het belang van bescherming van het publiek enerzijds en het voorkomen van reputatieschade anderzijds. De civiele rechter is daarbij bereid gebleken de zaak anoniem en met gesloten deuren te behandelen¹⁵², terwijl de bestuursrechter tot dat laatste niet bereid was.¹⁵³ Dit klemt te meer, omdat met de genoemde thans voorliggende voorstellen voor wetwijzigingen wordt beoogd de rechtsbescherming tegen publicatiebeslissingen bij de bestuursrechter te leggen. Daarbij kan echter niet worden uitgesloten dat de civiele rechter terzake toch aanvullende rechtsbescherming blijft verlenen. Wel heeft de regering aangekondigd dat op bepaalde terreinen van het financiële toezicht bij het constateren van een overtreding en bij boetes voor lichte en matige overtredingen een aantal dagen moet worden gewacht met publicatie. Dit geeft de betrokken onderneming de tijd om rechtsmiddelen aan te wenden om publicatie te voorkomen. Deze wachttijd geldt echter niet bij zware overtredingen.¹⁵⁴

De vraag naar de strijd van een publicatiesanctie met de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM is door de rechter tot nu toe niet expliciet beantwoord. Uit de hiervoor aangehaalde rechtspraak zou wel impliciet kunnen worden afgeleid dat de rechter deze strijd niet aanwezig acht. Hier past enige voorzichtigheid, omdat niet steeds duidelijk is in hoeverre partijen een duidelijk beroep gedaan hebben op de onschuldpresumptie. Naar ons oordeel rijzen in dit licht echter geen principiële bezwaren tegen publicatie, als de toezichthouder maar op de juiste wijze formuleert bij het bekendmaken van het (voorgenomen) boetebesluit en voldoende tijd gunt om rechtsbescherming aan te

150. Rechtbank Rotterdam 27 februari 2006, LJN-nr. AV3029; Rechtbank Rotterdam 24 april 2006, LJN-nr. AW9642.

151. CBB 1 oktober 2005, *JOR* 2005, 305, m.nt. Eisma; Gerechtshof 's-Gravenhage 24 februari 2005, *NJF* 2005, 178; Gerechtshof Amsterdam 6 oktober 2005, *JOR* 2006, 12, m.nt. Peters. Zie mede naar aanleiding van deze laatste uitspraak nader de bijdrage van B. Jong & P. Olden, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 70-73; G.P. Roth, ‘De publicatie van waarschuwingen en boetes onder de Wft’, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 149-154.

152. Vgl. Gerechtshof Amsterdam 6 oktober 2005, *JOR* 2006, 12, m.nt. Peters.

153. Rechtbank Rotterdam 27 februari 2006, *JOR* 2006, 115, m.nt. Roth.

154. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 39.

wenden tegen een voorgenomen publicatie. Een en ander kan als volgt worden toegelicht.

De onschuldpresumptie houdt in dat verantwoordelijke autoriteiten zich moeten onthouden van openbare mededelingen die daarop een inbreuk vormen. Dit vereist genuanceerde berichtgeving over de mate waarin de schuld in het kader van een lopende procedure al dan niet is komen vast te staan.¹⁵⁵ Nu echter het EHRM de oplegging van sancties door het bestuur toelaat, staat de onschuldpresumptie er waarschijnlijk niet principieel aan in de weg daarover ook openbare mededelingen te doen, zij het dat ook daarbij de vereiste nuance in acht moet worden genomen, bijvoorbeeld door het vermelden van de mogelijkheid van beroep bij de rechter.¹⁵⁶ Aan een onmiddellijke tenuitvoerlegging van boetebesluiten voordat deze na een rechterlijke toetsing definitief zijn geworden, staat de onschuldpresumptie in beginsel evenmin in de weg. Ook daarvoor geldt echter dat deze bevoegdheid op grond van artikel 6 lid 2 EVRM binnen redelijke grenzen moet worden toegepast en dat daarbij een rechtvaardig evenwicht tussen de betrokken belangen in acht moet worden genomen. Dit laatste wordt strikt door het EHRM getoetst waarbij geldt dat het financiële belang van de staat bij inning van een boete op zichzelf geen rechtvaardiging biedt, omdat met boeteoplegging niet primair het genereren van inkomsten wordt beoogd. Bij deze toetsing is ook van belang of de oorspronkelijke rechtspositie van betrokkenen in geval van een succesvol beroep bij de rechter kan worden hersteld.¹⁵⁷

Ook het EU-recht lijkt niet direct in de weg te staan aan de publicatiepraktijk, aangezien een vergelijkbare praktijk van de Commissie volgens het Gerecht van eerste aanleg door de beugel lijkt te kunnen en vooralsnog geen rechtspraak is geweest over 'naming and shaming' door lidstatelijke autoriteiten. Voorwaarde is wel dat er een formele veroordeling van het betrokken bedrijf door de Commissie ligt.¹⁵⁸

De Vierde Tranche voorziet niet in een regeling van dit onderwerp. Thans moet een oordeel van de nationale rechter worden afgewacht waarin deze ten gronde ingaat op de hier aangesneden kwestie en wellicht uiteindelijk een Straatsburgs of Luxemburgs oordeel.

155. EHRM 10 februari 1995, *Allenet de Ribemont t. Frankrijk*, NJ 1997, 523, m.nt. Dommering, *NJCM-Bulletin* 1995, p. 488 e.v., m.nt. Myjer.

156. Vgl. voor een verdergaande conclusie op dit punt Doorenbos 2003.

157. EHRM 23 juli 2002, *Janosevic t. Zweden*, *EHRC* 2002, 88, m.nt. Widdershoven.

158. GvEA EG 6 juli 2000, *Zaak T-62/98*, *Jur.* 2000, p. II-2707 (Volkswagen AG/Commissie). Zie nader het EU-gedeelte van dit preadvies.

2.5 DE BIJZONDERE ROL VAN DE RECHTER BIJ TOETSING VAN PUNITIEVE BESTUURLIJKE SANCTIES

2.5.1 *Algemeen beeld*

In het Nederlandse bestuursrecht wordt erkend dat aan de voorbereiding van boetebesluiten door bestuursorganen bijzondere eisen worden gesteld die daarbuiten niet gelden. Daarbij gaat het in het bijzonder om de bewijsvoering en de motivering.¹⁵⁹ Een aantal van deze vereisten wordt ook gecodificeerd in de Vierde Tranche Awb (vgl. artikel 5.4.1.1 e.v. Awb-IV). Ook worden bijzondere eisen gesteld aan de toetsing van boetebesluiten door de bestuursrechter, met name op grond van artikel 6 EVRM, welke eisen ook deels in de Vierde Tranche Awb worden gecodificeerd.¹⁶⁰ Enerzijds oordeelt deze als 'gewoon' bestuursrechter, anderzijds is zijn positie enigszins vergelijkbaar met die van een strafrechter. Zo toetst de bestuursrechter, mede op grond van het vereiste van 'full jurisdiction' uit artikel 6 EVRM, het boetebesluit vol op evenredigheid (vgl. artikel 5.4.1.7 Awb-IV). Dit in afwijking van zijn normale, terughoudende evenredigheidstoetsing ten aanzien van besluiten.¹⁶¹ Dit wil zeggen dat de rechter zijn eigen oordeel over de hoogte van de boete in de plaats mag stellen van het oordeel van het bestuursorgaan, zij het dat hij geen hogere boete mag opleggen dan het bestuursorgaan. Daarmee wordt ook voldaan aan de EU-rechtelijke vereisten ten aanzien van de evenredigheid van sancties.¹⁶² Daarbij wordt ook de (mate van) verwijtbaarheid van de gedraging betrokken (vgl. artikel 5.4.1.2 Awb-IV).¹⁶³ Hoewel de jurisprudentie van het EHRM niet geheel duidelijk maakt of in geval van een 'criminal charge' ten aanzien van de (toetsing van de) feitenvaststelling op grond van het vereiste van 'full jurisdiction' ook bijzondere, aanvullende eisen gelden,¹⁶⁴ worden deze in het

159. Vgl. bijv. ABRvS 15 februari 2001, *JB* 2001, 88.

160. Een en ander wordt helder in beeld gebracht in de memorie van toelichting bij de Vierde Tranche, waaraan het navolgende mede is ontleend. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 117 e.v.

161. Zie bijv. ABRvS 4 juni 1996, *JB* 1996, 172; CRvB 1 november 2001, *JB* 2001, 329; HR 20 december 1989, *BNB* 1990, 102; CBB 27 april 1990, *AB* 1990, 508; ABRvS 22 maart 2006, *AB* 2006, 133, m.nt. Sewandono.

162. Zie bijv. HvJ EG 21 juni 1979, *Zaak* 240/78, *Atalanta*, *Jur.* 1979, p. 2137; CBB 31 januari 1996, *RAwb* 1996, 63. Zie ook HR 13 augustus 2004, *AB* 2006, 25, m.nt. O. Jansen.

163. Zie bijv. ABRvS 17 april 2002, *JB* 2002, 164; CRvB 13 juni 2001, *RSV* 2001, 242. Wat betreft de verwijtbaarheidseis is van belang dat het EHRM de zogenaamde kenteken-aansprakelijkheid van de *Wet-Mulder* niet in strijd acht met de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM (EHRM 19 oktober 2004, *Falk t. Nederland* (ontv. besl.), *NJCM-Bulletin* 2005, p. 437 e.v., m.nt. Van Kempen.

164. Vgl. Albers 2002, p. 416-417.

Nederlandse recht wel gesteld. De bestuursrechter gaat er van uit dat er een volle toetsing moet plaatsvinden ten aanzien van het bewijs van de feiten die de vermeende overtreding inhouden.¹⁶⁵ Daarnaast kan de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM meebrengen dat de rechter ook feiten bij de beoordeling kan dan wel moet betrekken die het bestuursorgaan niet kon kennen ten tijde van het nemen van het boetebesluit (dit in afwijking van de in beginsel geldende regel dat een rechter het besluit *ex tunc* toetst), terwijl daaruit ook volgt dat de bewijslast bij het bestuur ligt.¹⁶⁶ Verder past de rechter ook – mede geïnspireerd door artikel 15 lid 4 IVBPR – de regel toe dat een overtreder profiteert van een wijziging van een boeteregeling in het voordeel van de overtreder (bijvoorbeeld een verlaging van het toegestane boetebedrag) hangende een procedure (zowel in de bezwaar- als in de beroepsfase) tegen een boetebesluit (vgl. artikel 5.4.1.7. lid 4 Awb-IV).¹⁶⁷ Een dergelijke (*lex mitior*) regel wordt ook aangemerkt als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat de nationale rechters als zodanig moeten toepassen.¹⁶⁸ Ten slotte is in de rechtspraak een tendens waar te nemen dat de rechter procedures ten aanzien van bestuurlijke boeten zoveel mogelijk zelf afdoet.¹⁶⁹ Deze praktijk wordt gecodificeerd in artikel 8:72a Awb als de Vierde Tranche Awb in werking treedt.

2.5.2 Knelpunten: de wettelijk gefixeerde boete

Over de mede op basis van het Europese recht vereiste, bijzondere rol van de rechter is reeds veel geschreven, alsmede over de vraag of het huidige recht en de aanstaande Vierde Tranche Awb op dit punt voldoen aan de Europeesrechtelijke vereisten.¹⁷⁰ Daaruit komt het beeld naar voren dat deze vereisten op hoofdlijnen in acht worden genomen, zij het dat er op detailpunten kritiek bestaat.

165. ABRvS 15 februari 2001, *JB* 2001, 88, m.nt. Albers. Vgl. ook ABRvS 22 mei 2002, *AB* 2003, 117, m.nt. O. Jansen, *JB* 2002, 190 waarin de Afdeling toepassing geeft aan de mede uit artikel 6 (lid 2) EVRM voortvloeiende regel dat één getuige van een strafbaar feit onvoldoende is voor het bewijs van een overtreding. Dat is anders wanneer het gaat om een ambtsedige verklaring van een verbalisant. Vgl. ook CRvB 16 mei 2003, LJN-nr. AF9001; CRvB 1 november 2001, *JB* 2001, 329; HR 15 juli 1988, *AB* 1988, 531, m.nt. Van der Burg.

166. ABRvS 15 april 1999, *RAwb* 1999, 146. Vgl. ook Rechtbank Rotterdam 13 juli 2006, LJN-nr. AY4035 (strengere eisen aan bewijs bestuursorgaan en aan motivering rechter bij beoordeling ingebracht bewijsmateriaal).

167. Zie bijv. CRvB 1 maart 2000, *JB* 2000, 107, *RSV* 2000, 87; CRvB 7 december 2000, *JB* 2001, 18, *RSV* 2001, 84; CRvB 30 juni 2004, *AB* 2004, 447, m.nt. Bröring.

168. Zie voor een toepassing in Nederland CBB 11 september 2002, *NJB* 2002, p. 1914.

169. Zie bijv. CRvB 23 januari 1997, *RSV* 1997, 108; CvBSf 15 december 2000, *JB* 2001, 19.

170. Zie onder veel meer Albers 2002; Hartmann & Rogier 2004; Bröring 2005; Albers 2006 (*Delikt & Delinkwent*) met vele nadere verwijzingen.

Een uitzondering op dit in hoofdzaak positieve beeld vormt de vraag of het huidige en aanstaande recht in het geval van wettelijk gefixeerde boeten wel voldoen aan de vereisten van artikel 6 EVRM. Van een wettelijk gefixeerde boete is sprake indien de wettelijke regeling het bestuursorgaan precies voorschrijft welke boete (van welke hoogte) ten aanzien van bepaalde overtredingen van een bepaald soort overtreeders moet worden opgelegd. Veel wettelijke regelingen kennen inmiddels een dergelijk systeem en er bestaat discussie over de vraag hoe dit zich verhoudt tot het vereiste op grond van artikel 6 EVRM dat de rechter een boete vol op evenredigheid moet kunnen toetsen. Artikel 5.4.1.7 lid 3 Awb-IV ziet op deze situatie en biedt het bestuursorgaan de mogelijkheid een lagere dan wettelijk voorgeschreven boete op te leggen indien 'de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is'. Het gaat hier om een zogenaamde antihardheidsclausule.

De discussie rond dit thema betreft met name de vraag of en zo ja in hoeverre het bestuur en de rechter nu gebonden zijn aan de wettelijke regeling met daarin het gefixeerde boetebedrag. Daarnaast is de vraag aan de orde hoe actief bestuur en rechter moeten zijn bij het bepalen van de evenredigheid van een wettelijk gefixeerde boete in een concreet geval. Moet, indien blijkt dat de wetgever heeft getracht de evenredigheid in abstracto via de wettelijke regeling te waarborgen, toch nog ambtshalve door bestuur en rechter worden onderzocht of deze vanwege de bijzondere omstandigheden van het geval in concreto onevenredig uitpakt? Of is een dergelijke toetsing alleen vereist indien de overtreder zelf de onevenredigheid aanvoert dan wel er anderszins sterke aanwijzingen in het dossier zijn te vinden voor een onevenredig effect van de sanctie? Het belang van deze discussie is duidelijk: enerzijds gaat het om een principiële punt over de verhouding van het bestuur en de rechter ten opzichte van de wetgever en anderzijds gaat het ook om de werklast van bestuur en rechter die immers toeneemt naarmate meer ambtshalve de evenredigheid van een boete in concreto moet worden onderzocht. Met dit laatste zou in feite het hele systeem van wettelijk gefixeerde boeten op losse schroeven komen te staan.

De regering geeft in de toelichting bij de Vierde Tranche aan van mening te zijn dat bestuur en rechter in beginsel zijn gebonden aan de beslissing van de wetgever over de hoogte van de boete. Deze laatste heeft immers al een afweging gemaakt terzake van de evenredigheid. Van ambtshalve toetsing aan de evenredigheid door bestuur en rechter kan dan ook geen sprake zijn volgens de regering die van mening is dat een en ander zich goed verdraagt met artikel 6 EVRM en het EU-recht. Artikel 5.4.1.7 lid 3 Awb-IV biedt op dit punt voldoende waarborgen. In de woorden van de regering:

'De jurisprudentie van het EHRM inzake de toetsingsbevoegdheid van de rechter heeft betrekking op de verhouding tussen de rechter enerzijds en het bestuur of de vervolgende instantie anderzijds, niet op de verhouding tussen rechter en wetgever. De rechter moet een bestraffende sanctie volledig aan het recht kunnen toetsen, maar is daarbij natuurlijk zelf ook gebonden aan het recht, met inbegrip van eventuele wettelijke bepalingen over de hoogte van de op te leggen sanctie. Het EHRM heeft dan ook nimmer bezwaar gemaakt tegen de verplichte minimumstraffen voor bepaalde delicten, die in het strafrecht van sommige lidstaten van de Raad van Europa voorkomen. In theorie is wel denkbaar, dat de rechter tot het oordeel moet komen dat de door de wetgever voorgeschreven sanctie als regel zo onevenredig is, dat de wet wegens strijd met het EVRM of het communautaire evenredigheidsbeginsel buiten toepassing moet worden gelaten. Dat is echter iets anders dan dat de rechter in het geheel niet aan de keuze van de wetgever zou zijn gebonden. Dat is hij wel, mits kan worden gezegd dat in de wettelijke regeling zelf rekening is gehouden met het evenredigheidsbeginsel (vgl. EHRM 23 september 1998, NJCM-bull. 2000, blz. 873 e.v. (Malige v. Frankrijk)). (...) Uit de Straatsburgse jurisprudentie volgt als gezegd niet dat een dergelijk wettelijk gefixeerd boetestelsel in strijd is met artikel 6 EVRM. Vereist is wel dat de wetgever bij de totstandkoming van de regeling de evenredigheid in acht heeft genomen. Naast de genoemde zaak Malige wijst ook de recentere zaak Göktan/Frankrijk (EHRM 2 juli 2002, EHRC 2002, nr. 72) in deze richting. In deze zaak overweegt het Hof met zoveel woorden dat het EVRM wettelijk gefixeerde sancties niet verbiedt en de rechter evenmin dwingt tot het aanpassen van deze sancties naar de omstandigheden van het geval. (...)

Ook het bestuur dient in beginsel uit te gaan van deze afweging door de wetgever, tenzij het bestuur sterke aanwijzingen heeft dat de hoogte van de boete in een bepaalde casus onevenredig uitpakt, bijvoorbeeld vanwege de geringe draagkracht van de overtreder. Een dergelijke aanwijzing zal het bestuur in de meeste gevallen krijgen doordat de betrokkene een beroep doet op dergelijke bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld bij het geven van zijn zienswijze over een voorgenomen boete-oplegging. Dit betekent dat het bestuur in het overgrote deel van de gevallen niet gehouden is ambtshalve te toetsen of de wettelijk gefixeerde boete evenredig is. Het valt echter niet geheel uit te sluiten dat uit het «dossier» in kwestie sterke aanwijzingen blijken die zouden moeten leiden tot een matiging van de hoogte van de bestuurlijke boete, zonder dat de betrokkene hier expliciet een beroep op heeft gedaan.¹⁷¹

171. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 142-143. Vgl. Barkhuysen 2004, i.h.b. p. 61-64 en 90.

De regering wijkt daarmee af van het oordeel van de Raad van State als wetgevingsadviseur, die heeft gesteld dat een indringende en zelfs ambtshalve rechterlijke toetsing op evenredigheid van de hoogte van de bestuurlijke boete ook dient plaats te vinden bij wettelijk vastgestelde boeten.¹⁷² Deze mening zijn ook diverse schrijvers toegegaan.¹⁷³ Zij benadrukken dat in het 'echte' strafrecht de rechter steeds zelf de straf vaststelt en hij ook wanneer de betrokkene daar niet (expliciet) om vraagt, nagaat of de straf evenredig is. Zij vinden dat bestuur en rechter bij bestuurlijke boeten ook steeds ambtshalve moeten nagaan of zich bijzondere omstandigheden voordoen die een boete onevenredig maken.¹⁷⁴

De nationale rechtspraak op dit punt is nog niet uitgekristalliseerd. In de lijn van het standpunt van de regering ligt een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.¹⁷⁵ Waarschijnlijk mede naar aanleiding van de toelichting van de regering bij de Vierde Tranche Awb oordeelde ook het College van Beroep voor het Bedrijfsleven in deze lijn, die impliceert dat alleen van de wettelijk voorziene boete wordt afgezien wanneer de betrokkene aannemelijk maakt dat er sprake is van daartoe aanleiding gevende zeer bijzondere en zwaarwegende omstandigheden.¹⁷⁶ Dat geldt ook voor het Gerechtshof Leeuwarden.¹⁷⁷ De Centrale Raad van Beroep oordeelde echter (nog) niet in deze zin en ook de lagere rechtspraak lijkt nog niet overtuigd dat de opvatting van de regering conform artikel 6 EVRM is, daarbij er onder meer op wijzend dat de jurisprudentie van het CBB alleen zou zien op een bepaald type zaken (boetes op grond van de Warenwet).¹⁷⁸ Afgewacht moet nu worden hoe deze discussie zich verder ontwikkelt. Naar ons oordeel lijkt de Straatsburgse jurisprudentie echter ruimte te laten voor het standpunt van de regering, maar moet daarbij wel worden aangetekend dat deze rechtspraak nog niet geheel duidelijk is.

172. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 4, p. 20.

173. Zie bijv. Albers 2002; Hartmann & Rogier 2004.

174. Daarnaast werpt Albers nog als potentieel knelpunt op dat de bestuursrechter bij de toetsing van boetebesluiten – anders dan de strafrechter – gezien artikel 8:69 Awb niet *ultra petita* mag gaan, dat wil zeggen dat hij niet zelfstandig op zoek mag gaan naar gronden die kunnen leiden tot vernietiging van het aangevochten besluit; zie Albers 2006 (*Delikt & Delinkwent*), p. 29-34 en de door haar aangehaalde vaste jurisprudentie van de bestuursrechter (bijv. CRvB 18 maart 2004, *JB* 2004, 192, m.nt. Albers; ABRvS 11 mei 2005, *Gemeentestem* 2005, nr. 7242, p. 701 e.v., m.nt. Albers).

175. ABRvS 2 juni 2004, *JB* 2004, 276.

176. CBB 5 april 2005, *AB* 2006, 81 en 82, m.nt. O. Jansen; CBB 13 april 2006, LJN-nr. AW5858. Vgl. CBB 15 februari 2005, *AB* 2006, 71, m.nt. O. Jansen.

177. Gerechtshof Leeuwarden 7 september 2005, *AB* 2006, 93, m.nt. O. Jansen.

178. Rechtbank Rotterdam 18 juli 2005, *JOR* 2005, 247, m.nt. Grundmann-van de Krol. Vgl. ook CBB 29 april 2004, *AB* 2004, 317, m.nt. Van der Vlies (gefixeerde boete op grond van de Wet toezicht effectenverkeer, waarbij het College meer ruimte lijkt te zien voor een evenredigheidstoets).

In het kader van mogelijke knelpunten met EU-recht is het, ten slotte, goed er op te wijzen dat ook EG-verordeningen boeten kunnen fixeren. Ook dan kan echter gelet op het evenredigheidsvereiste worden gematigd, nu, zoals is gebleken, artikel 6 EVRM via de algemene rechtsbeginselen ook deel uitmaakt van het gemeenschapsrecht en het evenredigheidsbeginsel ook in het EU-recht geldt. Dit zou nationale bestuursorganen en de rechter in staat moeten stellen wegens bijzondere omstandigheden te matigen.¹⁷⁹

179. Aldus ook het standpunt van de regering, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 132-133.

3 Slotbeschouwing

Uit het voorgaande blijkt dat het Nederlandse bestuursrecht in het algemeen weinig problemen kent bij de implementatie van Europeesrechtelijke vereisten ten aanzien van punitieve sancties, bestuurlijke boeten in het bijzonder. De wetgever blijkt bereid daarmee rekening te houden en daar waar dat niet het geval is of een wettelijke regeling ontbreekt treedt de rechter corrigerend dan wel aanvullend op. Deze constatering impliceert niet dat er in het geheel geen knelpunten zijn. Opvallend is dat veel van deze knelpunten hun oorsprong vaak (grotendeels) vinden in het feit dat de eisen die het EVRM en het EU-recht stellen niet altijd duidelijk zijn. Met name de jurisprudentie van het EHRM blijkt tot veel discussie aanleiding te geven en biedt zowel argumenten voor een betoog dat is gericht op het maximaliseren van de rechtsbescherming als voor een betoog dat meer uitgaat van een instrumentele, op het maximaliseren van effectieve handhavingsmogelijkheden gerichte benadering. Bestuur, wetgever en rechter moeten in dit krachtenveld hun koers bepalen, hetgeen niet altijd eenvoudig is. Daarbij lijkt echter vrijwel steeds een redelijk evenwicht te worden gevonden en kan doorgaans niet worden gezegd dat het instrumentele voorop staat. Een en ander komt ook tot uitdrukking in het wetsvoorstel inzake de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht, dat een op uniformering gerichte regeling bevat ten aanzien van bestuurlijke boeten.

Een aantal potentiële knelpunten – geselecteerd in overleg met de Belgische preadviseurs – is hiervoor in kaart gebracht. Slechts op enkele onderdelen blijkt er sprake van mogelijke problemen.

Ten aanzien van het zwijgrecht is geconstateerd dat op hoofdlijnen tegemoet wordt gekomen aan de Europeesrechtelijke vereisten. Discussiepunten liggen hier met name ten aanzien van de vraag vanaf welk moment het zwijgrecht geldt en welke gevolgen dit recht moet hebben voor de inrichting van overheidsorganisaties. Moeten toezicht en opsporing binnen één organisatie al dan niet strikt van elkaar worden gescheiden? Daarmee verbonden is onduidelijk welk materiaal onder het bereik van het zwijgrecht valt.

Ook is gebleken dat in Nederland procedures rond boetebesluiten – net als overige procedures – vaak te veel tijd in beslag nemen waarmee de redelijke termijn van artikel 6 EVRM in het geding is. Justitiabelen hebben wel mogelijkheden om het bestuur tot meer spoed aan te zetten maar deze ontbreken met betrekking tot trage rechters. Wel kent het Nederlandse bestuursrecht adequate compensatiemogelijkheden met betrekking tot overschrijding van de redelijke termijn in boetezaken via de matiging van een boete. Knelpunt is

hier dat de criteria voor het bepalen van de (on)redelijkheid van de termijn variëren en dat ook de compensatiepraktijk onvoldoende getuigt van rechts-eenheid zowel tussen nationale bestuursrechters onderling als in het licht van de Straatsburgse praktijk. Ook ontbreekt te vaak een motivering terzake.

Tot veel discussie leidt de relatief recente praktijk van het openbaar maken (met naam en toenaam) van een geconstateerde overtreding en een (voorgenomen) bestuurlijk boetebesluit. Beboete bedrijven percipiëren dit vaak als een dubbele bestraffing vanwege de reputatieschade die zij lijden en betogen zelfs dat de praktijk in strijd met de onschuldpresumptie is. De financiële toezichthouders stellen daarentegen het waarschuwen van de markt voorop en ontkennen het punitieve karakter. In de rechtspraak is tot nu toe steeds aangenomen dat de publicatiesanctie gericht is op waarschuwing en niet op leed-toevoeging en dus geen 'criminal charge' inhoudt. Ook is (impliciet) de strijd met de onschuldpresumptie ontkend. Dit lijkt in overeenstemming met de Straatsburgse en Luxemburgse jurisprudentie, zolang een redelijke afweging van de in het geding zijnde belangen en een zorgvuldige formulering bij het openbaar maken van de informatie wordt gegarandeerd. Knelpunt hier is dat in sommige gevallen – en in de toekomst juist bij zware boetes – bedrijven vaak niet de mogelijkheid hebben om de rechter voorafgaande aan de publicatie te vragen de gemaakte belangenafweging te toetsen. Een ander knelpunt is dat de bestuursrechter – bij wie de rechtsbescherming steeds meer geconcentreerd gaat worden – tot nu toe niet bereid is gebleken de zaak met gesloten deuren te behandelen waardoor alsnog de naam van een bedrijf bekend kan worden ook wanneer een redelijke belangenafweging daaraan naar het oordeel van die rechter in de weg staat.

Vastgesteld kan worden dat de Nederlandse bestuursrechter waar het gaat om de toetsing van boetebesluiten in algemene zin voldoet aan de terzake geldende Europeesrechtelijke eisen van met name artikel 6 EVRM, zij het dat zijn opstelling niet geheel gelijk is aan die van de strafrechter, hetgeen voor sommigen reden is kritischer te zijn met name waar het gaat om overtredingen die eerst wel exclusief strafrechtelijk werden afgedaan. Wat daarvan ook zij, naar onze mening voldoet de rechterlijke procedure ten aanzien van bestuurlijke boetes in algemene zin aan artikel 6 EVRM. De rechter stelt bijzondere eisen aan de feitenvaststelling, beoordeelt de verwijtbaarheid van de overtreding, kan het boetebesluit vol op evenredigheid toetsen en doet de zaak – met inachtneming van nieuw, voor de overtreder gunstig recht – zoveel mogelijk definitief zelf af. Discussie is mogelijk waar het betreft de rechterlijke toetsing van boetebesluiten waarin een wettelijke gefixeerde boete is opgelegd. De evenredigheid daarvan pleegt de rechter – en daarvan gaat ook de Vierde Tranche Awb uit – niet ambtshalve te toetsen, terwijl hij zich bovendien in beginsel gebonden acht aan het oordeel van de wetgever over de evenredigheid en hij alleen bereid blijkt daarvan op grond van artikel 6 EVRM af

te wijken in door de betrokkene aangevoerde zeer bijzondere en zwaarwegende omstandigheden. Door sommigen wordt betoogd dat hiermee niet wordt voldaan aan de vereisten van artikel 6 EVRM. Hoewel dit standpunt zeker niet onverdedigbaar is, is onze inschatting dat de huidige praktijk – die leidt tot een werkbesparing bij bestuur en rechter – door de Straatsburgse beugel kan en ook overeenstemt met eisen vanuit het gemeenschapsrecht.

In strikt technische zin is ook de regeling en praktijk terzake van samenloop van punitieve sancties in het licht van de geldende Europeesrechtelijke vereisten geen probleem. Zowel in de jurisprudentie, diverse bijzondere wetten als in de Vierde Tranche zijn adequate garanties voorzien die bescherming bieden tegen dubbele bestraffing voor hetzelfde feit. De noodzaak van een goede afstemming ter voorkoming van dubbele bestraffing neemt toe naarmate meer overtredingen zowel strafrechtelijk als (al dan niet meervoudig) bestuursrechtelijk kunnen worden bestraft en hier ook steeds meer verschillende organen bij betrokken zijn. Ook is er hier een grensoverschrijdende component: hoe in Nederland om te gaan met overtredingen die reeds in een andere EU-lidstaat zijn bestraft of terzake waarvan de Commissie reeds is opgetreden? Positief is hier dat in het EU-recht een begin is gemaakt met de ontwikkeling van een grensoverschrijdend verbod van *bis in idem*, maar nadere ontwikkeling en verfijning daarvan is gewenst.

Met dat laatste knelpunt is tevens een breder vraagstuk aangesneden dat hier kort beschouwing behoeft, namelijk de almaar toenemende complexiteit van het (punitieve) sanctiestelsel. Als alle in Nederland voorliggende wetsvoorstellen ook nog worden ingevoerd, kan met recht – spreekwoordelijk – worden gesteld dat burgers, bedrijven en het bestuur door de vele bomen het bestuurlijke boetebos niet meer of slechts nog met veel moeite kunnen zien. Er ontstaat een voor alle betrokkenen onoverzichtelijk bestuurlijk punitief landschap, waarbij vele afstemmingsmechanismen noodzakelijk zijn. Door deze complexiteit kunnen evenzeer de rechtseenheid en rechtsgelijkheid in het geding komen, bijvoorbeeld door verschillende bestuurlijk punitieve handhavingsmogelijkheden tussen en zelfs binnen gemeenten. Rond boeten dreigt dus het risico van een ‘lappendeken’, een beeld dat in het verleden met recht werd gebruikt om ons systeem van rechtsbescherming tegen de overheid te kwalificeren. Mede dankzij de Algemene wet bestuursrecht is deze kwalificatie van de rechtsbescherming langzaam in onbruik geraakt, en er zou ons veel aan gelegen moeten zijn te voorkomen dat het beeld van een bestuurlijke (boete)lappendeken nu op een ander belangrijk terrein van het bestuursrecht weer opdoemt.

Daarmee kan ook de vraag worden gesteld of de oorspronkelijk beoogde efficiencywinst met de introductie van de bestuurlijke boete nog wel kan worden

behaald, waar mede op grond van artikel 6 EVRM ook diverse ('strafrechtelijke') waarborgen gelden bij deze wijze van sanctionering. De steeds ruimere inzet van de bestuurlijke boete op terreinen waar zij oorspronkelijk niet was voorzien, leidt tot extra problemen in dezen. De bestuurlijke boete wordt namelijk op steeds ruimere schaal toegepast in de openbare ruimte, waarbij de identiteit van de betrokkene – anders dan op de gebruikelijke terreinen, zoals het belastingrecht, waar er reeds een bijzondere relatie is tussen bestuur en bestuurde – moeilijk is vast te stellen. Ook op andere terreinen, zoals in het financiële en economische bestuursrecht, waar de feiten niet altijd eenvoudig zijn vast te stellen, wordt de bestuurlijke boete op steeds grotere schaal toegepast. Daar komt nog bij dat het daar vaak gaat om torenhoge boetes en er dus grote financiële belangen mee zijn gemoeid. Een en ander maakt dat er ook steeds hogere eisen worden gesteld aan de feitenvaststelling door het bestuur. Ook doen diverse (financiële) toezichthouders een beroep op de overheid om meer dwangmiddelen te krijgen om hun taken goed te kunnen vervullen. De kans dat boetebesluiten aan de rechter worden voorgelegd neemt daarmee ook toe. Daardoor verdampt de beoogde efficiencywinst. Ook is meer principieel de vraag aan de orde of de oplegging van zeer zware sancties niet toch aan de rechter moet worden voorbehouden. Is het gelet hierop niet wenselijker om de bestuurlijke boete te reserveren voor terreinen waarop de feiten eenvoudig zijn vast te stellen en/of niet al te hoge boetes kunnen worden opgelegd?

Wij stellen voor dat de wetgever in ieder geval een duidelijke keuze maakt tussen de verschillende punitieve wijzen van afdoening en niet voor één overtreding zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke sancties mogelijk maakt. Hierbij kan worden gekozen uit drie opties: strafrecht, OM-afdoening (waarbij het OM de keuzemogelijkheid heeft om of zelf een boete op te leggen of de zaak aan de strafrechter voor te leggen) of bestuursrecht. Bij de keuze voor de laatstbedoelde optie kan dan worden aangesloten bij de oorspronkelijke – eerder genoemde – criteria van de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsvraagstukken uit 1994: de norm heeft een geringe normatieve lading; bij overtreding van de norm treedt normaal gesproken geen lichamelijk letsel of materiële schade op; de norm is voldoende duidelijk, zodat overtreding eenvoudig kan worden vastgesteld; de handhavende instantie beschikt over voldoende deskundigheid om de norm adequaat te kunnen handhaven en de handhaving kan plaatsvinden zonder de inzet van ingrijpende dwangmiddelen, in het bijzonder vrijheidsbeneming. De overtredingen die niet aan deze criteria voldoen worden dan afgedaan door het OM (dat als gezegd afhankelijk van de concrete omstandigheden of zelf een boete kan opleggen of de zaak ter beoordeling aan de strafrechter kan voorleggen waarna afdoening volgens het reguliere strafrecht volgt) of via het reguliere strafrecht.¹⁸⁰ Op deze manier zullen zich

180. Vgl. Verhey & Verheij 2005, p. 291-292.

vrijwel geen lastige afstemmingsproblemen meer voordoen en wordt het punitieve boetelandschap een stuk overzichtelijker.

Wat betreft het gewenste niveau van de nationale rechtsbescherming ten aanzien van (punitieve) bestuurlijke sancties, is het de vraag of het wenselijk is 'digitaal' te blijven vastknopen aan de 'criminal charge'(-eisen) van artikel 6 EVRM. Enerzijds lijkt het immers wel erg overdreven dat ook bij zeer lichte bestuurlijke boetes alle 'strafrechtelijke' waarborgen van artikel 6 EVRM gelden. Anderzijds is het vreemd dat bij hele zware 'reparatoire' sancties minder garanties gelden dan thans bij lichte bestuurlijke boetes vereist op grond van artikel 6 EVRM. Zo introduceert het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen tegen terrorisme ruime bevoegdheden om allerhande vergunningen in te trekken, indien een persoon in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten. In de memorie van toelichting gaat de regering ervan uit dat geen sprake is van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM, zodat ten aanzien van deze ingrijpende maatregelen met een relatief licht rechtsbeschermingsregime kan worden volstaan.¹⁸¹ Diezelfde wetgever heeft er anderzijds ten aanzien van lichte bestuurlijke boeten, bijvoorbeeld voor overtreding van een hondenuitlaatverbod, ogenschijnlijk geen enkele moeite mee om de zware strafrechtelijke waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing te verklaren. Een en ander is ook wel begrijpelijk, nu in de jurisprudentie van het EHRM vooralsnog geen onderscheid wordt gemaakt tussen de waarborgen ten aanzien van lichte bestuurlijke boeten en zwaardere sancties.

Wij stellen echter voor om voor het gewenste niveau van rechtsbescherming aan te sluiten bij de ingrijpendheid van de sanctie voor de betrokkene. Met name Den Houdijker heeft dit idee meer in detail uitgewerkt.¹⁸² Een en ander is echter alleen mogelijk op voorwaarde dat het EHRM hierin meegaat en bereid is de lichte bestuurlijke boete niet zonder meer als 'criminal charge' aan te merken. De wetgever zou dan naar onze mening het voortouw moeten nemen bij de categorisering van de verschillende bestuurlijke sancties – punitief en reparatoir – en bij het bepalen van het daarbij behorende niveau van rechtsbescherming. Ook zou deze nadere categorisering (deels) grondwettelijk kunnen worden verankerd, zij het dat dit een proces van (heel) lange adem is.

In het kader van deze voorstellen moet wel worden bedacht dat het EU-recht in de toekomst mogelijk een grotere rol gaat spelen op het terrein van de waarborgen ten aanzien van bestuurlijke boetelegging in Nederland. Tot voor kort was de communautaire dimensie – zoals eerder geconstateerd – nog tamelijk

181. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 566, nrs. 1-4.

182. Den Houdijker 2006. Zie reeds Barkhuysen 2004, p. 107 en Blomberg 2004, p. 187-188.

afwezig in de ontwikkelingen ten aanzien van de punitieve bestuurlijke sanctionering. Gezien de in het EU-deel van deze preadviezen geconstateerde, toegenomen aandacht bij de communautaire wetgever en rechter zouden zich hier in de toekomst belangrijke ontwikkelingen kunnen voordoen: uniformering van straffen (hoogte van boetes) en de nadere uitwerking van bepaalde procedurele garanties, zoals het verbod van *bis in idem* (niet twee keer voor een zelfde feit bestraft kunnen worden in verschillende EU-lidstaten). Gelet hierop is het zaak dat Luxemburg en Straatsburg op één lijn blijven zitten waar het betreft de waarborgen die gelden ten aanzien van punitieve sancties en de verplichtingen die aan staten worden gesteld om sanctionerend op te treden. Voorkomen moet worden dat staten in een spagaat terecht komen tussen EU- en EVRM-verplichtingen. Daarmee zou het toch al (te) complexe boetelandchap nog complexer worden.

Ten slotte moet worden gewezen op recente Luxemburgse rechtspraak, waaruit lijkt te volgen dat de communautaire wetgever lidstaten ter verzekering van de effectiviteit van het gemeenschaprecht kan verplichten om bepaalde (milieu-)overtredingen 'strafrechtelijk' af te doen. Het zou kunnen zijn dat de hierin bedoelde 'strafrechtelijke' sanctionering conform een autonome Luxemburgse uitleg (in lijn met de Straatsburgse uitleg van de 'criminal charge') eveneens bestuurlijke boetes kan omvatten, waarmee er vanuit het EU-recht geen barrières worden opgeworpen ten aanzien van het gebruik van de bestuurlijke punitieve sancties. Waarschijnlijker lijkt echter dat deze rechtspraak betekent dat het EU-recht voor bepaalde overtredingen een 'echte' strafrechtelijke afdoening voorschrijft. Nederland zou dan op grond van het EU-recht beperkt kunnen worden in het gebruik van bestuurlijke boeten. Daarmee zou de door het EHRM in de zaak *Öztürk* wijd geopende bestuurlijke boetedeure weer deels worden gesloten door Europees recht van andere origine.

