

Hoorcollege bestuursrecht 2: Inleiding: bestraffende sancties.

Eerst nog een stukje van vorige week:

Handhaven is meestal in de wet aangegeven als een bevoegdheid. Er is dus beleidsvrijheid, waardoor er belangen moeten worden afgewogen. Men heeft de mogelijkheid tot gedogen. Maar er geldt de beginselplicht, waardoor de mogelijkheden tot gedogen wordt beperkt. Er mag alleen worden gedoogd indien er sprake is van bijzondere omstandigheden. Voor bestraffende sancties geldt de beginselplicht niet.

Wat zijn bijzondere omstandigheden?

Alle omstandigheden plaatsen in sleutel art. 3:4 lid 2 Awb

- > 1. Overgangssituaties (legalisering). Handhaven vindt plaats omdat er een overtreding van een wettelijk voorschrift heeft plaatsgevonden. Maar als de wet wordt veranderd, waardoor het geen overtreding meer is, is het disproportioneel om nu tegen deze overtreding op te treden. Of daarnaast als er geen vergunning is aangevraagd, maar al wel met deze activiteit is begonnen en verwacht wordt dat men alsnog de vergunning zal krijgen. Het moet gaan op concreet zich op legalisering of legalisatie.
- > 2. Zwaarwegend ander beschermenswaardig belang/aperte onevenredigheid. Dit is belang dat zwaarder weegt dan handhaving van de wet.
- > 3. Geslaagd beroep op een rechtsbeginsel (bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel). Er zijn situaties waarin een gedoogverklaring wordt afgegeven. Aan deze gedoogverklaringen worden voorwaarden verbonden. Als een gedoogverklaring wordt afgegeven voor een bepaalde periode, is de handhaving voor die periode eigenlijk uitgesloten. Door afgifte van de gedoogverklaring is het vertrouwen gewekt dat binnen die periode niet zal worden gehandhaafd. Gelijkheidsbeginsel: als bij gelijke gevallen in het ene geval wel gehandhaafd en de andere niet wordt gehandhaafd. Dan is dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Wil men ooit men dit handhaven beginnen, dan moet b&w een handhavingsbeleid gaan voeren en dan alle gevallen handhaven.
- > 4. Gering handhavingsbelang. Als het gaat om pietlullige kwesties.
- > 5. Overige gevallen

Precisering beginselplicht tot handhaving

ABRvS 5 oktober 2011, AB 2011, 307

Beginselplicht algemeen => In de regel dient een bestuursorgaan handhavend op te treden tegen een overtreding van wettelijke voorschriften, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden.

Precisering beginselplicht => *In gevallen waarin het bestuursorgaan in dat kader redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt en gelegenheid biedt tot herstel voordat het een handhavingsbesluit voorbereidt, dient het zich echter in beginsel aan dit beleid te houden.* Dit is wel een redelijk effectief middel. Een bestuursorgaan dat redelijk handhavingsbeleid, inhoudende dat een wordt gewaarschuwd voordat men sanctie uitdeelt, mag dat doen, indien dit beleid redelijk is. Het is redelijk als onderscheid wordt gemaakt tussen kleine en grote overtredingen. Bij kleine overtredingen is een waarschuwing een passend middel (op grond van redelijk te achten waarschuwingsbeleid), bij grote overtreding moet men gelijk een sanctie opleggen. Bij dit laatste is waarschuwing geen passend middel meer. Bij een kleine overtreding moet men niet blijven waarschuwen, na 1x waarschuwen moet er werkelijk een sanctie worden opgelegd. Er zijn namelijk derden die belang hebben bij de handhaving, doordat zij last hebben van de overtreding.

Besluitkarakter gedoogbeslissingen

Een gedoogverklaring is een besluit om redenen van rechtsbescherming van de derde die bezwaar heeft tegen gedogen (strategisch besluitbegrip). Door het gedogen kunnen belangen van derden worden geschaad. De gedoogweigering of intrekking is geen besluit. Er is namelijk geen noodzaak vanuit een oogpunt van rechtsbescherming. Rechtsbescherming is mogelijk tegen een eventueel handhavingsbesluit. Men kan tegen een beperkende gedoogverklaring niet opkomen bij de bestuursrechter.

De overheid kan niet alles

Handhavingsbeleid: prioritering met betrekking tot de te handhaven overtredingen, op basis van objectieve, redelijke en bekendgemaakte criteria, is niet onrechtmatig. Mits niet stelselmatig wordt afgezien van handhaving

Nu de stof van deze week:

Drie casus

- Bierkartel (Nma) Nma handhaaft Mededingingswet betreffende prijsafspraken bier en legt bestuurlijke boete op van 1 miljoen euro aan elke overtreder.
- Robijn fashion award (Comm. v.d. Media). Commissariaat voor de Media legt een bestuurlijke boete op aan SBS voor programma Robijn Fashion Award.
- Rookverbod horeca (Voedsel- en Warenautoriteit). De Voedsel- en Warenautoriteit legt een bestuurlijke boete op aan Vriezema, exploitant van café 'Bij Piet', in verband met de overtreding van het rookverbod op grond van de Tabakswet.

Bestraffende sancties en EVRM

Bestraffende sancties mogen door besuursorganen worden opgelegd, mits er sprake is van 'minor offences' en er rechtsbescherming mogelijk is bij een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Er mag geen vrijheidsstraf worden opgelegd. Er moet altijd een wettelijke bevoegdheid zijn. (Legaliteitsbeginsel).

Wanneer is er sprake van een criminal charge ex art. 6 EVRM?

Criminal houdt in dat een handeling van de overheid een bestraffend karakter heeft. Om te kijken of hiervan sprake is, zijn er een aantal criteria ontwikkeld:

- de aard van de overtreden norm
- de kring van degenen tot wie de norm is gericht
- het doel, de aard en de ernst van de sanctie die bij overtreding wordt geriskeerd

Tenslotte: wordt handhaving van de norm naar nationaal recht als strafrechtelijk aangemerkt? Dan is hij sowieso bestraffend van karakter. De criteria zijn in beginsel alternatief, zo nodig cumulatief. Dit betekent dat elk criteria het antwoord kan geven, maar soms zijn er criteria nodig om het antwoord te geven. Dit moet per geval worden bekeken. Bijvoorbeeld: is een gebiedsverbod een bestraffende sanctie?

Bestraffende sancties in Awb

Zie hiervoor art. (5:2 lid 1 (c)): de bestraffende sanctie is een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt leed toe te voegen.

Bestuurlijke boete

Art. 5:40 Awb: de bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom. Let op: de algemene regeling van de bestuurlijke boete staat thans in Awb. Voordien stond al in veel bijzondere bestuursrechtelijke wetten

Waarborgen bij bestraffende sancties (criminal charges)

- Onschuldpresumptie art. 6 lid 2 EVRM – art. 5:41
- Proportionaliteitsvereiste, intensieve rechterlijke toetsing art. 6 lid 1 EVRM – art. 5:46
- Verdedigingsrechten art. 6 lid 1 EVRM – art. 5:41
- Redelijke termijn art. 6 lid 1 EVRM – art. 5:51
- Solide wettelijke basis art. 7 lid 1 EVRM – art. 5:3, 5:4
- Zwijgrecht en cautieplicht art. 6 lid 2 EVRM – art. 5:10a
- Ne bis in idem - art. 5:43
- Una Via - art. 5:44

Zwijgrecht en cautieplicht (nemo tenetur) > Art. 5:10a Awb.

- 1) Degene die wordt verhoord met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie is niet verplicht ten behoeve *daarvan* verklaringen omtrent de overtreding af te leggen.
- 2) Voor het verhoor wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.

Dit maakt een inbreuk op de medewerkingsplicht van 5:20 Awb. Zie ook de artikelen art. 27 en 29 Sv.

Wat houdt nemo tenetur beginsel eigenlijk in? Het is een verbod op het afdwingen van mondelinge verklaringen. Het ziet dus strikt toe op verklaringen. Er geldt niet dat er geen enige medewerking aan strafrechtelijk onderzoek hoeft te worden verleend. Iemand kan niet gedwongen worden een verklaring af te leggen. In de verklaring ligt de wil van een persoon. Schriftelijke stukken vallen buiten de wil van de persoon en valt dus niet onder artikel 6 EVRM. Hij kan gedwongen worden om dit document af te geven, dit is geen verklaring.

Twee vragen in verband met nemo tenetur en art. 5:20 Awb

- > 1. Mag bewijsmateriaal verkregen onder werking van art. 5:20 Awb, worden gebruikt

in een bestuurlijk strafonderzoek?

> 2. Geldt zwijgrecht ook in controleonderzoek vanaf moment dat sprake is van een criminal charge?

Vraag 1

HR 2007 (WVO-zaak) : art. 6 EVRM verzet zich niet tegen gebruik van gegevens die door burger zijn verstrekt op grond van een bestuursrechtelijke verplichting. Deze gegevens vallen, zolang betrokkenen geen verdachte is, buiten het bereik van art. 6 EVRM. Dit is de casus van de werkgroep van vorige week. Alle gegevens verstrekt op grond van 5:20 Awb, toen men nog geen verdachte was, kunnen worden meegenomen in het strafrechtelijk onderzoek.

Vraag 2

Onderzoek 1 > Controleonderzoek > 5:20 Awb. Stel: naar aanleiding van gegevens in onderzoek 1 start men een bestuurlijk strafonderzoek (onderzoek 2). Hiervoor geldt in de fase van het horen het zwijgrecht ex 5:10a. Geldt vanaf dat moment het zwijgrecht ook (integraal) in het controleonderzoek 1? Nee, zie de woorden: 'ten behoeve daarvan' in 5:10a.

Conclusie:

> 1. medewerking blijven verlenen in bestuurlijk controleonderzoek. Voor dit onderzoek 1 blijft 5:20 gelden.
> 2. Voor zover de medewerking informatie oplevert die voor het strafonderzoek relevant kan zijn, geldt er bewijsuitsluiting. 2 mogelijkheden om dat te waarborgen: je mag zwijgen over feiten waarvoor een boete kan worden opgelegd of er kan bewijs worden uitgesloten. Zo kan worden gewaarborgd dat er geen misbruik wordt gemaakt van de gegevens die worden opgepikt in bestuurlijk controleonderzoek worden gebruikt in een strafrechtelijk controleonderzoek.

Solide wettelijke basis

Art. 7 EVRM – art. 5:4. Art. 5:4: 'Een bestuurlijke sanctie wordt slechts opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven.' Dit is van betekenis voor de formele rechtszekerheid.

Verwijtbaarheidseis

Art. 6 lid 2 EVRM. Art. 5:41: Er wordt geen bestuurlijke boete opgelegd voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten. Zie ook art. 5:46. Voor een herstelsanctie maakt het niet of iemand wel of geen schuld heeft. Schuld is geen bestanddeel, dit hoeft niet te worden bewezen. Als de persoon vindt dat hij geen schuld heeft, dan moet de burger zich beroepen op AVAS (afwezigheid van alle schuld).

Art. 5:46 > twee situaties mogelijk:

> 1. de wet bevat slechts een algemeen maximum voor de bestuurlijke boete.
> 2. de wet (in formele of materiële zin) bevat uitgewerkte normen waarbij de hoogte van de boete per (soort) overtreding is bepaald. Ook in beleidsregels kan zijn vastgelegd voor welke boete welk bedrag geldt.

Evenredigheid van de sanctie.

> *Ad 1.* Art. 5:46 lid 2: het bestuursorgaan stelt hoogte af op grond van de volgende factoren: de ernst overtreding, de mate waarin deze overtreder kan worden verweten. Er moet voorts rekening worden gehouden met omstandigheden waaronder overtreding is gepleegd. Zie voor rechterlijke toetsing hierna.

> *Ad 2.* In de wetgeving (of beleidsregels) gespecificeerde maxima dienen de factoren als genoemd in 5:46 lid 2 verdisconteerd te zijn. Bestuursorgaan mag de wettelijke normen (of beleidsregels) als uitgangspunt nemen, maar ook dient art. 3:4 lid 2 Awb bij elk concreet geval in acht te worden genomen: De vraag die het bestuursorgaan zichzelf moet stellen: is de boete in casu evenredig?

Nog een keer, maar even in iets andere bewoording. Kan een bestuursorgaan zonder meer zulke bedragen opleggen? Zowel voor maxima als voor gespecificeerde bedragen, dient het bestuursorgaan zich af te vragen of in de concrete situatie de boete evenredig is.

Intensieve rechterlijke toetsing

Óf boete wordt opgelegd valt onder de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan. Hier geldt er marginale toetsing. Máár: de hoogte van de beschikkingsbevoegdheid wordt door de rechter niet marginaal, maar intensief aan de evenredigheid getoetst. Hier geldt geen beleidsvrijheid. Art. 3:4 lid 2 Awb, art. 6 EVRM (full jurisdiction). Dat betekent dat lagere wetgeving en beleidsregels eventueel buiten toepassing kunnen worden gesteld. Wet in

formele zin mag in beginsel niet buiten toepassing laten, behalve als het strijd oplevert met rechtstreeks werkend bepalingen van het EVRM. Op grond van 8:72a Awb kan de rechter als hij een bestuurlijke boete vernietigt, zelf over de hoogte van de boete beslissen. Hij heeft dus in feite de laatste uitspraak.

Cumulatie van sancties

Gelijktijdige oplegging van herstelsancties voor dezelfde overtreding? > nee, zie 5:6 Awb. Je kan niet bijvoorbeeld een last onder dwangsom en een last onder bestuursdwang tegelijk opleggen voor dezelfde overtreding. Gelijktijdige oplegging van herstelsanctie en bestraffende sanctie voor dezelfde overtreding? Ja, ze hebben namelijk beiden een ander doel. Doel herstelsanctie: herstel legale situatie. Doel bestraffende sanctie: leed toevoeging. Gelijktijdige oplegging van ongelijksoortige strafrechtelijk sancties voor dezelfde overtreding? Ja, men kan bijvoorbeeld tegelijk een vrijheidsstraf en een boete opleggen.

Cumulatie - Ne bis in idem?

Ne bis in idem: meerdere sancties voor dezelfde overtreding. Niemand mag 2x voor zelfde gedraging worden vervolgd. Art. 68 Sr. Oplegging na elkaar van bestraffende sancties voor dezelfde overtreding?

Art. 5:43: voor bestuurlijke boete > indien aan de overtreder wegens dezelfde gedraging reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd, wordt niet nogmaals een bestuurlijke boete opgelegd.

Wanneer is er sprake van dezelfde gedraging?

Er is sprake van een dezelfde gedraging? Als er sprake is van gelijksoortigheid van wetsbepaling en van gelijktijdigheid van de gedraging en gelijksoortigheid van het verwijt

Cumulatie - Una Via

Art. 5:44 > una via-regeling voor bestraffende bestuurlijke sanctie en bestraffende strafrechtelijke sanctie. Twee wegen? Nee, er is slechts één weg, dit is het una via beginsel.

Art. 5:44

> Art. 5:44: 'Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien tegen de overtreder wegens dezelfde gedraging:

- a) een strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen, of
- b) het recht tot strafvervolging is vervallen ingevolge art. 74 of 74c van het wetboek van Strafvordering, ...etc.'

> c. De wet bevat een afstemmingsplicht tussen het OM en het bestuursorgaan.

Una via is een uitwerking van het ne bis in idem beginsel.

Voorbeeld Tabakswet

Art. 11b Tabakswet: Onze minister kan een bestuurlijke boete opleggen terzake van overtreding van 2, etc. > Art. 1, 4e Wet economische delicten bepaalt dat overtreding van art 2, etc Tabakswet een economisch delict is. Uit deze artikelen blijkt dat er zowel een strafrechtelijke als publiekrechtelijke bevoegdheid. Op grond van una via beginsel moet men een keuze maken.