

## 11 | Samenvatting

### 11.1 Inleiding

Dit onderzoek gaat over rechtsbescherming. In het inleidende hoofdstuk heb ik uiteengezet wat daaronder in het kader van dit onderzoek wordt verstaan: onder rechtsbescherming van de burger tegen overheidsoptreden van strafrechtelijke aard en tegen bestraffende sancties door bestuursorganen dient te worden verstaan bescherming primair door verdragsrecht en nationale wet- en regelgeving en rechtsbeginselen en secundair door een tot finale geschilbeslechting bevoegde rechter.

Het lijkt mij zinvol in dit hoofdstuk een aantal dwarsverbanden te leggen tussen de verschillende hoofdstukken in plaats van ieder hoofdstuk volledig samen te vatten. Niettemin voert dit hoofdstuk samenvatting in de titel omdat wel grote delen van het boek worden samengevat, zij het niet hoofdstukgewijs. Waar in de vorige hoofdstukken het EVRM, het EU-recht en het nationale straf- en bestuurs(proces)recht veelal geïsoleerd zijn besproken, wil ik hier een poging ondernemen om een aantal materiële en processuele kwesties die rond rechtsbescherming tegen bestraffing spelen meer thematisch te schikken in plaats van per rechtsgebied. Daarbij volg ik ook grotendeels een andere volgorde: aan het begin van dit hoofdstuk ligt de focus meer op het materiële recht, terwijl het procedurele recht vooral aan het laatste deel van dit hoofdstuk aan de orde komt. Binnen de thema's wordt zo nodig ingegaan op verschillen tussen niet alleen het bestuursrecht en het strafrecht, maar ook op die binnen het bestuursrecht. Zo zijn er soms aanzienlijke verschillen tussen het mededingingsrecht en het overige bestraffende bestuursrecht naar voren gekomen, terwijl ook de nodige verschillen bleken tussen de wijze waarop de hogerberoepsrechters invulling geven aan hun taak. Voorts zijn er de nodige verschillen tussen het commune en het economische strafrecht. Die komen hier ook aan de orde. Ik breng de onderzoeksvragen in herinnering.

1. *Hoe is de toegang gewaarborgd tot en wat is de reikwijdte en inhoud van de toetsing die de bestuursrechter dient te verrichten indien het gaat om bestraffende sancties en in hoeverre komt dit overeen met of verschilt dit met de toegang tot en de beoordeling door de strafrechter?*
2. *Welke verdedigingsrechten, toezichts- en opsporingsbevoegdheden, materiële normstelling en rechtsmacht, aansprakelijkheid, bewijskwesties, en vraagstukken omtrent de inzet en hoogte van de straf zijn van belang in het bestraffende bestuursrecht en in hoeverre komen die overeen of verschillen die met het strafrecht?*

Met deze meer thematische schikking zal ik trachten de twee onderzoeksvragen – grotendeels in omgekeerde volgorde – te beantwoorden. Opdat dit hoofdstuk ook zelfstandig kan worden geraadpleegd, heb ik in de voetnoten verwezen naar de belangrijkste jurisprudentie die is besproken in de vorige hoofdstukken. Aan het eind van elke paragraaf zijn steeds de deelconclusies opgenomen.

## 11.2 Legaliteit, *lex certa*, *lex mitior*, *ne bis in idem*, verjaring, herziening en rechtsbeginselen

Het legaliteitsbeginsel dat is geworteld in het Nederlandse bestuurs- en strafrecht (art. 5:4 Awb, art. 1 Sr en art. 1 Sv) wordt met name gevoed door art. 7 EVRM, terwijl de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het strafrecht de daarmee correlerende beginselen van een behoorlijke procesorde juist in een wisselwerking staan ten opzichte van de rechtsbeginselen in het Unierecht. Dat is niet vreemd, want het EVRM is een mensenrechtenverdrag, terwijl organen van de Europese Unie zelf wetgeving produceren – die door de lidstaten moet worden geïmplementeerd – en de Europese Commissie is belast met de uitvoering van Unierecht. Het *lex mitior*-principe, het beginsel van *ne bis in idem*, de verjaring en de beperkte mogelijkheid van herziening van strafvonnissen en van bestuurlijke boetebesluiten te vragen hangen nauw samen met het legaliteits- en rechtzekerheidsbeginsel. Ik zal die kwesties daarom in deze paragraaf kort aan de orde stellen. Ik zal eerst het legaliteitsvereiste en het bepaaldheidsgebod bepreken, daarna zal ik ingaan op de andere met het rechtzekerheidsbeginsel samenhangende rechtsfiguren en ten slotte zal enige aandacht uitgaan naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de beginselen van een behoorlijke procesorde.

### *Legaliteit en lex certa*

Art. 7 lid 1 EVRM codificeert het *nulla poena sine lege*-beginsel. Het gaat zowel om het verbod van strafbaarheid met terugwerkende kracht als het verbod met terugwerkende kracht een zwaardere straf op te leggen. Uit de jurisprudentie ter zake van de art. 8 en 10 EVRM valt op te maken dat ‘bij wet voorzien’ vooral ziet op de voorzienbaarheid van de rechtsnorm, dus het *lex certa*-vereiste of het bepaaldheidsgebod. Zo vreemd is dit niet, gelet op enerzijds het feit dat ook *common law*-landen lid zijn van de conventie, terwijl anderzijds ook voor *civil law*-landen geldt dat een wetsbepaling in de loop van de tijd anders kan worden ingekleurd. Daar komt bij dat het in de eerste plaats de nationale rechter is die de nationale regelhiërarchie zal kennen. Hier ligt voor het EHRM een zeer terughoudende taak. Het criterium is dus vooral de voorzienbaarheid.<sup>1</sup> Hoewel het Hof wel het adagium *nullum crimen, nulla poena sine lege* onderschrijft en met zoveel woorden ook het uitbreiden van strafbaarheid via analoge constructies ontoelaatbaar acht, wordt voorts onderschreven dat het begrip *law* in art. 7 EVRM dezelfde betekenis heeft als het elders in het verdrag en

---

<sup>1</sup> Zie EHRM 25 mei 1993, Series A vol. 260-A (Kokkinakis), par. 40.

dat art. 7 EVRM niet in de weg staat aan het tot ontwikkeling brengen van de regels van strafrechtelijke aansprakelijkheid via *case-law*, zolang die ontwikkeling consistent is met de essentie van het vergrijp en redelijkerwijs kon worden voorzien. Bij die uitleg betreft het Hof bovendien de in het EVRM zelf neergelegde materiële mensenrechten (respect voor de menselijke waardigheid en de menselijke vrijheden).<sup>2</sup> Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het Hof niet snel een strafbepaling strijdig acht met het bepaaldheidsgebod. In het verlengde hiervan is het Hof van oordeel dat aan de eis van voorzienbaarheid kan zijn voldaan in het geval dat ‘the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail’.<sup>3</sup> Deze notie is met name relevant voor het economisch strafrecht en het economisch bestuursrecht, waar op ondernemingen veelal een zware zorgvuldigheidsnorm wordt gelegd. Er zijn ook voorbeelden waarin het Hof de norm te onbepaald vond. Met name bij zeer vage of in onbruik geraakte normen die ineens weer van stal worden gehaald of bij het omgaan van de nationale rechter wil het EHRM wel ingrijpen.<sup>4</sup> Het Hof heeft zich ook gebogen over het verbod van strafbaarheid met terugwerkende kracht. Een uitbreiding van strafmodaliteiten die op oude zaken wordt toegepast werd in strijd geacht met art. 7 EVRM.<sup>5</sup> Het hanteren van een nieuwe recidiveregeling kon daarentegen wel door de beugel omdat de nieuwe belastende regel eerst was gaan gelden op een tijdstip voordat klager het tweede delict pleegde. Voor hem was aldus voorzienbaar dat hij bij het plegen van het tweede delict als recidivist zou worden bestraft.<sup>6</sup>

Ook de Europese Unie gaat uit van de *Rule of Law*.<sup>7</sup> Zo is in art. 13 VEU bepaald dat iedere instelling handelt binnen de grenzen van de haar door de verdragen verleende bevoegdheden, wordt in art. 6 VEU de rechtsstaatgedachte verwoordt en volgt uit art. 19 VEU dat het Hof van Justitie de eerbiediging van het recht verzekert bij de uitlegging en toepassing van de verdragen. Dit lijkt een sluitend systeem van bevoegdheden op te leveren. Wel voorziet art. 352 VEU er in dat de Raad op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees parlement met eenparigheid van stemmen de passende besluiten kan nemen teneinde de doelstellingen van de verdragen te verwezenlijken ook al voorzien de verdragen daar niet in. Afbreuk aan het legaliteitsbeginsel doet dit echter niet. Een lidstaat kan geen verplichting uit een niet of niet correct geïmplementeerde richtlijn opleggen aan de justitiabele en aldus deze richtlijn tegen hem inroepen. De rechtszekerheid en het legaliteitsbeginsel, met het daarin besloten bepaaldheidsgebod, het beginsel van geen straf zonder voorafgaande wet en het verbod van terugwerkende kracht verzetten zich tegen toepassing van niet of niet correct geïmplementeerde richtlijn ten nadele van de justitiabele via een

---

2 EHRM 22 november 1995, *NJ* 1997/1 (C.R.)

3 EHRM 15 november 1996, no. 17862/91 (Cantone), par. 35, en 17 september 2009, *AB* 2010/102 (Scoppola), par. 102.

4 EHRM 17 februari 2004, *EHRC* 2004/31 (Maestri); 10 oktober 2006, *RvdW* 2007/163 (Pessino) en 25 juni 2009, no. 12157/05 (Liivik).

5 EHRM 21 januari 2003, *EHRC* 2003/23 (Veeber) en 22 juli 2003, *EHRC* 2003/82 (Gabarri Moreno).

6 EHRM 29 maart 2006, *EHRC* 2006/62 (Achour).

7 Jans, De Lange, Prechal en Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* (2002), p. 28.

richtlijnconforme interpretatie of rechtstreekse toepassing.<sup>8</sup> In het Europese mededingingsrecht hanteert de Europese Commissie richtsnoeren bij de vaststelling van de boete. Bij wijziging van die richtsnoeren heeft volgens het Hof te gelden dat nieuwe zwaardere richtsnoeren ook mogen worden toegepast op gedragingen van voor de beleidswijziging, omdat de Commissie voor een doeltreffende toepassing van de communautaire mededingingsregels het niveau van de geldboeten op elk moment aan de eisen van dit beleid moet kunnen aanpassen, waaruit tevens zou volgen dat ondernemingen die betrokken zijn bij een administratieve procedure waarin geldboeten kunnen worden opgelegd, niet het gewettigd vertrouwen kunnen koesteren dat de Commissie het vroeger gehanteerde niveau van de geldboeten niet zal overschrijden, noch dat zij een methode van berekening van de geldboeten zal hanteren.<sup>9</sup> Het verbod van terugwerkende kracht gaat hier dus uit een oogpunt van doeltreffendheid niet op. Hoewel deze rekkelijkheid nogal opmerkelijk is, moet worden bedacht dat de Commissie wel altijd binnen het boetemaximum van art. 23 verordening 1/2003 moet blijven (maximaal 10% van totale omzet van het vorige boekjaar van de onderneming).<sup>10</sup>

In art. 1 lid 1 Sr en art. 1 Sv ligt het legaliteitsbeginsel besloten voor het strafrecht en strafvordering. Uit deze bepalingen volgt respectievelijk dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling<sup>11</sup> en dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien. Het legaliteitsbeginsel doet zich in het bestuursrecht evenzeer sterk gevoelen waar sancties in het geding zijn. Met de Vierde tranche Awb is dit uitgangspunt thans ook uitdrukkelijk gecodificeerd (art. 5:4 Awb). In hoofdstuk 8 heb ik onder meer de strafrechtelijke jurisprudentie rond het bepaaldheidsgebod vergeleken met de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Uit de daar genoemde voorbeelden zou voorzichtig kunnen worden afgeleid dat de strafrechter net iets rekkelijker is dan de bestuursrechter, waar het gaat om het bepaaldheidsgebod en omissies door de wetgever.<sup>12</sup> In de literatuur zijn hiervoor ook aanknopingspunten te vinden. Zo stelt Doorenbos dat de Hoge Raad zich meer pragmatisch opstelt dan principieel waar in art. 1 en 1a WED wordt verwezen naar inmiddels vervallen, gewijzigde, hernummerde of verplaatste wetsartikelen. Er wordt dan door de strafrechter heengestapt over de kennelijk vergissing van de wetgever door de onjuiste vermelding in art. 1 en 1a WED te lezen met verbetering van de begane

8 Grundmann-van de Krol en Kristen, 'Europese aanpak van marktmisbruik, in: *Handboek Marktmisbruik* (2008), p. 67-68. Zie voorts HvJ EG 16 juni 2005, *AB* 2006/108 (Pupino); 22 november 2005, *JOR* 2006/49 (Gronggaard) en ABRvS 28 februari 2007, *AB* 2007/183.

9 HvJ EG 18 mei 2006, C-397/03 P (Archer Daniels Midland), par. 21-22.

10 In een geval waarin de onderneming in dat jaar geen omzet had gemaakt mocht niettegenstaande de tekst van de verordening een ander boekjaar in aanmerking worden genomen, aldus HvJ EG 7 juni 2007, C-76/06 P (Britannia Alloys).

11 Art. 16 Grondwet is identiek aan art. 1 lid 1 Sr.

12 Enige voorbeelden van rekkelijke jurisprudentie van de straf- en bestuursrechter zijn HR 31 oktober 2000, *NJ* 2001/14 (Krulsla); 6 februari 2007, *NJ* 2007/110 (Postmixen) en 23 februari 2010, *JB* 2010/114 (Rookverbod); CBb 28 juli 2005, *JOR* 2005/248 (ABN AMRO) en CBb 20 december 2007, *AB* 2008/56. Er is daarentegen ook jurisprudentie van de bestuursrechter voorhanden waarin principiële grenzen worden opgeworpen: ABRvS 4 maart 2009, *JB* 2009/99; CRvB 29 juli 2008, *JWWB* 2008/264 en CBb 9 juli 2009, *AB* 2009/295 (Geijkt weegwerktuig).

misslag.<sup>13</sup> Voorts kan worden gewezen op de naar risicoaansprakelijkheid tenderende strafrechtelijke aansprakelijkheid in het economisch strafrecht.<sup>14</sup> Voor de ondernemer geldt een verregaande plicht zich te informeren omtrent de inhoud van gebods- en verbodsnormen. Doorenbos noemt nog een plausibele reden: juist omdat in het economisch strafrecht de doelen van de betreffende geldende normen niet vanzelf spreken, moet de strafrechter zich bedienen van een teleologische wetsuitleg. Het onvermijdelijke gevolg hiervan is dat de economische strafrechter een betrekkelijk instrumentele rol heeft te vervullen.<sup>15</sup> In de bestuursrechtelijke literatuur wordt vanouds meer geworsteld met de legaliteits eis, zo lijkt het. Dit hangt wellicht samen met de scheiding der machten en met het specialiteitsbeginsel die een pregnante rol spelen in het bestuursrecht. Daar komt bij dat de bestuursrechter door de gelede normstelling, die in het bestuursrecht toch vaker uitgangspunt is dan in het strafrecht, meer gewend is een exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften te verrichten. Bij die exceptieve toetsing komen naast de toetsing aan het verbod van willekeur, veelvuldig vragen aan bod inzake de reikwijdte van bovenliggende wettelijke bepalingen, rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en de omzetting van richtlijnen. Ik merk op dat het hier meer om indrukken dan om harde conclusies gaat.

Ik wijs hier voorts op het volgende. In het strafrecht kan onderscheid worden gemaakt tussen commissie- en omissiedelicten en tussen schuld- en opzetdelicten. Verder is er een variëteit aan deelnemings- en samenloopvarianten. Al deze kwesties zijn van invloed op de mate waarin een norm helder is. In het bestuursrecht wordt juist gepoogd de zaken eenvoudiger te houden dan in het strafrecht, juist omdat in het bestuursrecht het ordeningskarakter voorop staat en minder aandacht bestaat voor norminprenting.<sup>16</sup> Zo wordt in het bestuursrecht het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen niet gemaakt. Er zijn in het bestuursrecht enkel overtredingen of gedragingen (zie art. 5:1 Awb). Voor de leerstukken van strafbare poging en voorbereidingshandelingen is dan ook geen ruimte in het bestuursrecht.<sup>17</sup> De meeste overtredingen zijn kleurloos, er wordt nauwelijks gewerkt met schuldvarianten, met dien verstande dat de mate van verwijtbaarheid vaak wel een rol kan spelen bij de afstemming van de bestuurlijke boete (art. 5:46 lid 2 Awb). Dit laat onverlet dat ook in het bestuursrecht 'delicten' voor komen waarin niet zozeer het gevolg als wel de geobjectiveerde intentie van de handeling centraal staat. Zie bijvoorbeeld art. 5:58 lid 1, onderdeel b, Wft dat een verbod behelst een transactie of handelsorder in financiële instrumenten te verrichten of te bewerkstelligen teneinde de koers van die financiële instrumenten op een kunstmatig niveau te houden. Ook wordt ter zake van de bestuurlijke boete inmiddels

---

13 Mulder en Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht* (2008), p. 22. Voorbeelden zijn te vinden in HR 30 augustus 2005, *NJ* 2005/540 en 19 september 2006, *NJ* 2007/39.

14 Mulder en Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht* (2008), p. 31-32.

15 Doorenbos, 'Specialisatie en rechtsvinding in het economisch strafrecht', *Trema* 2010/7, p. 275-277.

16 In de MvT bij de Vierde tranche is in dit verband overwogen: 'Naarmate de te handhaven norm meer aansluit bij in de maatschappij levende fundamentele waarden, komt strafrechtelijke handhaving eerder in aanmerking. In het verlengde daarvan geldt, dat naarmate meer behoefte bestaat aan openbare berechting van een normovertreding, het strafrecht eerder in aanmerking komt.' (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 118).

17 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 125.

regelmatig over de strafrechtelijke schutting heen gekeken voor wat betreft leerstukken die zien op daderschap. De Vierde tranche geeft daar ook aanleiding toe (zie art. 5:1 lid 2 en lid 3 Awb).<sup>18</sup>

*Lex mitior, ne bis in idem en verjaring*

De *lex mitior*-regel en het *ne bis in idem*-beginsel hangen nauw samen met legaliteit en rechtszekerheid. Hoewel in art. 7 lid 1 EVRM niet, zoals in art. 15 lid 1 IVBPR, de *lex mitior*-regel is opgenomen, is het Europees Hof in de zaak Scoppola na enige rechtsvergelijking omgegaan door in art. 7 EVRM voortaan wel een dergelijke regel te lezen.<sup>19</sup> Met betrekking tot *ne bis in idem* kan een sterke normerende werking uitgaan van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zo wordt ter zake van *dezelfde feiten* als bedoeld in art. 54 SUO heengekeken door verschillen in nationale kwalificaties. Zo overwoog het Hof van Justitie dat het recht van vrij verkeer slechts met succes wordt gewaarborgd indien de dader van een handeling weet dat hij na zijn veroordeling en het ondergaan van zijn straf of, in voorkomend geval, na de onherroepelijke vrijspraak in een lidstaat, zich binnen de Schengen-ruimte kan verplaatsen zonder te hoeven vrezen dat hij wordt vervolgd in een andere lidstaat, die aanvoert dat deze handeling in zijn rechtsorde een ander delict oplevert.<sup>20</sup> Hierbij zij overigens opgemerkt dat het Hof van Justitie in mededingingszaken geen acht slaat op eerdere boeteoplegging door derde staten bij de vraag of en tot welke hoogte door de Europese Commissie een mededingingsboete kan worden opgelegd ter zake van dezelfde feiten.<sup>21</sup> In art. 14 lid 7 IVBPR is bepaald dat niemand voor een tweede keer mag worden berecht of gestraft voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds overeenkomstig de wet en het procesrecht van elk land bij onherroepelijke uitspraak is veroordeeld of waarvan hij is vrijgesproken. Nederland heeft een voorbehoud gemaakt bij art. 14 lid 7 IVBPR: de waarborg gaat bij ons niet verder dan waarin art. 68 Sr voorziet. Minder ver dan het IVBPR gaat het door Nederland nog niet geratificeerde Zevende Protocol bij het EVRM. Met recente rechtspraak heeft het EHRM mede onder verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake art. 54 SUO afscheid genomen van zijn beperkte uitleg van het in art. 4 Zevende Protocol bij het EVRM besloten liggende *ne bis in idem*-beginsel door voortaan hetzelfde feit materieel in plaats van formeel in te kleuren.<sup>22</sup> Daarbij plaats ik wel de kanttekening dat de zaken Nilsson<sup>23</sup> en Malige<sup>24</sup> wellicht niet moeten worden geplaatst in de sleutel van het verbod van dubbele vervolging. In deze zaken gaat het om een strafrechtelijke en een bestuurlijke sanctie, welke laatste rechtstreeks voortvloeit uit de strafrechtelijke

18 Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 77-82.

19 EHRM 17 september 2009, *AB* 2010/102 (Scoppola).

20 HvJ EG 9 maart 2006, C-436/04 (Van Esbroeck) en 18 juli 2007, C-288/05 (Kretzinger).

21 HvJ EG 29 juni 2006, C-289/04 P (Showa Denko).

22 EHRM 10 februari 2009, *NJCM-Bulletin* 2009/4, p. 373 (Sergey Zolotukhin) en EHRM 16 juni 2009, *EHRC* 2009/99 (Ruotsalainen).

23 EHRM 13 december 2005, *AB* 2006/285 (Nilsson).

24 EHRM 23 september 1998, *NJCM-Bulletin* 2000/4 (Malige).

veroordeling.<sup>25</sup> Hoewel Nederland het Zevende Protocol niet heeft geratificeerd speelt het *ne bis in idem*-beginsel dat art. 4 van dat protocol uitdrukt toch ook voor ons een rol, namelijk over de band van het in art. 6 EVRM neergelegde vereiste van een *fair trial*. Waar het tweede lid van art. 4 van het Zevende Protocol bij *nova* of fundamentele gebreken in de vorige procedure een nieuwe vervolging mogelijk maakt, ziet het *fair trial* vereiste op de vervolgvraag of gebruikmaking van die bevoegdheid in een voorkomend geval redelijk is. Zo werd geoordeeld dat de mogelijkheid tot herziening niet dient te worden aangewend om het openbaar ministerie de gelegenheid te bieden alsnog een gedegen onderzoek te laten verrichten, zodat er nu wel een veroordeling kan volgen.<sup>26</sup>

De *lex mitior*-regel is in ons strafrecht neergelegd in art. 1 lid 2 Sr, waarin is bepaald dat bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit is begaan de voor de verdachte gunstigste bepalingen, worden toegepast. De vraag is hoe ruim die bepaling moet worden uitgelegd. Gaat het om de strafmaat of ook de strafbaarheid van het delict en speelt ook de concrete mogelijkheid tot oplegging van de straf naar het nieuwe recht een rol? In het strafrecht is de beperkt materiële leer heersend, die inhoudt dat materiële wijzigingen doorwerken ten gunste van de verdachte, ingeval deze veranderingen blijken geven van een gewijzigd inzicht van de wetgever in de strafwaardigheid van het feit.<sup>27</sup> De Vierde tranchewetgever heeft art. 1 lid 2 Sr in art. 5:46 lid 4 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard. Wat onder de zinsnede ‘de wet mocht voorzien in de oplegging van een lichtere straf’ in art. 15 lid 1 IVBPR moet worden verstaan vergt een autonome beoordeling in de vergelijking van de sanctie naar oud en nieuw recht. Dat neemt niet weg dat ik het in overeenstemming met art. 15 lid 1 IVBPR acht dat de vraag naar het inzicht van de wetgever ter zake van de strafwaardigheid van de gedraging een rol kan spelen.<sup>28</sup> Wel meen ik dat de wetgever geen overgangsrecht zou moeten vaststellen teneinde oude gevallen niet te laten profiteren van een nieuw lichter regime. Een dergelijk overgangsrecht doet mijns inziens teveel af aan het uitgangspunt van art. 1 lid 2 Sr.<sup>29</sup> Ook indien de rechter zich na implementatie van Europese richtlijnen over de zaak buigt zie ik niet in waarom de overtreder niet van de gunstiger wetgeving zou moeten profiteren.<sup>30</sup> Het legaliteitsbeginsel staat in de weg dat bij verandering van wetgeving wordt aangeknoopt bij de hogere strafmaat (art. 1 lid 1 Sr en art. 5:4 lid 2 Awb).

In art. 68 Sr is het *ne bis in idem*-beginsel neergelegd. Onherroepelijkheid van een eerdere rechtelijke uitspraak (of van een andere afdoening) is een voorwaarde voor het verbod van een tweede vervolging. De art. 74, 74a, 74b en 74c Sr voorzien in het verlengde van art. 68 Sr in bepalingen met betrekking tot het al dan niet vervallen

---

25 Zie ook ter zake van voordeelontneming EHRM 5 juli 2001, *EHRC* 2001/56 (Phillips) en 5 juli 1005, no. 19581/04 (Van Offeren).

26 EHRM 24 mei 2007, no. 65582/01 (Radchikov).

27 Cleiren, *Strafrecht. Tekst & Commentaar. De tekst van het wetboek van strafrecht en enkele aanverwante wetten voorzien van commentaar* (2010), p. 9.

28 Zie ABRvS 30 januari 2008, *JB* 2008/58 (Euro Aktief).

29 Anders: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 144.

30 Anders: HR 6 oktober 2009, *RF* 2010/12 (HIM Furness), par. 6.4.

van het recht tot vervolging in verband met een politie- of OM-transactie. Het recht op strafvordering vervalt doordat de verdachte voldoet aan de voorwaarden die door de politie of officier van justitie zijn gesteld ter voorkoming van strafvervolging. Indien de verdachte aanbiedt de maximale geldboete te betalen binnen een door de officier gestelde termijn moet de officier een transactieaanbod doen. Indien na een transactie met succes bij het gerechtshof een klacht wegens niet vervolgen wordt ingediend dan herleeft het recht op strafvordering. Art. 5:43 Awb codificeert eveneens het *ne bis in idem*-beginsel: geen bestuurlijke boete wordt opgelegd indien aan de overtreder wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd, dan wel een kennisgeving dat geen boete zal worden opgelegd is bekendgemaakt.<sup>31</sup> In de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie komt naar voren dat met betrekking tot dezelfde overtreding aansluiting moet worden gezocht bij hetzelfde feit als bedoeld in art. 68 Sr en de jurisprudentie van de Hoge Raad ter zake van die bepaling.<sup>32</sup> Art. 5:44 Awb ziet op de zogenoemde cumulatieverboden ofwel het *una via*-beginsel. Uit de wetsgeschiedenis komt niet ondubbelzinnig naar voren dat de wetgever bij deze *una via*-regeling met de term dezelfde gedraging ook hetzelfde feit als bedoeld in art. 68 Sr op het oog heeft. Wel ligt een dergelijke gelijkstelling in de rede. Het spiegelbeeld van deze *una via*-bepaling is te vinden in art. 243 Sv: indien een bestuurlijke boete is opgelegd vervalt de mogelijkheid van strafvervolging. Er is hierop één afwijking: indien aanvankelijk is volstaan met bestuurlijke afdoening en een klacht als bedoeld in art. 12 Sv wegens niet vervolgen met succes wordt ingesteld bij het gerechtshof, dan komt de reeds opgelegde boete te vervallen, zo volgt uit art. 5:47 Awb, opdat alsnog een vervolging door de officier van justitie kan worden ingesteld. Het strafrecht heeft als *ultimum remedium* aldus – terecht – een streepje voor op de bestuurlijke afdoening. De jurisprudentie van de Hoge Raad laat zien dat niet snel wordt aangenomen dat sprake is van hetzelfde feit. Er wordt vooral gekeken naar de precieze strekking van de bepaling en het soort van verwijt dat wordt gemaakt.<sup>33</sup> Dit betekent dat bij één handelingscomplex al gauw het strafrecht en de bestuurlijke boete naast elkaar kunnen worden ingezet of dat er tweemaal een strafrechtelijke vervolging kan plaatshebben of tweemaal een boete opgelegd voor verschillende deelaspecten. Deze nationale jurisprudentie botst met die van het Hof van Justitie ter zake van art. 54 SUO en met die van het EHRM ter zake van het Zevende Protocol.

Het recht op strafvervolging of tot het opleggen van een bestuurlijke boete vervalt door de dood van de verdachte/overtreder (art. 69 Sr en art. 5:42 Awb). Daarnaast kan het recht tot strafvervolging of tot het opleggen van een bestuurlijke boete vervallen door verjaring. Art. 70 Sr voorziet in verschillende verjaringstermijnen afhankelijk van de ernst van het feit: drie jaren voor alle overtredingen; zes jaren voor de misdrijven waarop geldboete, hechtenis of gevangenisstraf van niet meer dan drie jaren is gesteld; twaalf jaren voor de misdrijven waarop tijdelijke gevangenisstraf van meer

---

31 Om die reden moet een dergelijke kennisgeving als besluit worden aangemerkt. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 149-150. Zie Rb Rotterdam 29 september 2008, *LJN* BF6961.

32 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 136 en HR 1 februari 2011, *JB* 2011/56.

33 Onder meer HR 13 september 2005, *NJ* 2006/49; 30 september 2008, *JOR* 2009/11 (Mercurius) en 1 februari 2011, *JB* 2011/56.



dan drie jaren is gesteld; twintig jaren voor de misdrijven waarop gevangenisstraf van meer dan tien jaren is gesteld. Misdrijven waarop levenslange gevangenisstraf is gesteld verjaren niet. Art. 5:45 Awb bevat een vervaltermijn van vijf jaar voor bestuurlijke boetes die meer dan € 340 bedragen en een vervaltermijn van drie jaar voor lagere boetes. Bij voortdurende delicten kan men zich afvragen of een splitsing moet worden gemaakt tussen gedragingen of omissies die zijn verjaard en gedragingen of omissies die voortduurden na het verjaarde gedeelte. De Hoge Raad zoekt voor de vraag of het ommissiedelict is verjaard aansluiting bij het tijdstip waarop het delict eindigt, zonder die splitsing aan te brengen.<sup>34</sup> Waar het gaat om voortdurend commis-siedelict of het in een periode meermaals plegen van een feit is deze lijn niet bewan-delbaar. Er zal dan een splitsing moeten worden aangebracht in een verjaard gedeelte en een niet verjaard gedeelte.<sup>35</sup> In het bestuursrecht geldt hetzelfde principe.<sup>36</sup> Zowel in het strafrecht als het bestuursrecht is voorzien in stuitingshandelingen en gelden afzonderlijke verjaringstermijnen voor de strafexecutie/invordering.<sup>37</sup>

#### *Herziening van onherroepelijke uitspraken en besluiten*

Art. 15 lid 6 IVBPR bevat een expliciete opdracht aan de verdragspartijen om een schadevergoedingsregeling in het leven te roepen voor de gevallen dat na een eerdere onherroepelijke veroordeling het veroordelende vonnis wordt vernietigd of gratie volgt op grond van de overweging dat een nieuw (gebleken) feit onomstotelijk aantoon-t dat sprake is van een gerechtelijke dwaling als gevolg waarvan straf is ondergaan, tenzij betrokkene (enig) verwijt treft dat het *novum* niet tijdig bekend is geworden.<sup>38</sup> Het EVRM kent – behoudens het Zevende Protocol – geen vergelijkbare eis. Uit art. 13 EVRM volgt dat de verdragspartijen ervoor zorg dienen te dragen dat een effectief rechtsmiddel openstaat om de uit het EVRM voortvloeiende rechten te waarborgen. In een voorkomend geval zal dat betekenen dat, ook al zijn de nationale rechtsmiddelen uitgeput, hetgeen ingevolge art. 35 EVRM juist een voorwaarde is voor een ontvanke-lijke klacht, bij constatering van een verdragsschending, een nationale instantie zal moeten voorzien in effectieve reparatie. In dit verband kan nog worden gewezen op de volgende overweging van het Hof: ‘(...) It reiterates that when an applicant has been convicted despite an infringement of his rights as guaranteed by Article 6 of the Convention, he should, as far as possible, be put in the position that he would have been in had the requirements of that provision not been disregarded, and that the most appropriate form of redress would, in principle, be trial de novo or the reopening of the proceedings, if requested (...).’<sup>39</sup>

---

34 Zie HR 23 januari 2007, *NJ* 2007/83 en 7 juli 2009, *NJ* 2010/20.

35 HR 7 november 2006, *LJN* AY8987. Zie ook punt 8 van de conclusie van A-G Vellinga bij HR 23 januari 2007, *NJ* 2007/83. Anders: Hof Amsterdam 4 mei 2010, *JOR* 2010/163.

36 CBB 12 juni 2007, *RF* 2007/51 (Sparkasse) en Rb Rotterdam 1 juli 2010, *LJN* BM9911 (Boomkweke-rijen).

37 Zie verder paragraaf 10.2.

38 Zie in gelijke zin art. 3 Zevende Protocol bij het EVRM.

39 EHRM 11 december 2008, *EHRC* 2009/9 (Panovits), par. 103.

In ons strafrecht kan herziening worden verzocht door de veroordeelde en door de procureur-generaal bij de Hoge Raad (art. 458 lid 1 Sv). Er zijn gelet op art. 457 lid 1 en lid 2 Sv drie gronden voor een herzieningsverzoek. Ik zal hier de volgorde aanhouden zoals die is voorzien met het wetsvoorstel Wet hervorming herziening ten voordele.<sup>40</sup> De eerste herzieningsgrond ziet op conflict van rechtspraak. Daarvan is sprake als niet met elkaar te rijmen bewezenverklaringen zijn uitgesproken.<sup>41</sup> Als tweede grondslag voor een herziening kan gelet op art. 457 lid 1 Sv een uitspraak van het Europees Hof dienen, waarin is vastgesteld dat het EVRM dan wel een protocol bij dit verdrag is geschonden in de procedure die tot de veroordeling of een veroordeling wegens hetzelfde feit op grond van dezelfde bewijsmiddelen heeft geleid, indien herziening noodzakelijk is met het oog op rechtsherstel als bedoeld in art. 41 EVRM.<sup>42</sup> Met Klip<sup>43</sup> kan uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie – waaruit volgt dat de nationale rechter in civiele zaken niet gehouden is terug te komen op een onherroepelijke uitspraak indien die achteraf berust op een verkeerde uitleg van Unierecht<sup>44</sup> – worden afgeleid dat geen herziening van een strafrechtelijke veroordeling mogelijk is, zolang art. 457 Sv enkel voorziet in reparatie vanwege een uitspraak in de betreffende zaak door het EHRM. De derde grond, het *novum*,<sup>45</sup> is in de praktijk de belangrijkste grond voor herziening. Net als in het bestuursrecht (zie hierna) doet zich hier de vraag voor wat precies een *novum* is. Het moet volgens de wettekst gaan om ‘eenige omstandigheid die bij het onderzoek op de terechtzitting den rechter niet was gebleken en die op zich zelve of in verband met de vroeger geleverde bewijzen met de uitspraak niet bestaanbaar schijnt’. Een andersluidend oordeel van een deskundige omtrent feiten en omstandigheden waarmee de feitenrechter destijds bekend was kan dus geen ingang vormen voor een herzieningsverzoek: ‘Een mening, overtuiging of gevolgtrekking kan in het algemeen niet als een zodanige feitelijke omstandigheid worden aangemerkt. Dat brengt mee dat het oordeel van een deskundige in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, slechts als een novum kan gelden voorzover daarbij wordt uitgegaan van feiten en/of omstandigheden van feitelijke aard welke niet bekend waren dan wel niet geacht kunnen worden bekend te zijn geweest aan de rechter die de uitspraak, waarvan herziening wordt gevraagd, heeft gewezen.’<sup>46</sup> Een opening biedt de zinsnede ‘behoudens bijzondere omstandigheden’.<sup>47</sup> Het wetsvoorstel Wet hervorming herziening ten voordele voorziet in vervanging van de term *eenige omstandigheid* in *een gegeven*. Volgens de regering kan een gegeven een nieuwe feitelijke omstandigheid betreffen, maar ook een gewijzigd deskundigeninzicht

---

40 *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 045, nr. 2.

41 Zie HR 11 januari 2005, *LJN* AR3663.

42 Zie HR 10 februari 2009, *NJ* 2009/167.

43 Klip, ‘Recente rechtspraak strafrecht en Europese Unie’, *DD* 2006/75, p. 1061-1062.

44 HvJ EG 16 maart 2006, *AB* 2006/191 (Kapferer).

45 *Novum* is eigenlijk een onjuiste term, want het gaat om een nieuw gebleken omstandigheid (dus een feit dat zich al eerder voordeed) en niet om een nieuwe omstandigheid. Zie in dit verband ook Bröring en Marseille, ‘De ongekende vrijheden en beperkingen van art. 4:6 Awb’, *JBplus* 2002/2, p. 60. De term *novum* is dermate ingeburgerd dat ik hem niettemin gebruik.

46 HR 7 september 2004, *LJN* AQ9834 (Schiedammer Parkmoord I).

47 Bijzondere omstandigheden deden zich voor in HR 26 juni 2001, *NJ* 2001/564 (Puttense moordzaak II).

over al bekende feiten. Door deze wijziging worden de knelpunten in de huidige regeling opgelost.<sup>48</sup> De kritiek vanuit rechtspsychologische hoek dat de voorgestelde wijzigingen de Hoge Raad alle ruimte bieden om vast te houden aan de huidige strenge koers dat het moet gaan om een feitelijkheid die de feitenrechter voorheen niet heeft kunnen kennen, pareert de regering met de opmerking dat uit bijvoorbeeld de herziensuitspraken van de Hoge Raad in de zaken Lucia de B.<sup>49</sup> en Ina Post<sup>50</sup> kan worden afgeleid dat de vraag of het gaat om een gegeven waarmee de rechter al bekend was, niet bevestigend wordt beantwoord om de enkele reden dat het gegeven is terug te voeren op bewijsmateriaal dat aan de rechter is voorgelegd, maar dat beslissend is of de gegevens die aan dit bewijsmateriaal kunnen worden ontleend al aan de rechter bekend waren.<sup>51</sup>

Net als in het bestuursrecht hanteert ook de strafrechter een buitenwettelijke herstel-mogelijkheid. Zo heeft de Hoge Raad in gevallen waarin door een administratieve vergissing een tijdig ingezonden schriftuur niet was opgemerkt een aanvullend arrest gewezen.<sup>52</sup>

Tegelijk met het wetsvoorstel Wet hervorming herziening ten voordele is door de regering het wetsvoorstel Wet herziening ten nadele ingediend.<sup>53</sup> Het wetsvoorstel voorziet er onder meer in dat het college van procureurs-generaal bij de Hoge Raad een verzoek tot herziening ten nadele van de gewezen verdachte kan indienen indien: er na het onherroepelijk worden van de einduitspraak nieuw bewijs aan het licht is gekomen dat het ernstige vermoeden doet rijzen dat de verdachte, als de rechter daarmee bekend zou zijn geweest, zou zijn veroordeeld (*novum*); of dat er sprake is van één of meer zogenaamde *falsa*; wanneer is vastgesteld dat er sprake is geweest van bijvoorbeeld vals ontlastend bewijsmateriaal en het ernstige vermoeden bestaat dat als de valsheid aan de rechter bekend zou zijn geweest, het onderzoek van de zaak zou hebben geleid tot een veroordeling van de gewezen verdachte. Herziening ten nadele op grond van een *novum* zal alleen mogelijk zijn wanneer er sprake is van nieuw technisch bewijs of van een geloofwaardige bekentenis van de gewezen verdachte of diens medeverdachte. Herziening ten nadele op grond van *nova* zal voorts alleen mogelijk zijn bij misdrijven waarop levenslange gevangenisstraf is gesteld en dat dood van een ander ten gevolge heeft. Voor de *falsa* gelden deze beperkingen niet. De gedachte is hier dat indien de verdachte eerder zelf heeft zorggedragen dat geen eerlijk proces heeft plaatsgevonden, hij ook voor lichtere vergrijpen geen aanspraak kan maken op de rechtszekerheid dat de zaak ten einde is gekomen.<sup>54</sup> Wel zal verjaring in de weg kunnen staan aan een tweede vervolging en kan na een tweede poging niet nogmaals om herziening worden verzocht.

---

48 *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 045, nr. 3, p. 8-9.

49 HR 7 oktober 2008, *NJ* 2009/44 (Lucia de B.).

50 HR 23 juni 2009, *LJN* BI1689 (Ina Post).

51 *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 045, nr. 3, p. 28.

52 HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002/230 en *NJ* 2002/231.

53 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nrs. 2 en 3.

54 *Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nr. 3, p. 3 en 15.

De herziening ten nadele zal niet in strijd zijn met de tekst van art. 68 lid 1 Sr. Want deze *ne bis in idem*-bepaling maakt een uitzondering voor de gevallen dat rechterlijke uitspraken vatbaar zijn voor herziening. Herziening ten nadele hoeft evenmin in strijd te komen met verdragsverplichtingen. Enerzijds heeft Nederland het Vierde Protocol bij het EVRM niet geratificeerd en heeft het een voorbehoud gemaakt bij art. 14 lid 7 EVRM. Anderzijds geeft het Vierde Protocol bij het EVRM de nodige ruimte om ingeval van nieuwe feiten of nieuw ontdekte feiten een strafzaak te heropenen en legt het Comité voor de Rechten van de Mens art. 14 lid 7 IVBPR restrictief uit, zoals de regering stelt. Ook zal art. 54 SUO geen belemmering hoeven te vormen. De herziening ten nadele heeft immers geen gevolgen voor het vrije verkeer, het betreft immers herziening van een uitspraak van de nationale rechter (voorgestelde art. 482b lid 3, onderdeel d, Sv).<sup>55</sup> Wel ligt er potentieel een probleem in art. 6 EVRM. Waar het tweede lid van art. 4 van het Zevende Protocol bij *nova* of fundamentele gebreken in de vorige procedure een nieuwe vervolging mogelijk maakt, ziet het vereiste van een *fair trial* op de vervolgvraag of gebruikmaking van die bevoegdheid in een voorkomend geval redelijk is. Zo is door het EHRM geoordeeld dat de mogelijkheid tot herziening niet dient te worden aangewend om onherroepelijke uitspraken die niet *manifestly unreasonable* zijn open te breken<sup>56</sup> of om het openbaar ministerie de gelegenheid te bieden alsnog een gedegen onderzoek te laten verrichten, zodat er nu wel een veroordeling kan volgen.<sup>57</sup> Met betrekking tot de herziening ten nadele geldt enerzijds dat in beginsel pas sprake is van een vervolging waarop art. 6 EVRM ziet indien de Hoge Raad heeft beslist dat de zaak moet worden herzien, zodat het verzoek van het OM tot herziening ten nadele niet reeds een nieuwe *criminal charge* oplevert.<sup>58</sup> Anderzijds voorziet het voorgestelde art. 482c Sv in de mogelijkheid om voorafgaande aan het herzieningsverzoek onderzoek te laten verrichten, indien er ernstig rekening mee gehouden moet worden dat de Hoge Raad een aanvraag gegrond zal achten en het onderzoek dringend noodzakelijk is. Zelfs kan de gewezen verdachte in bewaring worden genomen, met dien verstande dat de Hoge Raad daarover beslist (art. 482f Sv). Met Bijlsma<sup>59</sup> meen ik dat de inzet van de onderzoeksbevoegdheden en het gebruik van dwangmiddelen voorafgaande aan de beoordeling van het herzieningsverzoek met zich kunnen brengen dat wel degelijk sprake is van een *criminal charge* ook voordat sprake is van een uitspraak van de Hoge Raad dat het verzoek om herziening ten nadele gegrond is. Zolang de dwangmiddelen niet worden ingezet om eerdere misslagen te herstellen, maar omdat aannemelijk is dat zich *nova* of *falsa* voordoen, voorzie ik geen echte problemen.

Kenmerkend in het bestuursrecht is dat besluiten na ommekomst van een bepaalde termijn onherroepelijk worden en dat partijen gebonden zijn aan een uitspraak die gezag van gewijsde heeft gekregen. In de zaken Rewe en Comet oordeelde het Hof

---

55 Zie voor het voorgaande ook *Kamerstukken II* 2008/09, 32 044, nr. 3, p. 9-12.

56 EHRM 28 februari 2006, no. 6965/02 (Savinsky).

57 EHRM 24 mei 2007, no. 65582/01 (Radchikov).

58 EHRM 20 juli 2004, no. 50178/99 (Nikitin).

59 Bijlsma, 'Herziening ten nadele: de Wet hervorming herzieningsregeling en het EVRM', *NJCM-Bulletin* 2009/2, p. 153-154.

dat de vaststelling van redelijke beroepstermijnen op straffe van verval van rechten niet in strijd is met de – overigens eerst in die uitspraken geformuleerde – eisen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.<sup>60</sup> Indien zowel voor aanspraken ontleend aan het nationale recht als aan de Unie geldt, dat die binnen een vaste termijn moeten worden ingeroepen is er geen sprake van discriminatie. Indien de beroepstermijn voorts redelijk is, kan niet worden gezegd dat het in praktijk onmogelijk is de aan het Unierecht ontleende rechten uit te oefenen.<sup>61</sup> Indien een lidstaat voorziet in een stelsel waarin het gezag van gewijsde van een uitspraak doorwerkt voor besluitvorming voor opvolgende jaren dan komt de eis van effectiviteit in beeld. In de Italiaanse zaak Olimpiclub werd geoordeeld dat het op deze wijze oprekken van de onherroepelijkheid van uitspraken ontoelaatbaar is, indien in de betreffende uitspraak Gemeenschapsrecht verkeerd is toegepast.<sup>62</sup> De eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid brengen volgens het Hof van Justitie met zich dat indien de nationale autoriteiten of de nationale rechter naar nationaal recht geen bevoegdheid hebben terug te komen van onjuist maar onherroepelijke beslissingen, zij ter zake van de onjuiste toepassing van Unierecht geen uitzondering op deze regel hoeven te maken,<sup>63</sup> maar dat, wanneer er wel een dergelijke bevoegdheid geldt naar nationaal recht, telkens van die bevoegdheid gebruik zal moeten worden gemaakt, indien de aanvrager wel destijds de nationale rechtsmiddelen heeft uitgeput, maar de nationale rechter heeft verzuimd ambtshalve het Unierecht toe te passen en evenmin prejudiciële vragen heeft gesteld.<sup>64</sup> Daarnaast zijn lidstaten aansprakelijk voor onrechtmatige rechtspraak, welke aansprakelijkheid niet bij nationale wetgeving verder kan worden beperkt dan de door het Hof van Justitie vastgestelde criteria van een gekwalificeerde en kennelijke schending van Unierecht.<sup>65</sup>

Ingevolge art. 4:6 Awb is de aanvrager, die na een geheel of gedeeltelijk afwijzende beschikking een nieuwe aanvraag doet, gehouden nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden – gezamenlijk wel *nova* genoemd<sup>66</sup> – te vermelden (lid 1) en kan het bestuursorgaan, wanneer niet aan die stelplicht is voldaan, de aanvraag afwijzen onder verwijzing naar zijn eerdere afwijzende beschikking zonder eerst een termijn te stellen voor het aanvullen van de aanvraag (lid 2). De wetgever had met de in art. 4:6 Awb vervatte stelplicht van de aanvrager dat sprake is van een *novum* door de aanvrager (lid 1) en de vereenvoudigde afdoening bij het ontbreken daarvan (lid 2) voor ogen dat het indienen van een nieuwe aanvraag na een eerdere afwijzing niet ertoe kan leiden dat de aanvrager daarmee kan bewerkstellingen dat een onherroepelijk-

60 HvJ EG 16 december 1976, 33/76 (Rewe) en 16 december 1976, 45/76 (Comet).

61 Uit HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08 kan volgt dat een vervaltermijn van twee weken voor het instellen van een vordering tot nietigverklaring van een ontslag in strijd komt met het beginsel van doeltreffendheid.

62 HvJ EG 3 september 2009, AB 2009/335 (Olimpiclub).

63 HvJ EG 16 maart 2006, AB 2006/191 (Kapferer).

64 HvJ EG 13 januari 2004, AB 2004/58 (Kühne & Heitz) en 12 februari 2008, AB 2008/100 (Kempter).

65 HvJ EG 30 september 2003, JB 2004/41 (Köbler). Zie ook HvJ EG 13 juni 2006, AB 2006/248 (TDM).

66 Eigenlijk zien *nova* op veranderde omstandigheden en niet op nadien gebleken eerdere feiten. Zie in dit verband ook Bröring en Marseille, 'De ongekende vrijheden en beperkingen van art. 4:6 Awb', *JBplus* 2002/2, p. 60. Ik zal echter gemakshalve *nova* gebruiken als verzamelterm.

ke beschikking alsnog weer langs een omweg kan worden aangetast door het indienen van een nieuwe aanvraag en dat deswege zonder gestelde *nova* een korte afwijzing kon volstaan.<sup>67</sup> In lijn met de parlementaire geschiedenis is dat de bestuursrechter, gelet op het openbare orde-karakter van de toegang tot de bestuursrechter (art. 6:7 en 8:1 Awb), ambtshalve toetst of sprake is van een eerder afwijzend besluit en of *nova* zijn gesteld.<sup>68</sup> Art. 4:6 Awb wordt analoog toegepast op het verzoek om terug te komen van een ambtshalve genomen besluit.<sup>69</sup> In uitzonderlijke gevallen kan het onverkort door het bestuursorgaan vasthouden aan de *nova*-eis dermate onredelijk uitpakken dat de bestuursrechter toch tot een (iets) ruimere toetsing komt.<sup>70</sup> De vraag of sprake is van nieuw gebleken feiten en veranderde omstandigheden is zelf weliswaar een rechtsvraag, maar het antwoord moet in het feitelijke worden gezocht. Het moet gaan om feiten en niet om argumenten.<sup>71</sup> Zo zal ook een beroep op het gelijkheidsbeginsel reeds hierom stranden,<sup>72</sup> tenzij dat beroep steunt op nieuw gebleken feiten.<sup>73</sup> Argumenten als deze hadden immers bij het bezwaar en beroep tegen de eerdere niet begunstigende beschikking naar voren gebracht kunnen worden. Hieruit volgt voorts dat argumenten die aantonen dat het eerdere besluit onjuist was, waaronder (gewijzigde) jurisprudentie, geen *nova* zijn.<sup>74</sup> Aan beslissingen en rechtsvaststellingen liggen zelf mogelijk wel feiten en omstandigheden ten grondslag die *nova* kunnen vormen.<sup>75</sup> Bewijsstukken waaruit eerder aangevoerde feiten of omstandigheden blijken kunnen eveneens *nova* zijn.<sup>76</sup> Voorts kunnen nieuwe feiten ook eerst blijken uit een rechterlijke uitspraak.<sup>77</sup> Bij wijziging van regelgeving of beleid is een nieuwe aanvraag mogelijk geen herhaalde aanvraag, maar een eerste aanvraag.<sup>78</sup>

Ingevolge art. 8:88 lid 1 Awb kan de rechtbank op verzoek van een partij een onherroepelijk geworden uitspraak herzien op grond van feiten en omstandigheden die: (a) hebben plaatsgevonden vóór de uitspraak, (b) bij de indiener van het verzoekschrift

---

67 *PG Awb I*, p. 245.

68 Ondermeer Vz ABRvS 3 mei 2001, *AB* 2001/198; ABRvS 12 februari 2003, *JV* 2003/135; 4 april 2003, *JB* 2003/139; CRvB 4 november 2003, *RSV* 2004/20 en CBb 11 september 2008, *LJN* BF8809.

69 ABRvS 4 april 2003, *JB* 2003/139; CRvB 6 november 2003, *JB* 2004/29; 4 december 2003, *JB* 2004/32; 27 februari 2004, *RSV* 2004/166; CBb 6 augustus 1996, *JB* 1996/219 en 26 maart 2009, *JOR* 2009/141.

70 Zie bijvoorbeeld CRvB 11 februari 2009, *AB* 2009/135 en Rb Rotterdam 18 november 2010, *LJN* BO4582.

71 Zie ABRvS 30 oktober 2002, *NJB* 2002, p. 2002, p. 2249, nr. 62 en CRvB van 18 december 2003, *LJN* AO0974.

72 CRvB 21 oktober 2003, *AB* 2004/11. Ook worden gevallen waarin wel tijdig bezwaar is gemaakt tegen een onjuiste regeluitleg en gevallen waarin dit niet is gebeurd niet als gelijke gevallen gezien, aldus CRvB 30 juni 2006, *RSV* 2006/345.

73 CRvB 15 april 2004, *JB* 2004/222.

74 Bijvoorbeeld ABRvS 7 april 2003, *JV* 2003/278 en CRvB 15 augustus 2003, 03/15 AOW (niet gepubliceerd).

75 ABRvS 24 december 2002, *JV* 2003/77; 12 januari 2004, *JV* 2004/81 en 5 februari 2004, *AB* 2004/109.

76 Ondermeer ABRvS 4 april 2003, *JV* 2003/219, *JB* 2003/139 en *AB* 2003/315; 21 juli 2003, *JV* 2003/432 en 7 november 2003, *JV* 2004/15.

77 CRvB 15 april 2004, *JB* 2004/222.

78 ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2002/395 en 28 februari 2003, *AB* 2003/349.

vóór de uitspraak niet bekend waren en redelijkerwijs niet bekend konden zijn, en (c) waren zij bij de rechtbank eerder bekend geweest, tot een andere uitspraak zouden hebben kunnen leiden. Een herhaalde aanvraag als bedoeld in art. 4:6 Awb biedt meer mogelijkheden dan een herzieningsverzoek. Zo spelen blijkens de parlementaire geschiedenis nieuwe wetenschappelijke inzichten geen rol bij art. 8:88 Awb, maar kunnen die wel aanleiding vormen voor het bestuur om (op verzoek) terug te komen op een eerder besluit.<sup>79</sup> Een strikte *ex tunc* beoordeling dus door de rechter. Voorts is er geen sprake van enige discretionaire ruimte voor de rechter. De rechter stelt zich in dit verband strikt op.<sup>80</sup> Ook wordt de eis gesteld dat een dergelijk verzoek analoog aan art. 6:12 Awb binnen een redelijke termijn wordt ingediend.<sup>81</sup> Naast de herziening als bedoeld in art. 8:88 Awb is er een praktijk ontstaan dat de rechter bij evidente rechterlijke misslagen of evidente administratieve fouten ambtshalve of op verzoek over kan gaan tot vervallenverklaring of rectificatie van de uitspraak.<sup>82</sup> Gelet op de beperkte herzieningsgronden van art. 8:88 Awb zal bij schending van het EVRM en het Unierecht reparatie moeten plaatshebben over de band van art. 4:6 Awb. Art. 8:88 Awb heeft al met al dus niet dezelfde betekenis als de herziening door de Hoge Raad in het strafrecht, nog daargelaten dat de herziening in het strafrecht een grotere slaagkans kan hebben dan reguliere cassatie, omdat bij herziening juist wel de feiten aan de orde kunnen komen. Is er aanleiding om ingeval van bestraffende sancties ruimhartiger invulling te geven aan art. 4:6 en art. 8:88 Awb? Met betrekking tot bestuurlijke boetes zal het gewoonlijk gaan om ambtshalve genomen besluiten. In zoverre gaat het om de analoge toepassing van art. 4:6 Awb. In boetezaken wordt deze bepaling inderdaad overeenkomstig toegepast. De aanlegger zal dan in beginsel relevante *nova* moeten stellen.<sup>83</sup>

### Rechtsbeginselen

De drie meest fundamentele rechtsbeginselen van de Europese rechtsorde zijn het subsidiariteitsbeginsel (art. 5 EG, thans art. 5 VEU), het beginsel van Gemeenschaps- of Unietrouw (art. 10 EG, thans art. 4 lid 3 VEU) en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (art. 12 EG, thans art. 18 VWEU) zijn. Het gaat hier dus om specifieke verschijningsvormen van het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van rechtszekerheid en het gelijkheidsbeginsel. Met het oog op bestraffende sancties lijken in Europese context echter vooral het verdedigingsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel (niet in de zin van subsidiariteit) van groot belang. Daarom ga ik hier kort op in. Deze beginselen komen overigens ook – in andere vorm – tot uiting in art. 6 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. In de EU is het verdedigingsbeginsel vooral

---

79 *PG Awb II*, p. 515.

80 Ondermeer ABRvS 10 oktober 2002, *ABkort* 2002/737 (onjuist opvatten beroepsgrond is geen herzieningsgrond); CRvB 21 april 1998, *ABkort* 1998/439 (terugvinden bewijsstukken levert geen novum op) en CRvB 19 november 1998, *Rawb* 1999/118 (herzieningsverzoek wegens vermeende onjuiste rechtsopvatting is geen herzieningsgrond).

81 Ondermeer ABRvS 16 maart 1999, *JB* 1999/88.

82 HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002/230; ABRvS 14 juli 1995, *JB* 1995/245 en CRvB 3 januari 2008, *JB* 2008/63.

83 CRvB 22 december 2005, *LJN* AU8939 en CBb 26 maart 2009, *RF* 2009/70 (ABN Amro).

uitgewerkt in de rechtspraak van Hof inzake het mededingingsrecht. Dit verdedigingsbeginsel kent de volgende deelaspecten: het recht om het eigen standpunt kenbaar te maken; het recht om inlichtingen te ontvangen en inzage in de stukken; het recht om geheimhouding van concurrentiegevoelige en bedrijfsvertrouwelijke informatie; het recht op geheimhouding van verschafte informatie buiten of na de procedure; het verbod van zelfincriminatie; het recht op vertrouwelijkheid tussen de cliënt en zijn advocaat; het recht op rechtsbijstand; en voldoende tijd om de verdediging voor te bereiden.<sup>84</sup> Het evenredigheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel lijkt in Europese context buiten handhavingszaken inhoudelijk meer handen en voeten te hebben dan in de Nederlandse context (art. 3:4 lid 2 Awb), omdat door het Hof voller naar de effectiviteit van het middel wordt gekeken en ook eventuele alternatieven worden afgewogen.<sup>85</sup> Waar het gaat om handhaving van het Unierecht wordt door richtlijnen en het Hof van Justitie de eis gesteld dat sancties in dit verband (of die nu wel of niet strafrechtelijk van aard zijn) even zwaar zijn als die welke gelden voor vergelijkbare, even ernstige overtredingen van het nationale recht, en in ieder geval doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn.<sup>86</sup> Met deze eisen wordt vooral gedoeld op de ondergrens van sancties en niet op de bovengrens. Zo spelen in mededingingszaken vooral afschrikking en voordeelontneming een rol.<sup>87</sup> De Commissie en de NMA wordt dan ook veel ruimte gelaten om binnen het wettelijk maximum een boeterichtsnoeren vast te stellen en toe te passen.<sup>88</sup> Het is dan ook niet verbazingwekkend dat in de Nederlandse context – het mededingingsrecht daargelaten – de vollere evenredigheidstoets bij bestraffende sancties niet is terug te voeren op het Unierecht, maar op art. 6 lid 1 EVRM. Niettemin kan het evenredigheidsbeginsel, zoals vastgelegd in art. 49 lid 3 van het Handvest van de grondrechten van de EU, nopen tot strafmatiging.

Met betrekking tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geldt dat hoewel niet letterlijk al deze beginselen zijn gecodificeerd in de Awb, een aantal van die beginselen van belang kan zijn bij de evenredigheidstoetsing als bedoeld in art 3:4 lid 2 Awb. Zo kunnen het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel een rol spelen bij de inkleuring van evenredigheid.<sup>89</sup> Welke beginselen zijn het belangrijkste? Aan de rechtsidee zelf liggen drie fundamentele uitgangspunten ten grondslag; namelijk dat het recht geldt (positiviteit); dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van ongelijkheid en ten slotte zullen er

---

84 Jans, De Lange, Prechal en Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* (2002), p. 239-241. In gelijke zin Widdershoven, Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb* (2007), p. 80-81.

85 Gerards, 'Rechterlijke belangenafweging in het publiekrecht', *RM Themis* 2006/4, p. 151.

86 Zie bijvoorbeeld art. 39 lid 2 van de derde witwasrichtlijn 2005/60/EG en HvJ EG 8 september 2005, C-40/04 (Yonemoto).

87 Niettemin is de volledige boete op bestraffing gericht. De mededingingsboetes zijn dan ook niet ten dele fiscaal aftrekbaar, alsdus HR 7 januari 2010, *LJN* BL0214.

88 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 29 juni 2006, C-289/04 P (Showa Denko) en CbB 7 juli 2010, *AB* 2010/235.

89 In Rb Rotterdam 8 april 2010, *JOR* 2010/158, overwoog de rechtbank in dit verband dat de redelijkheidstoets ter zake van de gebruikmaking van de discretionaire bevoegdheid een boete op te leggen wel vol te toetsen elementen kent.



inhoudelijke normen gesteld moeten worden (streven naar rechtvaardigheid).<sup>90</sup> Hieruit volgt dat de beginselen van rechtszekerheid, gelijkheid en evenredigheid de drie belangrijkste rechtsbeginselen zijn. Daarbij geldt dat daarmee uiteraard nog niet is gegeven welke gevallen gelijk zijn en wat evenredig is. De inhoud van die beginselen wordt naar tijd, plaats en context nader ingevuld. Waar het gaat om de punitieve handhaving door bestuursorganen moeten aan deze drie meer materiële beginselen wellicht het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van *fair play* en het motiveringsbeginsel worden toegevoegd, althans voor zover die zien op de verdedigingsrechten. Gewezen kan worden op de procedurele bepalingen in de Awb ter zake van boeteplegging (art. 5:48-5:53 Awb). Verder geldt de evenredigheidsmaatstaf niet alleen voor besluiten, maar ook voor feitelijk handelen. Zo bepaalt art. 5:13 Awb dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruik maakt voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

De beginselen van een behoorlijke procesorde die in strafrechtelijke jurisprudentie zijn ontwikkeld lopen grotendeels parallel aan de eerder tot ontwikkeling gekomen algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met dien verstande dat de onderverdeling in het strafrecht minder fijnmazig is. Onderscheiden wordt tussen het beginsel van zuiverheid van oogmerk (verbod van *détournement du pouvoir*), het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging (evenredigheidsbeginsel), het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Het kan bij het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging gaan om de wijze van aanwending van al dan niet pro-actieve opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen, in welk verband wordt gesproken van de in art. 8 leden 1 en 5 Politiewet 1993 neergelegde beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, die hun bestuurlijke equivalent vinden in art. 5:13 Awb. Maar uiteraard is dit beginsel ook van toepassing op de vervolgingsbeslissing. Net als in het bestuursrecht is hier sprake van een zogenoemde marginale toetsing door de rechter. De belangen moeten worden afgewogen door het OM. Het is niet de taak van de rechter te toetsen of die afweging juist is, maar slechts of die niet (kennelijk) onredelijk is.<sup>91</sup> Deze redelijkheidstoets kan zowel het (vervolgings)beleid zelf betreffen als een concrete (vervolgings)beslissing. De toetsing van de redelijkheid van een beslissing die er juist toe strekt dat niet wordt vervolgd zal ook aan de orde kunnen zijn ingeval van een klacht wegens niet vervolgen (art. 12i lid 2 Sv).<sup>92</sup> Indien het OM geen open kaart speelt, bijvoorbeeld omdat het mogelijk ontlastende stukken achterhoudt, loopt het een grote kans – indien dit althans ten processe komt vast te staan – dat het niet-ontvankelijk is wegens ernstige strijd met een behoorlijke procesorde.<sup>93</sup> Ik zou willen voorstellen deze niet-ontvankelijkheidsgrond te koppelen aan het beginsel van *fair play*, dat in het bestuursrecht wordt gehanteerd, danwel aan het verdedigingsbeginsel, zoals we dat tegenkomen in het (Europees) bestuursrecht en dat ook is neergelegd in art. 6 lid 3 EVRM. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel

90 Denk hier aan 'justice and fairness and procedural due process' in Dworkin's *Law's Empire* (1986), p. 244; en aan 'Antinomien der Rechtsidee' in Radbruch's, *Rechtsphilosophie* (1973), p. 164 e.v.

91 HR 21 januari 1986, *NJ* 1987/663 (Belangenafweging).

92 Zie Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH0496 (Wilders).

93 Zie Rb Alkmaar 16 november 2009, *LJN* BK3440 en *LJN* BK3472 (Onderzoek Sierra).

zal in het strafrecht op zowel het vlak van de vervolgingsbeslissing als de strafmaat waarschijnlijk minder snel slagen dan in het bestuursrecht. Dit hangt respectievelijk samen met de beperkte opsporings- en vervolgingscapaciteit<sup>94</sup> en met het uitgangspunt dat het strafrecht meer dadergericht is dan daadgericht.

### *Eerste deelconclusie*

Waar het gaat om het legaliteitsbeginsel en de eisen van de rechtszekerheid, waaronder het bepaaldheidsgebod, voldoen het Nederlandse materiële straf- en bestuursrecht aan de minimumeisen die het EHRM stelt. Een rekkelijke uitleg van wetbepalingen en het hanteren van een verregaande zorgplicht in het economisch straf- en bestuursrecht zijn toegestaan, zolang de uitleg die de rechter aan de norm geeft kenbaar en voorzienbaar is. Waar het gaat om de toepassing van de meest gunstige bepaling (*lex mitior*) steekt onze strafrechtelijk jurisprudentie niet op alle punten erg gunstig af ten opzichte van de door mij voorgestane ruime uitleg van art. 15 lid 1 slotdeel IVBPR. Ook vind ik het jammer dat Nederland voorbehouden maakt ter zake van *ne bis in idem* (en het daarmee samenhangende *una via*). Voorts valt op dat de Hoge Raad deze leerstukken vrij eng toepast. Vanuit mensenrechtelijk en Europees perspectief acht ik het onwenselijk dat Nederland achterblijft met betrekking tot de toepassing van de leerstukken *ne bis in idem* en *una via*. Het nationale strafrecht en het nationale bestuursrecht bieden in het algemeen voldoende mogelijkheid om terug te komen van onherroepelijke vonnissen en besluiten. In beginsel is het vereiste dat de verzoeker relevante *nova* stelt immers niet onredelijk, terwijl voorts in uitzonderlijke gevallen iets ruimer door de rechter wordt getoetst. Bovendien kunnen schendingen van het EVRM worden gerepareerd. Schendingen van Unierecht kunnen in het strafrecht overigens niet worden gerepareerd, terwijl dit wel mogelijk is in het bestuursrecht. Het eventueel invoeren van de herziening ten nadele in het strafrecht, zoals wordt beoogd met het wetsvoorstel Wet herziening ten nadele, hoeft niet in strijd te komen met verdragsverplichtingen, mits geen lichtvaardig gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid tot een tweede vervolging. Het moet gaan om echte *nova* of *falsa*. Waar het gaat om de rechtsbeginselen lijkt Nederland in de pas te lopen met de in de Europese Unie ontwikkelde beginselen, met dien verstande dat het verdedigingsbeginsel niet zozeer afzonderlijk wordt erkend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur of als beginsel van een behoorlijke procesorde, maar dat het wel degelijk handen en voeten krijgt over de band van het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van *fair play* en het beginsel van een redelijke belangenafweging. Daarbij merk ik op dat met betrekking tot de evenredigheidstoets inzake bestuurlijke boetes vooral art. 6 lid 1 EVRM hier te lande maatgevend is en in mindere mate – met uitzondering van het mededingingsrecht – de invulling van dit beginsel in het Unierecht. Niettemin kan het evenredigheidsbeginsel, zoals vastgelegd in art. 49 lid 3 van het Handvest van de grondrechten van de EU, nopen tot strafmatiging.

---

<sup>94</sup> Het openbaar ministerie is, anders dan andere bestuursorganen, niet belast met deelaspecten van het algemeen belang, maar met de handhaving van de rechtsorde: art. 124 Wet RO.

### 11.3 Bewijs(lastverdeling) en verdedigingsrechten

In deze paragraaf zal ik allerlei kwesties die samenhangen met de bewijsmaatstaf, de bewijslastverdeling, bewijsverkrijging, verdedigingsrechten – waaronder zwijgrecht – en bewijsuitsluiting bespreken. Ik zal daarbij art. 6 EVRM en mededingingsverordening 2003/1 en de jurisprudentie van het EHRM en van het Hof van Justitie ter zake hiervan vergelijken met de nationale strafrechtelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en jurisprudentie.

#### *Bewijzen en bewijslastverdeling in het strafrecht*

In art. 338 Sv is bepaald dat het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, door de rechter slechts kan worden aangenomen, indien hij daarvan uit het onderzoek op de terechtzitting door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging heeft bekomen. Het bewijsstelsel dat voortvloeit uit art. 338 Sv wordt wel aangeduid als een negatief-wettelijk stelsel. Verder kenmerkt ons strafrechtelijk bewijsrecht zich door bewijsminima en de bewijslast van de rechter.<sup>95</sup> Met betrekking tot dit laatste merk ik op dat het openbaar ministerie (of een gemandateerd bestuursorgaan) diezelfde bewijslast draagt als het een strafbeschikking oplegt. Het is hier tegengesteld aan het bestuursrecht dat juist de bewijsnormering tot het bestuursorgaan richt (art. 3:2 Awb). Daar beslist het bestuur en toetst de rechter, terwijl in het strafrecht het OM anticipeert op de beslissing van de strafrechter. Bewijzen in het strafrecht kan worden omschreven als aantonen dat in redelijkheid niet kan worden getwijfeld aan de juistheid van het verwijt dat de verdachte wordt gemaakt. Absolute zekerheid hoeft er dus niet te zijn.<sup>96</sup> Uit deze bewijsmaatstaf volgt dat twijfel tot voordeel van de verdachte zal moeten strekken. In dit verband kan worden gewezen op de overweging van het Europees Hof van de Rechten van de Mens in de zaak Barberà, Messegué and Jabardo: ‘the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused’.<sup>97</sup> Dit laat onverlet dat het verdragsstaten in beginsel vrij staat om louter op basis van een objectief feit een delict aan te nemen, ongeacht of dit feit voortvloeit uit strafbare opzet of nalatigheid, mits rekening wordt gehouden met de belangen van de verdediging.<sup>98</sup>

De wetgever heeft onderkend dat het gevaarlijk is blind te varen op een bekentenis door in een bewijsminimum te voorzien: een bekentenis zonder bijkomend bewijs is blijkens het vierde lid van art. 341 Sv onvoldoende. Wel volgt uit de jurisprudentie dat niet wordt vereist dat elk deel van de tenlastelegging wordt gedekt door telkens twee bewijsmiddelen.<sup>99</sup> Een belangrijke rol in de praktijk speelt de verklaring *de auditu*. De getuigenverklaring van horen zeggen kan zowel ter zitting als in het

---

95 Het betreft de eerste vraag van art. 350 Sv.

96 Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (2008), p. 664.

97 EHRM 6 december 1988, Series A vol. 146 (Barberà, Messegué and Jabardo), par. 77.

98 EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991/351 (Salabiaku); 23 juli 2002, EHRC 2002/88 (Janosevic); 30 maart 2004, EHRC 2004/42 (Radio France) en 19 oktober 2004, NJ 2005/429 (Falk).

99 Zie bijvoorbeeld HR 15 juni 1976, NJ 1976/551.

vooronderzoek worden afgelegd. In het laatste geval wordt die verklaring dan in de vorm van een proces-verbaal van verhoor een schriftelijk bewijsstuk in de zin van art. 344 Sv.<sup>100</sup> Afhankelijk van het moment waarop de verdachte aan de bel trekt dienen getuigen te worden opgeroepen voor de terechtzitting, indien dit in het verdedigingsbelang is dan wel indien dit noodzakelijk is. Indien de verdachte laat aan de bel trekt zullen getuigen niet worden opgeroepen, tenzij de rechter het noodzakelijk acht de getuigen te horen. Een dergelijke noodzaak zal ontbreken indien de verdachte wel op enig moment de getuigen heeft kunnen (doen) ondervragen of, als die gelegenheid er niet is geweest, indien er in voldoende mate bijkomend bewijs is.<sup>101</sup> In hoger beroep kleurt het verdedigingsbelang soms het noodzakelijkheids criterium in, in die zin dat de advocaat-generaal en het gerechtshof vanwege het verdedigingsbelang soms moeten uitgaan van noodzakelijkheid.<sup>102</sup> Net als bij de bekentenis heeft de wetgever willen voorkomen dat een veroordeling plaats zou hebben op basis van één enkele getuigenverklaring of op grond van uitsluitend verklaringen van afgeschermd getuigen (art. 342 lid 2 en art. 344a Sv). Daarentegen geldt dat het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft gepleegd, door de rechter kan worden aangenomen op het proces-verbaal van een opsporingsambtenaar (art. 344 lid 2 Sv). Hoewel de rechter ingevolge art. 511f Sv ook bij de schatting van het op geld waardeerbare voordeel dient aan te knopen bij de wettige bewijsmiddelen, zijn de bijzondere bewijsregels inzake de bewijskracht niet van toepassing op de schatting.<sup>103</sup>

Hiervoor kwam al aan bod dat op de strafrechter (en op het OM waar het gaat om de strafbeschikking) de bewijslast rust. Maar wat moet precies worden bewezen? Is voldoende dat wordt bewezen dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft begaan, of moet ook vaststaan dat zich geen strafuitsluitingsgrond voordoet alvorens de rechter tot strafoplegging kan komen? Voorop moet worden gesteld dat het bij schuldsluitings- en rechtvaardigingsverweren niet gaat om dakbedekkers- en Meer en Vaartverweren. Bij de laatste twee verweren gaat het om het bewijs dat het tenlastegelegde feit al dan niet is begaan, terwijl eerst na een positieve beantwoording de strafuitsluitingsgronden aan bod komen. Is dit echter een reden om hier de bal bij de verdachte te leggen? Het antwoord is ja en nee. Ja ziet op het activeren van de responsieplicht van de rechter door verweren aan te voeren en nee ziet op het ambtshalve te verrichten onderzoek door de strafrechter.<sup>104</sup> Uit de laatste twee vragen van art. 350 Sv volgt immers dat de strafrechter zich over de strafbaarheid van de verdachte en de op te leggen straf of maatregel zal moeten buigen. Met betrekking tot de weerlegging van een verweer ter zake van een strafuitsluitingsgrond gelden overigens niet de bewijsregels die hier aan bod zijn gekomen.<sup>105</sup> Op de strafrechter rust immers niet de bewijslast om aan te tonen dat zich niet zo'n grond voordoet. Dit mes snijdt aan twee

---

100 HR 22 april 1929, *NJ* 1929, p. 1089. Zie voorts *Kamerstukken II* 2001/02, 28 477, nr. 3, p. 13.

101 Zie onder meer HR 1 februari 1994, *NJ* 1994/427 en 15 maart 2005, *NbSr* 2005/170.

102 HR 19 juni 2007, *NJ* 2007/626.

103 Keyser-Ringnald, *Boef en buit. De ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen* (1994), p. 41.

104 Zie ook HR 17 mei 1988, *NJ* 1989/142 en 29 april 2008, *NJ* 2008/482.

105 HR 13 juni 2006, *LJN* AW4459.

kanten, want de verdachte die zich beroept op een strafuitsluitingsgrond hoeft evenmin te bewijzen dat de feiten en omstandigheden waarop hij zich in dit verband beroept zich hebben voorgedaan.

### *Bewijzen en bewijslastverdeling in het bestuursrecht*

Gelet op art. 2 verordening 1/2003 draagt de Europese Commissie of de nationale mededingingsautoriteit de bewijslast aan te tonen dat sprake is van een inbreuk op art. 101 VWEU, terwijl de betrokken onderneming die meent zich te kunnen beroepen op een uitzondering van het kartelverbod daartoe de bewijslast draagt. Een daarvan afgeleide maatstaf hanteerde het Gerecht in de zaak Microsoft: indien de Commissie heeft aangetoond dat sprake is van misbruik van een machtspositie dient een eventuele objectieve rechtvaardiging in de bestuurlijke fase gesteld en bewezen te worden door de betrokken dominante onderneming, zodat de Commissie daarmee bij de uiteindelijke besluitvorming rekening kan houden.<sup>106</sup> Onder verwijzing naar art. 6 lid 2 EVRM overwoog het Gerecht in de zaak Coats Holdings dat een ‘firm conviction that the alleged infringements’ hebben plaatsgehad de bewijsmaatstaf vormt, nadat het had overwogen dat: ‘Any doubt in the mind of the Court must operate to the advantage of the addressee of the decision finding an infringement.’<sup>107</sup>

De (procedure tot oplegging van een) bestuurlijke boete is volgens het EHRM een *criminal charge*, zodat de waarborgen van art. 6 EVRM daarop (in meer of mindere mate) van toepassing zijn.<sup>108</sup> Bij bestraffende sancties geldt aldus de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM, hetgeen kan leiden tot een verzwaring van de onderzoeksplicht van het bestuur.<sup>109</sup> In dat geval mag niet een redelijke twijfel blijven bestaan over voorgevallen feiten. Zo is door het EHRM de overweging ‘the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused’ niet alleen herhaald in strafzaken<sup>110</sup> maar ook in twee zaken die zagen op een bestuurlijke boete.<sup>111</sup> Het betreft hier dus vaste jurisprudentie die niet alleen geldt voor het *hard-core* strafrecht. Het onderscheid met het strafrechtelijk bewijs en de in het strafrecht vereiste rechterlijke overtuiging is dan ook minder groot dan het lijkt,<sup>112</sup> ook al wordt in de jurisprudentie het hanteren van de strafrechtelijke terminologie ter zake van de bewezenverklaring in het bestuursrecht verworpen.<sup>113</sup> In dit licht lees ik ook de overwegingen van de regering om in de Vierde tranche af te zien van bewijsregels voor bestuurlijke boeteoplegging: ‘dat reeds toepassing van het algemene bestuurs(pro-

---

106 GvEA 17 september 2007, T-201/04 (Microsoft), par. 688.

107 GvEA 12 september 2007, T-36/05 (Coats Holdings).

108 EHRM 23 november 2006, AB 2007/51 (Jussila).

109 ABRvS 15 april 1999, JB 1999/150. Zie voorts onder meer ABRvS 11 maart 2009, AB 2009/116.

110 EHRM 20 maart 2001, no. 33501/96 (Telfner); 7 november 2006, no. 30649/05 (Holomiov); 7 juni 2007, no. 20289/02 (Gutu) en 30 juni 2009, no. 21022/04 (Natunen).

111 EHRM 23 juli 2002, no. 36985/97 (Vastberga Taxi Aktiebolag) en 23 juli 2002, EHRC 2002/88 (Janosevic).

112 Zie Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht* (1998), p. 183-187. Zie voorts Rb Rotterdam 26 maart 2010, LJN BL9761.

113 HR 18 november 1992, BNB 1993/40.

ces)recht er in overeenstemming met artikel 6, tweede lid, EVRM toe leidt, dat geen bestuurlijke boete kan worden opgelegd als de overtreding niet, zo nodig ten genoegen van de rechter, is bewezen.<sup>114</sup> Volgens de Vierde tranche-wetgever zijn dan ook geen afzonderlijke bewijsbepalingen voor het bestuurlijke sanctierecht nodig. Uit artikel 3:2 Awb volgt voorts reeds, dat het onderzoek naar de feiten op een zorgvuldige wijze moet plaatsvinden. Het bestuursorgaan zal zich bij het nemen van een ambtshalve besluit moeten baseren op concrete en verifieerbare feiten.<sup>115</sup> Indien sprake is van tegenstrijdig bewijsmateriaal zal het bestuur – indien mogelijk – nader onderzoek moeten instellen naar verifieerbare feiten.<sup>116</sup> Waar het gaat om verklaringen in een proces-verbaal dat is ondertekend door een opsporingsambtenaar, wordt art. 344 lid 2 Sv analoog toegepast. Indien het gaat om weersproken subjectieve oordelen van de opsporingsambtenaar, is de bewijskracht van een dergelijk proces-verbaal volgens het College beperkt.<sup>117</sup> De Afdeling lijkt iets minder ruimte te laten voor twijfel aan de bewijskracht van een ambtsedig opgemaakt proces-verbaal.<sup>118</sup> Niettemin laat de Afdeling ook uitdrukkelijk ruimte voor tegenbewijs.<sup>119</sup> Is het gebruik van anonieme getuigen toelaatbaar? In een al wat oudere uitspraak oordeelde de Centrale Raad dat het gebruikmaken van anoniem gemaakte verklaringen uitsluitend in combinatie met ander verifieerbaar bewijsmateriaal toelaatbaar is en dan nog alleen indien het handhaven van anonimiteit op zeer zwaarwegende gronden noodzakelijk is.<sup>120</sup> De hier aangelegde maatstaf lijkt me juist en is in lijn met de eisen die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelt. De Afdeling lijkt in reparatoire handhavingszaken minder moeite te hebben met geanonimiseerde getuigenverklaringen, zolang er bijkomend bewijs is.<sup>121</sup> In boetezaken lijkt de Afdeling wel strenger te zijn.<sup>122</sup>

Waar op het bestuursorgaan ter zake van het nemen van een ambtshalve besluit de last rust aan te tonen dat in beginsel is voldaan aan de voorwaarden voor het nemen van dat besluit, zal op belanghebbende de last rusten om aannemelijk te maken dat zijn situatie noopt tot het maken van een uitzondering op de algemene regel. Voor ogen moet hier worden gehouden dat in algemene zin steeds de bewijslast bij het bestuur rust. Het bestuur is hier – behoudens een wettelijke inlichtingenplicht – telkens als eerste aan zet om bewijs te leveren dat voldaan is aan de algemene voorwaarden om in het onderhavige geval een belastend besluit te nemen. Waar via een vergunningsstelsel verantwoordingsplichten zijn neergelegd bij de vergunninghouder ligt

114 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 131.

115 ABRvS 15 juli 1996, *AB* 1996/414 en 18 juli 2007, *AB* 2008/296.

116 Zie ABRvS 13 november 2002, *AB* 2003/203.

117 CBb 13 maart 2007, *AB* 2007/322 en 9 september 2008, *LJN* BG1609.

118 ABRvS 5 december 2007, *Gst.* 2008/11 (Dirck III) en 12 december 2007, *LJN* BB9939. Zie ook (de conclusie bij) HR 6 februari 2007, *NJ* 2007/110 (Postmixen). Zie verder Koopman, 'Bewijslast en bewijsmiddelen in duale geschillen', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks 142, 2009), p. 209-210.

119 ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/117.

120 CRvB 29 november 1990, *TAR* 1991/19.

121 ABRvS 29 maart 2006, *LJN* AV7546.

122 In ABRvS 4 mei 2010, *AB* 2010/161 maakte de Afdeling er veel werk van om tot het oordeel te komen dat de getuigenverklaringen niet, althans niet uitsluitend, verklaringen van horen zeggen betroffen.

het op zijn weg om aan te tonen dat hij daaraan heeft voldaan. Kan hij dat niet, dan mag het bestuursorgaan er van uitgaan dat de verantwoordingsplicht niet is nageleefd.<sup>123</sup> Indien vast komt te staan dat de bijstandontvanger de inlichtingenplicht niet heeft nageleefd door inkomsten uit werkzaamheden te verzwijgen, dan rust op de betrokkene de bewijslast om aannemelijk te maken dat ingeval de inlichtingenplicht zou zijn nagekomen wel recht bestond op aanvullende bijstand. Het ontbreken van een deugdelijke boekhouding komt dan voor rekening van de betrokkene.<sup>124</sup> Met het oog op de bewijslastverdeling in het bestraffende bestuursrecht onderscheidt Hartmann rechtsfeiten en blote feiten. Rechtsfeiten zijn dan die feiten die het beoebare delict construeren, terwijl blote feiten, empirische feiten zijn die niet staan vermeld in een wettelijk bepaling.<sup>125</sup> De bewijslastverdeling is dan als volgt: het vervolgend orgaan moet de rechtsfeiten bewijzen en op de belanghebbende rust de last om blote feiten te stellen (en zonodig aannemelijk te maken). Indien sprake is van een kleurloos delict, zoals gewoonlijk het geval is in het bestuursrecht, dan zal het bestuur ervan uit kunnen gaan dat er sprake is van (enige) verwijtbaarheid.<sup>126</sup> Bij fiscale verzuimdelicten, zoals het niet tijdig doen van aangifte, kan door de belastinginspecteur in beginsel worden uitgegaan van enige verwijtbaarheid van de kant van de belanghebbende. Eerst indien de inspecteur ten tijde van het opleggen van de boete op de hoogte is geweest van feiten en omstandigheden die een beroep op afwezigheid van alle schuld (AVAS) zouden rechtvaardigen is dit anders. Hij hoeft daar geen zelfstandig onderzoek naar te doen volgens de Hoge Raad. Het is dan aan de belanghebbende om die feiten en omstandigheden naar voren te brengen die een beroep op AVAS kunnen staven.<sup>127</sup> We zien deze gedachte ook naar voren komen in de wetsgeschiedenis van de art. 5:5 en 5:41 Awb: de overtreder zal zich moeten beroepen op een rechtvaardigingsgrond of AVAS, maar dit laat onverlet dat indien uit het dossier duidelijk naar voren komt dat zich een strafuitsluitingsgrond voordoet, het bestuursorgaan daarmee rekening zal moeten houden, ook als er geen beroep op is gedaan.<sup>128</sup> In dit verband kan ook worden gewezen op art. 150 Rv waarin is bepaald dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten draagt, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.

Als sprake is van een *criminal charge* stelt het EHRM in beginsel weliswaar niet zelf de feiten vast, maar een terughoudende toetsing door de nationale rechter inzake de feitenvaststelling, zoals in Bryan,<sup>129</sup> zal al gauw strijdig zijn met de in art. 6 lid 3 EVRM neergelegde verdedigingsrechten. Toch kan niet bij voorbaat worden uitgesloten dat ook in boetezaken een bestuursorgaan met betrekking tot een deel van de feiten-

---

123 CbB 22 december 2009, AB 2010/216.

124 CRvB 3 december 2002, RSV 2003/63 en 20 april 2010, AB 2010/230.

125 Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht* (1998), p. 188.

126 ABRvS 30 januari 2008, JB 2008/58 (Euro Aktief).

127 HR 9 juli 2010, AB 2010/279.

128 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 87 en nr. 7, p. 49.

129 EHRM 22 november 1995, Series A vol. 335-A (Bryan). Dit betrof geen *criminal charge*. Omdat was voorzien in een volledige en gespecialiseerde heroverweging werd een zeer terughoudende toetsing door de rechter akkoord bevonden.

waardering enige beoordelingsruimte toekomt. Ik denk hierbij aan mededingingszaken waarin de Europese Commissie of de NMa een economische marktanalyse opstellen aan de hand van ingewikkelde technische beoordelingen, welke in beginsel zijn onderworpen aan een beperkte rechterlijke toetsing, waarbij de rechter zijn beoordeling van de feiten niet in de plaats van die van het bestuursorgaan kan stellen.<sup>130</sup> Indien de rechter zwaar leunt op het oordeel van het bestuursorgaan of van een ingeschakelde deskundige blijft niettemin uitgangspunt dat de verdedigingsrechten onverkort van toepassing blijven.<sup>131</sup> In mededingingszaken lijkt het College van Beroep voor het bedrijfsleven de NMa veel beoordelingsruimte te laten ter zake van de feitenwaardering,<sup>132</sup> hetgeen voor gewone bestuursrechtjuristen en strafrechtjuristen vreemd over zal komen. Immers, waar het gaat om bestraffende sancties zal het legaliteitsbeginsel en het daarmee verwante *lex certa*-gebod er aan in de weg staan dat het bestuursorgaan zelf de ge- of verbodsnorm mag inkleuren. De soep wordt in mededingingszaken echter minder heet gegeten dan hij wordt opgediend. De terminologie waaruit een terughoudende opstelling van de nationale- en Unierechter lijkt te volgen is namelijk misleidend, want met de oprichting van het Gerecht van Eerste Aanleg is met behoud van de oude terminologie de toetsing geïntensiveerd.<sup>133</sup> De economische analyse die door de toezichthouder is opgesteld wordt niet alleen op consistentie beoordeeld, maar ook wordt vol getoetst of die is gebaseerd op een juiste feitenvaststelling, waarbij het veelal gaat om zeer veel feitenvragen.<sup>134</sup> Daar komt bij dat in het mededingingsrecht evenzeer de regel opgaat dat de rechter overtuigd moet zijn dat een inbreuk heeft plaatsgehad en dat de betrokken onderneming het voordeel van de twijfel dient te genieten.<sup>135</sup>

Anders dan in het strafrecht worden door de bestuursrechter eigenlijk nimmer getuigen opgeroepen, terwijl door partijen meegebrachte getuigen niet altijd worden gehoord (art. 8:63 lid 2 Awb).<sup>136</sup> Een en ander zal te verklaren zijn doordat de bestuursrechter een besluit van een bestuursorgaan toetst, waarbij (in beginsel) op het bestuursorgaan de bewijslast rust aan te tonen dat het besluit op een deugdelijke feitelijke grondslag berust. Een uitzondering vormt de belastingrechtspraak. De Hoge Raad als belastingrechter tikt de feitenrechter namelijk op de vingers indien die een bewijsaanbod door middel van getuigenverhoor van de hand wijst.<sup>137</sup> Naar het oordeel van de Hoge

---

130 Zie bijvoorbeeld GvEA 17 september 2007, T-201/04 (Microsoft) en CbB 31 december 2007, *LJN* BC1396 (T-Mobile).

131 EHRM 18 maart 1997, *JB* 1997/112 (Mantovanelli). Zie voorts HvJ EG 10 april 2003, *AB* 2003/310 (Böckwurstchen).

132 CbB 31 december 2007, *LJN* BC1396 (T-Mobile) en 6 oktober 2008, *AB* 2009/270.

133 Schuurmans, 'De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief', in: *Europees recht effectueren* (2007), p. 128. Zie vooral ook HvJ EG 15 februari 2005, C-12/03 (Tetra Laval), par. 39.

134 Een fraai voorbeeld vormt GvEA 17 september 2007, T-201/04 (Microsoft).

135 GvEA 12 september 2007, T-36/05 (Coats Holdings).

136 ABRvS 19 juli 2004, *JB* 2004/401; 2 februari 2005, *JB* 2005/95; 27 juli 2005, *JB* 2005/277; 5 oktober 2005, *AB* 2006/49 en CRvB 12 oktober 2004, *AB* 2004/401. In de meeste gevallen gaat het hier om beoogde getuigenissen omtrent feiten die niet ter discussie staan, die er niet toe doen of dat de getuige niets over de wel relevante feiten kan verklaren of dat de getuige teveel onder de invloedssfeer van de eisende partij staat.

137 HR 3 mei 2002, *JB* 2002/141; 24 juni 2005, *BNB* 2005/308 en 9 mei 2008, *JB* 2008/137.



Raad, die van oudsher het belastingprocesrecht met een civielrechtelijke bril aanschouwt, kan de feitenrechter bijna nimmer een dergelijk bewijsaanbod passeren. Indien de rechter het horen van getuigen niet echt nodig acht kan ook worden volstaan met het horen van de getuigen als informanten.<sup>138</sup> In het proces-verbaal kan diens verklaring dan kort worden samengevat. Terughoudender is de Hoge Raad waar het gaat om de vraag of de bestuursrechter zelf een getuige dient op te roepen.<sup>139</sup> Als we een vergelijking maken met het strafrecht lijkt de bestuursrechter bij de afweging getuigen te horen en op te roepen aldus het noodzakelijkheids criterium toe te passen. Uitzondering vormt de belastingsrechtspraak waarin het verdedigingsbelang veeleer lijkt te prevaleren voor zover het gaat om meegebrachte getuigen of een bewijsaanbod.

#### *Nemo tenetur en inlichtingen- en medewerkingsplicht*

Het verbod tot zelfincriminatie dat wordt afgeleid uit art. 6 lid 2 EVRM is volgens het EHRM niet absoluut. Zo mag wel met het oog op naleving een inlichtingenplicht in het leven worden geroepen. Indien sprake is van een *charge* kan de betrokkene in een parallelle zaak uitsluitend worden verplicht verklaringen af te leggen als er strikte waarborgen zijn dat die verklaringen niet worden gebruikt in de strafzaak van betrokkene.<sup>140</sup> Wel kan men op grond van nationale wetgeving worden verplicht de eigen identiteit te onthullen. Dit kan zowel een gewone controle betreffen als de situatie dat de betrokkene verdachte is.<sup>141</sup> Voorts kan de kentekenhouder worden verplicht inlichtingen te verstrekken over de identiteit van de bestuurder van hun voertuigen ten tijde van de geconstateerde snelheidsovertredingen.<sup>142</sup> Ten slotte kan in een strafzaak bewijs worden gebruikt dat onder dwang is verkregen, zolang dat bewijs maar niet uitsluitend afhankelijk van de wil van de verdachte kan worden verkregen. Bij dat laatste valt te denken aan materiaal dat bij een huiszoeking wordt aangetroffen en aan adem-, bloed- en urinemonsters, alsmede lichaamsmateriaal ten behoeve van DNA-onderzoek.<sup>143</sup> Waar het gaat om een minderjarige verdachte neemt het Hof niet alleen een vrij onvoorwaardelijk recht aan op juridische bijstand voorafgaand aan politieverhoren, maar ook een verplichting van de overheid om die verdachte actief rechtshulp aan te bieden.<sup>144</sup> Ook bij meerderjarige verdachten kan er niet voetschoots vanuit worden gegaan dat het recht op juridische bijstand is prijsgegeven.<sup>145</sup> In de zaak Brusco oordeelde het Hof verder dat niet alleen voorafgaand, maar ook

---

138 HR 21 oktober 2005, *BNB* 2006/9.

139 In HR 13 maart 2009, *BNB* 2010/4 werd geoordeeld dat het de rechter vrijstaat alleen dan (zelf) een getuige op te roepen indien hem dit in het kader van de op hem rustende taak zinvol voorkomt.

140 EHRM 4 oktober 2005, *NJCM-Bulletin* 2006/3, p. 339-343 (Shannon) en 21 april 2009, no. 19235/03 (Marttinen). Zie ook EHRM 23 maart 2006, *EHRC* 2006/80 (Van Vondel) waarin werd geoordeeld dat de wettelijke plicht naar waarheid te verklaren bij de parlementaire enquêtecommissie door de beugel kon omdat de nationale wetgeving voorziet in strafrechtelijke immuniteit (als naar waarheid wordt verklaard).

141 Zie EHRM 25 september 2003, no. 52792/99 (Vasileva) en in die uitspraak vermelde jurisprudentie.

142 EHRM 29 juni 2007, *AB* 2008/234 (O'Halloran en Francis), par. 57.

143 EHRM 17 december 1996, *JB* 1997/80 (Saunders).

144 EHRM 27 november 2008, no. 36391/02 (Salduz).

145 EHRM 24 september 2009, no. 7025/04 (Pishchalkinov).

tijdens de politieverhoren juridische bijstand moet worden geboden.<sup>146</sup> De ratio van het reeds bij het eerste politieverhoor bieden van rechtsbijstand aan de verdachte is driedelig: het belang om de verdachte te beschermen tegen het overmatig uitoefenen van druk door de autoriteiten; het voorkomen van justitiële dwalingen; en het realiseren van *equality of arms*.<sup>147</sup> Uit de zaak Zaichenko volgt verder dat dit recht op rechtsbijstand tijdens het horen niet onverkort geldt als geen aanhouding heeft plaatsgehad. Wel moet een cautie worden gegeven voordat belastende vragen worden gesteld.<sup>148</sup>

De hiervoor bij de Europese rechtsbeginselen genoemde verdedigingsrechten zijn, met uitzondering van het *nemo tenetur*-beginsel, ook neergelegd in art. 27 en 28 verordening 1/2003. Het zwijgrecht komt wel terug in preambule 23 van de verordening. Voorts kan in het hiervoor genoemde art. 2 verordening 1/2003 de onschuldpresumptie<sup>149</sup> en het zwijgrecht worden ingelezen. In de zaak Orkem<sup>150</sup> oordeelde het Hof van Justitie dat een onderneming niet mag worden verplicht om antwoord te geven waardoor deze het bestaan van een inbreuk op het mededingingsrecht moet erkennen, terwijl de Commissie dit juist moet bewijzen alvorens ze een sanctie kan opleggen. Orkem staat niet in de weg dat de Commissie documenten opvraagt en vraagt om inlichtingen over feitelijke gegevens, maar bij schriftelijke vragen die er feitelijk toe strekken dat de betrokken onderneming de overtreding erkent moet worden aangegeven dat niet op die vraag hoeft te worden geantwoord.<sup>151</sup> In Otto/Postbank<sup>152</sup> overwoog het Hof dat de in Orkem geformuleerde waarborg niet buiten het terrein van bestuurlijke sancties en het strafrecht geldt, maar dat aldus in een nationale procedure rechtmatig verkregen inlichtingen weer niet door de Commissie mogen worden gebruikt indien die onderneming zich tegenover de Commissie op haar zwijgrecht zou hebben kunnen beroepen in het geval de Commissie de inlichtingen bij haar zou hebben opgevraagd. Het gaat hier dus net als in Saunders<sup>153</sup> niet als zodanig om bewijs dat op onrechtmatige wijze is vergaard, maar dat niettemin niet als bewijs mag worden ingebracht ter zake van een bestuurlijke sanctie of een strafvervolgning.

---

146 EHRM 14 oktober 2010, no. 1466/07 (Brusco), par. 45. In de literatuur en de nationale rechtspraak wordt betwijfeld of uit Brusco een echt aanwezigheidsrecht van de advocaat tijdens het politieverhoor kan worden afgeleid. Zie daarover Reijntjes, 'De implementatie van Straatburgse uitspraken in de Nederlandse rechtsorde', *Strafblad* 2011/1, p. 30-32.

147 EHRM 11 december 2008, *EHRC* 2009/9 (Panovits). Zie over het recht op rechtsbijstand verder (ook in de fase van vervolging) EHRM 7 oktober 2008, *NJCM-Bulletin* 2009/4, p. 428 (Bogumil) en 13 oktober 2009, no. 7377/03 (Danyanan).

148 EHRM 18 februari 2010, no. 39660/02 (Zaichenko).

149 Zie ook buiten het mededingingsrecht GvEA 2 september 2009, *JB* 2009/191, par. 39: 'In dit verband zij erop gewezen dat het beginsel van het vermoeden van onschuld, dat in artikel 6, lid 2, EVRM en in artikel 48, lid 1, van het handvest is neergelegd, een fundamenteel recht is dat particulieren rechten verleent waarvan de gemeenschapsrechter de eerbiediging waarborgt (...)'.  
150 HvJ EG 18 oktober 1989, 374/87 (Orkem).

151 GvEA 20 februari 2001, T-112/98 (Mannesmannröhren-Werke), par. 79.

152 HvJ EG 10 november 1993, *AB* 1994/236 (Otto/Postbank).

153 EHRM 17 december 1996, *JB* 1997/80 (Saunders).

Zowel art. 5:20 Awb als art. 24a WED bevatten een medewerkingsplicht voor eenieder,<sup>154</sup> terwijl er dan nog geen sprake hoeft te zijn van een concrete verdenking. Het niet verlenen van de redelijkerwijs gevorderde medewerking levert respectievelijk een beboetbaar en een strafbaar feit op. Ook kan naleving van art. 5:20 Awb veelal worden afgedwongen met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom. Voorts kan in bestuurswetgeving de verplichting voor ondernemingen worden neergelegd om een boekhouding of anderszins een administratie bij te houden. Die gegevens kunnen dan worden gevorderd en gebruikt voor het opleggen van een bestraffende sanctie.<sup>155</sup> Als equivalent van art. 3:2 en 4:2 lid 2 Awb kennen diverse bijzondere bestuurswetten aanvullende bepalingen omtrent de onderzoeksplicht van het bestuur en de inlichtingen- en medewerkingsplicht van de belanghebbende. Zodra sprake is van een verdenking zal de verdachte voor ieder verhoor moeten worden medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden (art. 29 lid 2 Sv). Met betrekking tot de codificatie van het zwijgrecht heeft de Vierde tranche-wetgever gemeend niet aan te moeten knopen bij het tijdstip waarop de betrokkene redelijkerwijs kon vermoeden dat hem een boete boven het hoofd hing, maar bij het verhoor gericht op het opleggen van een boete. De regering meent hier dat aangesloten wordt bij art. 29 Sv.<sup>156</sup> De vergelijking die de regering maakt met het strafvorderlijke verhoor van de verdachte gaat echter maar ten dele op. Weliswaar zal ook bij de strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten in het kader van de opsporing gebruik kunnen worden gemaakt van gegevens die zijn verstrekt in het kader van enige inlichtingen- of verantwoordingsplicht,<sup>157</sup> maar het grote verschil is natuurlijk dat in het bestuursrechtelijke boetetraject de toezichtsfase en de fase van boeteoplegging vaak in elkaar overlopen, vooral indien in het kader van de inlichtingenplicht mondeling gegevens worden gevorderd.<sup>158</sup> Bovendien kan in het bestuursrechtelijke traject toezicht en opsporing door elkaar lopen omdat op de overtreder ook nadat hem de cautie is gegeven de inlichtingenplicht blijft rusten met betrekking tot de vaststelling van het recht op uitkering of de hoogte van een juiste belastingheffing.<sup>159</sup> Juist hierdoor gaat de vergelijking met art. 29 Sv vrijwel mank. Hartmann en Rogier zien er dan ook geen heil in het intreden van het zwijgrecht te koppelen aan het verhoor. Het zou volgens hen beter zijn geweest als 'het redelijk vermoeden van schuld aan het begaan van een overtreding' als uitgangspunt was genomen, ook omdat het zwijgrecht tevens kan zien op de schriftelijke verklaringsvrijheid.<sup>160</sup> Dit laatste is onderkend door het College van Beroep voor het bedrijfsleven.<sup>161</sup> Juist omdat in een zogenoemde besloten context via een vergunningenstelsel of uitkering een relatie bestaat met het bestuursorgaan, waarbij op de belanghebbende een inlichtingen- en medewerkingsplicht rust, waardoor het vaak niet eenvoudig is om het aanvangstijdstip van het zwijgrecht aan te geven,

---

154 Het ongebreidelde *eenieder* wordt begrensd door het redelijkheidsvereiste. Zie ook art. 5:13 Awb.

155 HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39 en CBb 22 december 2009, *AB* 2010/216.

156 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 95-96.

157 HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39.

158 Zie bijvoorbeeld CRvB 18 februari 2003, *RSV* 2003/115.

159 Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 97.

160 Hartmann en Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb', *NJB* 2004/36, p. 1879.

161 CBb 2 februari 2010, *LJN* BL5463 (Tele2).

zie ik het hanteren van *Chinese walls* als de grootste waarborg voor het gescheiden houden van het reguliere toezicht en de boetefase en voor het niet als bewijs gebruiken voor de boeteoplegging van mondelinge verklaringen die zijn afgelegd voordat een cautie is verstrekt.<sup>162</sup> Dit laat uiteraard onverlet dat schriftelijk bewijs, zoals een boekhouding en werkbrieftjes, in beginsel wel steeds bruikbaar zijn voor de boeteoplegging.<sup>163</sup>

Het Mededingingsrecht kent een deels afwijkende regeling van de Awb. In het mededingingsrecht geldt dat een onderneming(svereniging) een zwijgrecht toekomt zodra met het onderzoek belaste ambtenaren van de NMa een redelijk vermoeden hebben dat die onderneming(svereniging) een overtreding heeft begaan en worden betrokkenen<sup>164</sup> voordat mondeling om informatie wordt gevraagd van dit zwijgrecht in kennis gesteld (art. 53 Mw). Dit moment ligt in theorie voordat het boetevoornemen zich manifesteert, dus voor het boeterapport (art. 59 Mw). Toch zal ook bij het eventuele mondeling horen in het kader van de zienswijze (art. 5:59 Mw en art. 5:53 Awb) wederom een cautie moeten worden gegeven aan de vertegenwoordiger of bestuurder van de onderneming(svereniging).

Hoewel uit art. 67 Sv volgt dat de verdachte zich bij het verhoor dat voorafgaat aan de beslissing tot inverzekeringstelling kan laten bijstaan door een raadsman, werd vanouds de verdachte het recht op rechtsbijstand gedurende de (daarop volgende) politieverhoren ontzegd. Inmiddels heeft de jurisprudentie van het EHRM de Hoge Raad aanleiding gegeven ook voor meerderjarige verdachten de eis te stellen dat voorafgaande aan het eerste verhoor overleg met een advocaat plaats moet kunnen hebben, terwijl minderjarige verdachten ook tijdens het politieverhoor moeten worden bijgestaan door een raadsman of vertrouwenspersoon.<sup>165</sup> Het vrijere bestuursrecht hoeft niet in contrast te staan met deze verscherpte rechtsbescherming in het strafrecht. Ten eerste moet worden bedacht dat een aangehouden verdachte veel minder in staat is zijn positie te bepalen dan een belanghebbende die wordt uitgenodigd voor een verhoor.<sup>166</sup> Die laatste kan tevoren een raadsman of vertrouwenspersoon inschakelen en zelfs ervoor kiezen niet te verschijnen, de aangehouden verdachte heeft deze keuzes niet. Ten tweede geldt in het bestuursrecht, zoals we hiervoor zagen, veelal een inlichtingenplicht tegenover de toezichthouder. Pas als de toezichthouder de boetepet op zet geldt een zwijgrecht en een daarmee communicerende cautieplicht in mondelinge hoorsituaties. Met het oog op art. 6 lid 2 EVRM geldt mijns inziens dan wel dat verklaringen die in de toezichtfase zijn verkregen niet mogen worden gebruikt voor de boetefase. Met die bijkomende waarborg zal het bestuursrecht niet uit de pas hoeven te lopen met het strafrecht.

---

162 HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27. Anders: CRvB 18 februari 2003, *RSV* 2003/115.

163 ABRvS 24 maart 2010, *LJN* BL8718.

164 Dat kunnen ook medewerkers zijn die worden gehoord door de ambtenaren van de NMa, aldus Rb Rotterdam 7 augustus 2003, *AB* 2004/92 (Texaco).

165 Onder meer HR 30 juni 2009, *LJN* BH3079.

166 Zie ook in die zin EHRM 18 februari 2010, no. 39660/02 (Zaichenko); HR 9 november 2010, *NJ* 2010/615 en CRvB 7 september 2009, *RSV* 2009/302.

*Andere verdedigingsrechten, waaronder rechtsbijstand en kennisname van de stukken*

In het derde lid van art. 6 EVRM ligt naast het recht van de verdachte tot het verkrijgen van (kosteloze) bijstand door een raadsman, het recht om onverwijld en in bijzondere omstandigheden, in een taal die de verdachte verstaat, op de hoogte gesteld te worden van de gronden waarop de beschuldiging berust, voldoende tijd en faciliteiten voor de verdediging, getuigen à charge en getuigen à décharge te kunnen ondervragen, en kosteloze bijstand door een tolk besloten. Indien de verdachte de taal van het land waar hij wordt vervolgd niet spreekt moet weliswaar worden voorzien in toevoeging van een tolk, maar de stukken, waaronder de dagvaarding, hoeven niet vertaald te worden, mits in voorkomende gevallen afdoende is gebleken dat de betrokkene door middel van een mondelinge toelichting voldoende is geïnformeerd over de aard en de grond van de beschuldiging.<sup>167</sup> Het recht om onverwijld op de hoogte worden gesteld van de beschuldiging staat volgens het Hof niet in de weg aan aanvulling van een onvolledige aanklacht ter terechtzitting, mits de verdachte voldoende mogelijkheid wordt geboden zich te verdedigen.<sup>168</sup> De in het derde lid van art. 6 EVRM besloten liggende verdedigingsbeginselen impliceren volgens het Hof voorts dat de rechterlijke uitspraak gemotiveerd wordt.<sup>169</sup> De betrokkene dient toegang te hebben tot alle relevante stukken die zijn gebruikt om zijn schuld vast te stellen<sup>170</sup> en zal kennis moeten kunnen nemen van ook die stukken die juist ontlastend zijn.<sup>171</sup> Kennisneming van alle informatie is echter geen absoluut recht. Waar de bescherming van getuigen of het opsporingsbelang in de weg kunnen staan aan kennisneming van bepaald bewijs, geldt echter wel de eis dat de beperkingen strikt noodzakelijk zijn en dat er een vorm van rechterlijke controle beschikbaar moet zijn op de afgeschermdde informatie. Duidelijk zal ook zijn dat niet uitsluitend het openbaar ministerie zal kunnen bepalen welk bewijsstuk aan het dossier wordt toegevoegd en welk bewijsstuk niet.<sup>172</sup> Waar het bewijs in overwegende mate steunt op verklaringen van al dan niet afgeschermdde getuigen, terwijl de verdediging niet in de gelegenheid wordt gesteld de confrontatie aan te gaan met de getuigen of anderszins de mogelijkheid wordt geboden de betrouwbaarheid van die verklaringen te controleren zal het Hof geneigd zijn een schending van een *fair trial* aan te nemen.<sup>173</sup>

In AEG-Telefunken<sup>174</sup> oordeelde het Hof van Justitie dat indien de Commissie in een procedure tot vaststelling van inbreuken op de communautaire mededingingsregels meent om redenen van vertrouwelijkheid en eerbiediging van het zakengeheim een document niet volledig aan de betrokken onderneming te kunnen mededelen, de Commissie dit document niet als bewijsmiddel mag gebruiken. Voorts overwoog het Hof

---

167 EHRM 19 december 1989, *NJ* 1994/26 (Kamasinski).

168 EHRM 28 juni 1984, Series A Vol. 80 (Campbell en Fell).

169 EHRM 16 december 1992, *NJCM-Bulletin* 1993, p. 318-319 (Hadjianastssiou).

170 EHRM 24 februari 1994, *NJ* 1994/496 (Bendenoun).

171 Zie EHRM 16 december 1992, Series A Vol. 247-B (Edwards).

172 EHRM 16 februari 2000, no. 28901/95 (Rowe and Davis).

173 EHRM 23 april 1997, *NJ* 1997/635 (Van Mechelen) en 10 november 2005, *NJ* 2005/551 (Bocos-Cuesta).

174 HvJ EG 5 oktober 1983, 107/82 (AEG-Telefunken).

in die zaak dat een schending van de rechten van verdediging die slechts betrekking heeft op enkele bijzondere aspecten van een dergelijke mededingingsprocedure niet tot gevolg kan hebben dat de gehele procedure onwettig is. De uitsluiting van een aantal documenten wegens schending van verdedigingsrechten is namelijk alleen van belang indien de door de Commissie geformuleerde verwijten alleen met deze documenten kunnen worden bewezen. Indien de stukken de betrokkene aan wie de toegang tot het dossier is onthouden op andere wijze hebben bereikt is er evenmin reden tot nietigverklaring wegens schending van verdedigingsrechten.<sup>175</sup> Alvorens de Commissie een sanctie oplegt ter zake van overtreding van mededingingsregels zal het punten van bezwaar formuleren en meedelen.<sup>176</sup> De betrokken ondernemingen kunnen zich dan verweren door een zienswijze op die punten van bezwaar te geven. Indien de boetebeschikking van de Commissie afwijkt van de eerdere punten van bezwaar kan dit de verdediging frustreren. De Commissie mag dan ook aan haar boetebeschikking slechts feiten ten grondslag leggen waarover partijen zich hebben kunnen uitlaten (art. 27 lid 1 verordening 1/2003).<sup>177</sup> Dit betekent ook weer niet dat de eindbeschikking van de Commissie gelijklopend moet zijn aan de mededeling van de punten bezwaar.<sup>178</sup> Moeten alle stukken die ten grondslag liggen aan de boeteoplegging worden vertaald in de taal van de overtreder? Het Hof meende dat de beschikking en de mededeling van punten van bezwaar gelet op art. 3 verordening 1 tot regeling van het taalgebruik in de EEG wel moesten worden vertaald, maar dat dit niet gold voor de bewijsstukken.<sup>179</sup> Het Europese verdedigingsbeginsel dat hiervoor aan bod is geweest kent verder het recht op vertrouwelijkheid tussen de cliënt en zijn advocaat, het recht op rechtsbijstand en voldoende tijd om de verdediging voor te bereiden. Met betrekking tot de bewijsvoering in een warenboetezaak hield het Hof van Justitie de verwijzende rechter niet alleen het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel voor, maar stelde het voorts dat de nationale rechter diende te onderzoeken of de analyses van monsters van producten van een fabrikant als bewijsmiddel moesten worden uitgesloten indien het recht op contra-expertise niet kon worden uitgevoerd, dit om te voorkomen dat maatregelen worden genomen die onverenigbaar zijn met de eerbiediging van de fundamentele rechten, in het bijzonder het recht op een eerlijk proces voor een rechterlijke instantie zoals neergelegd in art. 6 lid 1 EVRM.<sup>180</sup>

In het straf dossier moeten worden gevoegd stukken die redelijkerwijze van belang kunnen zijn in voor de betrokkene hetzij ongunstige, hetzij gunstige zin. Kennisneming van die processtukken mag in beginsel aan de betrokkene en zijn raadsman niet worden onthouden en daarvan worden ook afschriften verstrekt. Indien de verdediging de betrouwbaarheid of rechtmatigheid van de verkrijging van enig bewijsmiddel aanvecht, mogen haar in beginsel ook de kennisneming van voor de beoordeling daarvan van

---

175 GvEA 25 oktober 2002, T-5/02 (Tetra Laval).

176 Zie daarover onder meer HvJ EG 3 september 2009, C-534/07 P (Prym en Prym Consumer).

177 Zie ook HvJ EG 3 september 2009, gevoegde zaken C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P (Papierfabrik August Koehler e.a).

178 GvEA 28 februari 2002, T-86/95 (Compagnie Générale Maritime).

179 GvEA 6 april 1995, T-148/89 (Betonstaalmatten).

180 HvJ EG 10 april 2003, AB 2003/310 (Böckwurstchen).

belang zijnde, niet tot de processtukken behorende, documenten niet worden onthouden.<sup>181</sup> Niettemin oordeelde de Hoge Raad van 16 juni 2009 dat niet alle stukken die in het kader van de aangemelde, transactie en vervolging van fiscale delicten en douanedelicten zijn opgemaakt, zoals neergelegd in de zogenoemde ATV-procedure, aan het strafdossier hoefden te worden toegevoegd.<sup>182</sup> Bijleveld en Debets stellen naar aanleiding van een vergelijking tussen dit arrest en de hierna te noemen bestuursrechtelijke jurisprudentie dat in een bestuursrechtelijke procedure de kans groter is dat positief wordt beslist op voeging van stukken in het dossier dan in het strafrecht.<sup>183</sup> Het mede in art. 6 EVRM besloten liggende verdedigingsbeginsel en art. 8:42 Awb strekken ertoe dat het bestuursorgaan alle op de zaak betrekking hebbende stukken overlegt in de bestuursrechtelijke procedure. De Hoge Raad overwoog dat behoudens gevallen van gerechtvaardigde weigering op grond van art. 8:29 Awb en uitzonderingsgevallen als misbruik van procesrecht, tegemoet dient te worden gekomen aan een verzoek van de belanghebbende tot overlegging van een bepaald stuk, indien deze voldoende gemotiveerd heeft gesteld dat het stuk van enig belang kan zijn (geweest) voor de besluitvorming in zijn zaak.<sup>184</sup> In boetezaken geldt dat het bestuursorgaan desgevraagd inzage geeft in het boetedossier en zoveel mogelijk de gegevens aan de overtreder meedeelt in een voor deze begrijpelijke taal (art. 5:49 Awb). In een mededingingszaak overwoog het College dat niet alle stukken vertaald hoeven te worden, maar ging het wel verder dan het EHRM en het Hof van Justitie door sommige onderliggende stukken te laten vertalen.<sup>185</sup> Nadat in een tussenbeslissing geheimhouding (art. 8:29 Awb) was toegestaan oordeelde het College dat uit oogpunt van een eerlijke en openbare behandeling, als neergelegd in art. 6 lid 1 EVRM, nader bezien diende te worden of de beboete personen toch kennis dienden te nemen van de geanonimiseerde klachten die de feitelijke grondslag vormden voor de boete. In dat verband diende de OPTA te bezien of de betrokken klagers bezwaren hebben tegen bekendmaking van op hen betrekking hebbende persoonsgegevens in het bewijsmateriaal aan de beboete ondernemingen, teneinde alsnog de ter zake vereiste belangenafweging te kunnen verrichten.<sup>186</sup> Ook een geheimhoudingsbepaling als art. 1:89 Wft moet onder omstandigheden wijken voor het verdedigingsbelang in boetezaken.<sup>187</sup> Dit betekent overigens niet dat een anonieme klacht, die slechts startpunt is voor het onderzoek, nimmer onder beperkte kennisgeving (art. 8:29 Awb) mag worden verstrekt.<sup>188</sup> Ook de verplichting van het bestuursorgaan om in bepaalde

---

181 HR 22 januari 2008, *NJ* 2008/406. Zie voorts Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (2008), p. 91-92 en 248.

182 HR 16 juni 2009, *LJN* BI1430.

183 Bijleveld en Debets, 'Een verzoek tot voeging van stukken in het dossier. Wat nu?', in: *Fraude op de financiële markten* (Deventer, 2011), p. 111.

184 HR 25 april 2008, *AB* 2009/407. In gelijke zin CBb 6 november 2009, *JOR* 2010/18 (IMC).

185 CBb 12 februari 2010, *AB* 2010/297. Vergelijk met GvEA 6 april 1995, T-148/89 (Betonstaalmatten); EHRM 19 december 1989, *NJ* 1994/26 (Kamasinski) en HR 16 december 1997, *NJ* 1998/352.

186 CBb 22 januari 2009, *AB* 2009/186 (Spam) en 2 juli 2010, *LJN* BN0534 (Spam).

187 CBb 19 juni 2009, *JOR* 2010/11 (IMC). Waar het ging om gegevens ter zake van het toezicht van de AFM op Euronext meende het College dat wel geheimhouding mocht worden betracht. De betreffende informatie raakte namelijk niet of nauwelijks aan het verdedigingsbelang van IMC, terwijl Euronext er wel belang bij had dat deze gegevens niet op straat kwamen te liggen.

188 VZR Rb Rotterdam 26 april 2010, *LJN* BM4562.

gevallen voorafgaand aan de boeteoplegging een boeterapport uit te brengen (art. 5:53 Awb) is terug te voeren op de mogelijkheid om zich te kunnen verdedigen tegen de aantijging door het bestuursorgaan. Dat betekent mijns inziens niet dat de grondslag van het boetebesluit nimmer meer kan worden gewijzigd of uitgebreid na het boeterapport.<sup>189</sup> Uitgangspunt in het bestuursrecht is dat het bestuursorgaan in elk geval gedurende de besluitvormingsfase nog nader onderzoek kan verrichten en fouten kan herstellen, terwijl, gelet op art. 6:18 Awb en de bestuurlijke lus, ook in de beroeps- en hoger beroepsfase nog herstel mogelijkheden voor het bestuur bestaan.<sup>190</sup> In het strafrecht is dit niet anders. Het OM kan immers in eerste aanleg en in hoger beroep (in beperkte zin) de tenlastelegging wijzigen (art. 313 Sv) en nader onderzoek verrichten.

De verdachte kan zich tijdens verhoren in de voorfase en ter zitting laten bijstaan door een tolk (art. 191 en art. 276 lid 1 Sv). De verdachte is te allen tijde bevoegd een of meer raadslieden te kiezen (art. 38 Sv). De verdachte moet in vertrouwen met zijn raadsman kunnen overleggen. De raadsman is in dit verband verplicht tot geheimhouding en heeft een verschoningsrecht (art. 218 Sv).<sup>191</sup> Van oudsher ontbreekt in het bestuursprocesrecht verplichte procesvertegenwoordiging. Gelet op het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging in combinatie met het gegeven dat partijen ongelijk zijn – uit het besluitbegrip volgt reeds dat sprake is van een verticale verhouding tussen bestuur en burger –, wordt ook wel aangenomen dat de rechter ongelijkheidscompensatie dient te bieden.<sup>192</sup> Een burger kan zich in het contact met het bestuur uiteraard wel laten bijstaan door een gemachtigde (art. 2:1 Awb). In de (hoger) beroepsprocedure kunnen partijen zich ingevolge art. 8:24 Awb laten bijstaan door een gemachtigde. In enkele bestuurswetten is voorts nog het verschoningsrecht van de advocaat specifiek geregeld (art. 51 Mw en art. 2.4 lid 2 Whc).

#### *Onrechtmatig verkregen bewijs*

Wat te doen met onrechtmatig verkregen bewijs? Wat zijn in de praktijk de redenen om onrechtmatig verkregen bewijs uit te sluiten? Gaat het om een sanctie op onjuist overheidsoptreden als zodanig (het reparatie-, demonstratie- en/of preventieargument<sup>193</sup>) of gaat het om het bieden van een *effective remedy* in de zin van art. 13 EVRM? Het EHRM hanteert als maatstaf of de procedure in zijn geheel fair is geweest. Indien het bewijs waarop de veroordeling steunt in hoofdzaak bestaat uit een verklaring die in strijd met het zwijgrecht is verkregen zal de procedure niet fair

189 Het College lijkt geen eenduidige koers te volgen. Vergelijk CBb 17 november 2004, *AB* 2005/81; 5 december 2007, *AB* 2008/38 en 2 februari 2010, *LJN* BL5463 (Tele2).

190 CBb 22 januari 2009, *AB* 2009/186 (Spam).

191 Dit verschoningsrecht is beperkt tot hetgeen aan de advocaat uit hoofde van zijn beroep 'als zodanig is toevertrouwd'. Zie HR 12 oktober 2010, *LJN* BN0526 (Holleeder).

192 Commissie Evaluatie Awb III, *Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006* (2007), p. 17.

193 Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (2008), p. 705-706. Zie ook Embregts, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting* (2003), p. 105 -107.



zijn.<sup>194</sup> Indien sprake is van uitlokking mag een veroordeling niet op het daardoor verkregen bewijs worden gebaseerd: '[t]he public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement'.<sup>195</sup> Ook fysiek bewijs dat op onrechtmatige wijze wordt verkregen zal, indien daarbij art. 3 EVRM is geschonden buiten de boot vallen.<sup>196</sup> In de zaak Gäfgen was duidelijk sprake van schending van art. 3 EVRM omdat de politie had bedreigd met marteling omdat men veronderstelde dat het ontvoerde kind mogelijk nog kon worden gered. Omdat bij de rechtbank uiteindelijk zeer belastende verklaringen waren afgelegd door Gäfgen – zo verklaarde hij uiteindelijk dat hij tevoren had beraamd het kind te doden en niet in een opwelling nadat hij hem had ontvoerd –, was de Grote Kamer van oordeel dat er gezegd kon worden dat er sprake was van 'a break in the causal chain leading from the prohibited methods of investigation to the applicant's conviction and sentence in respect of the impugned real evidence.'<sup>197</sup> Hoewel voor de Nederlandse strafrechtspraak en voor die van een aantal andere Europese landen vooral de zaak Salduz en de in het voetspoor daarvan gewezen rechtspraak over rechtsbijstand van veel praktisch belang is voor de effectuering van het zwijgrecht,<sup>198</sup> zijn de juridische en morele implicaties van de zaak Gäfgen mijns inziens stukken interessanter, omdat in die zaak de vraag speelt of een afgedwongen bekentenis *a priori* in de weg staat aan een eerlijk proces. Uit de zaak Khan kan verder worden afgeleid dat de inbreuk op privacyrechten niet (zonder meer) op één lijn worden gesteld met een inbreuk op het zwijgrecht.<sup>199</sup> Anders gezegd: een inbreuk op art. 6 lid 2 of art. 3 EVRM weegt zwaarder dan een inbreuk op art. 8 EVRM. Dit hangt niet alleen samen met de vraag naar de betrouwbaarheid van het bewijs, maar ook met de zwaarte van de inbreuk op mensenrechten.

De strafrechter lijkt na invoering van art. 359a Sv vooral het perspectief van de *effective remedy* als uitgangspunt te nemen voor wat betreft het verbinden van gevolgen aan onrechtmatig verkregen bewijs. In het Afvoerpipj-arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2004, werd overwogen dat bewijsuitsluiting uitsluitend aan de orde kan komen indien het bewijsmateriaal door het verzuim is verkregen, en in aanmerking komt indien door de onrechtmatige bewijsgaring een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden.<sup>200</sup> In die zaak werd geoordeeld dat de verdachte door het onbevoegdlijk losstrekken van afvoerpipj in die kelder, hetgeen leidde tot een drugvangst, niet was getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, omdat hij niet woonde in dat deel van het pand. Schending van art. 8 EVRM lijkt evenmin snel te leiden tot bewijsuitsluiting.<sup>201</sup>

---

194 EHRM 5 november 2002, NJ 2004/262 (Allan) en 27 november 2008, no. 36391/02 (Salduz).

195 EHRM 5 februari 2008, NJ 2008/499 (Ramanaukas).

196 EHRM 11 juli 2006, EHRC 2006/118 (Jalloh).

197 EHRM 1 juni 2010, no. 22978/05 (Gäfgen), par. 180.

198 Zie Spronken, 'De staart van Salduz zwiept door Europa: laatste ontwikkelingen en de zaak Brusco', *NbSr* 2010/12, p. 908-910.

199 EHRM 12 mei 2000, NJ 2002/180 (Khan). Zie ook Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (2004), p. 69.

200 HR 30 maart 2004, NJ 2004/376 (Afvoerpipj).

201 HR 19 december 2006, NJ 2007/28 (betreden erf) en 10 februari 2009, NJ 2009/167 (afluisteren).

Wel heeft de Hoge Raad in lijn met Salduz geoordeeld dat indien de aangehouden verdachte niet binnen redelijke grenzen de gelegenheid is geboden om voorafgaand aan het eerste verhoor door de politie een advocaat te raadplegen, de verklaringen van de verdachte die zijn afgelegd voordat hij een advocaat kon raadplegen moeten worden uitgesloten van het bewijs.<sup>202</sup> In diezelfde lijn heeft de Hoge Raad beslist dat een belastende verklaring die is afgelegd tijdens een verhoor dat niet is voorafgegaan door de cautie terzijde moet worden gesteld, maar dat dit niet geldt voor belastende verklaringen die later zijn verkregen nadat de cautie is verstrekt.<sup>203</sup> Vervolgbewijs wordt dus niet snel aangemerkt als *fruit(s) of the poisonous tree*.

De Vierde tranchewetgever heeft niet alleen uitdrukkelijk afgezien van het opnemen van bewijsregels voor bestuurlijke boeteoplegging, maar ook van regels met betrekking tot de vraag of het bewijs rechtmatig is verkregen.<sup>204</sup> De nog immer maatgevende uitspraak ter zake van wat te doen met (strafrechtelijk) onrechtmatig verkregen bewijs in het bestuursrecht is het arrest van de Hoge Raad van 1 juli 1992.<sup>205</sup> De daarin geformuleerde rechtsregel over het al dan niet uitsluiten van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs is: (a) er geldt geen algeheel verbod op gebruik van strafrechtelijk verkregen bewijs in bestuursrechtelijke procedure; (b) in elk geval is het gebruik ervan toegestaan als het materiaal niet jegens belanghebbende op onrechtmatige wijze is verkregen (relativiteit);<sup>206</sup> (c) indien wel voldaan is aan relativiteit dan nog is het bruikbaar, tenzij gebruik in strijd komt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel; (d) indien het bewijs ook op rechtmatige wijze verkregen had kunnen worden dan is geen sprake van schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (causaliteit); (e) eerst indien de bewijsmiddelen zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelend bestuur mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar is, dan volgt uitsluiting in de bestuursrechtelijke (fiscale) procedure; en (f) vorenstaande geldt zowel voor de enkelvoudige heffing als de boete. Bij bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs zou die causaliteit volgens Embregts geen rol spelen.<sup>207</sup> Er wordt dan rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur getoetst of het bewijs ontoelaatbaar moet worden geacht. In de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 11 april 2007 waarin een huiszoeking zonder *informed consent* door bijstandcontroleurs resulteerde in een drugsvangst, werd geoordeeld dat voldaan werd aan het zozeer indruist-criterium, zodat de bijstandsuitkering niet kon worden ingetrokken.<sup>208</sup> Dat de belanghebbende het drugsbezit had

---

202 HR 30 juni 2009, *LJN* BH3079.

203 HR 6 juli 2010, *NJB* 2010/1556.

204 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 131-132.

205 HR 1 juli 1992, *BNB* 1992/306. Zie ook HR 3 mei 2000, *VN* 2002/58.4; 27 februari 2004, *BNB* 2004/225 en 30 juni 2006, *VN* 2006/37.1.

206 Zie in dit verband ook art. 6:22 Awb en het met het in het wetsvoorstel Wet aanpassing bestuursprocesrecht voorziene art. 8:69a Awb.

207 Embregts, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting* (2003), p. 289-290.

208 CRvB 11 april 2007, *RSV* 2007/175. Ook nadien verkregen verificatiegegevens werden aanvankelijk buiten spel gezet door de Centrale Raad. Zie CRvB 14 april 2009, *RSV* 2009/196. Nadien is dit weer genuanceerd. Zie CRvB 24 november 2009, *RSV* 2010/19.

moeten melden maakte hier dus inderdaad niet uit. Uit deze verschillen in benadering zou kunnen worden afgeleid dat indien in het kader van strafvorderlijk onderzoek op onrechtmatige wijze de drugs waren gevonden, die informatie wel kon worden gebruikt voor de intrekking van de uitkering. Hier lijkt aldus het preventiedoel van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs te prevaleren: eerst indien het bestuursorgaan zelf inbreuk maakt op rechten van de burger moet het daar voor boeten door bewijsuitsluiting, opdat het die inbreuken voortaan niet meer pleegt. Waar het gaat om informatie-uitwisseling tussen de bijstandverlenende gemeenten en derden, zoals de belastingdienst en het openbaar ministerie, zonder specifieke wettelijke basis, maakt het geen verschil of die informatie-uitwisseling een wettelijke basis heeft, want ook hier is de redenering dat belanghebbende zelf melding had moeten maken van de verkregen gegevens, zodat in elk geval niet kan worden gesproken van bewijsmiddelen die zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik daarvan onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.<sup>209</sup> In vergelijking met het onrechtmatige huisbezoek door bijstandcontroleurs lijkt dus vooral van belang de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op de privacy. In reactie op de jurisprudentie van de Centrale Raad is een wetsvoorstel ingediend teneinde bij weigering van toestemming van een huisbezoek te kunnen korten tot een niveau waarin het al dan niet bestaan van een gezamenlijke huishouding niet relevant is.<sup>210</sup>

#### *Tweede deelconclusie*

De nationale bewijsregels en hier te lande gehanteerde verdedigingsrechten, op onderdelen aangevuld of ingekleurd met op het EVRM geschoeide rechtspraak door de nationale rechter, voldoen aan de eisen voor een *fair trial*. Toch gaat het soms nog mis.<sup>211</sup> Met betrekking tot het mededingingsrecht is – ook bewijstechnisch – de blik gericht op de Europese mededingingsjurisprudentie.<sup>212</sup> Met betrekking tot het zwijgrecht en de cautie in het bestuursrecht zal gekozen moeten worden voor ofwel als startpunt ‘het redelijk vermoeden van schuld aan het begaan van een overtreding’ ofwel het hanteren van een *Chinese Wall* tussen toezicht en boetetraject, waarbij verklaringen die in de toezichtsfase zijn afgelegd niet worden gebruikt in het boetetraject. Het laatste heeft mijn voorkeur en past ook het best in het door de Vierde tranche-wetgever gekozen systeem (art. 5:10a en 10:3 lid 4 Awb). De nationale jurisprudentie zal dan wel eensgezind die koers moeten inslaan, anders is voor de belanghebbende niet voorspelbaar wanneer hij zich op zijn zwijgrecht kan beroepen. Een uitzondering hierop vormt het mededingingsrecht. Daar zijn het zwijgrecht en de cautie wel gekoppeld aan de verdenking (art. 53 Mw). Verder hanteert de Unierechter ook een soort *Chinese Wall*: bewijs dat in de ene procedure rechtmatig is verkregen kan niet (zonder meer) worden gebruikt in een andere (op bestraffing gerichte) procedure. Waar het

---

209 Vergelijk CRvB 24 juni 2008, RSV 2008/244 en 7 november 2008, RSV 2009/14.

210 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 929.

211 Bijvoorbeeld EHRM 10 november 2005, NJ 2005/551 (Bocos-Cuesta) en 1 juni 2007, no. 30810/03 (Geerings).

212 Onder meer HvJ EG 4 juni 2009, AB 2009/273 (T-Mobile).

gaat om bewijsuitsluiting wegens onrechtmatig verkregen bewijs vraag ik me af of de Centrale Raad van Beroep voldoende oog heeft voor de verschillen van schending van art. 8 EVRM enerzijds en de art. 3 en 6 EVRM anderzijds. De jurisprudentie van de Hoge Raad spreekt mij meer aan. Dit laat onverlet dat de ruime rechtsbescherming die de CRvB biedt op het vlak van het huisbezoek zeker niet in strijd is met de minimumnormen van het EVRM. De toetsende taak van de bestuursrechter brengt wellicht met zich dat er in het bestuursprocesrecht een zeer beperkte rol is weggelegd voor het horen van getuigen ter zitting. Met betrekking tot een door een partij meegebrachte getuige wordt door de bestuursrechter in feite het in het strafrecht toegepaste noodzakelijkheids criterium als maatstaf gehanteerd, behalve door de belastingsrechter, die veeleer uitgaat van een maatstaf die lijkt op het verdedigingscriterium. Over de hele linie wordt in het bestuursrecht de bevoegdheid van de rechter om getuigen op te roepen niet toegepast. In het strafrecht worden in grote zaken wel vaak getuigen ter zitting gehoord. Toch geldt ook hier dat het belangrijkste bewijs wordt vergaard in het vooronderzoek. Voor wat betreft de dossiervorming lijkt de bestuursrechter juist weer iets meer oog te hebben voor verdedigingsbelangen dan de strafrechter. Mogelijk speelt hier mee dat in het Wetboek van strafvordering niet een regeling is getroffen voor beperkte kennisneming van stukken zoals in art. 8:29 Awb.

#### 11.4 Verwijtbaarheid en evenredigheid

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de toerekening van overtredingen alsmede op de inzet en op hoogte van de straf. Over deze onderwerpen valt zeer veel te zeggen. Hier zal ik slechts een aantal punten aanstippen van hetgeen eerder is behandeld.

##### *Verwijtbaarheid*

Hiervoor kwam aan de orde dat twijfel tot voordeel van de verdachte zal moeten strekken, maar dat dit onverlet laat dat het verdragsstaten in beginsel vrij staat om louter op basis van een objectief feit een delict aan te nemen, ongeacht of dit feit voortvloeit uit strafbare opzet of nalatigheid, mits rekening wordt gehouden met de belangen van de verdediging. Dit principe geldt niet alleen voor het EVRM, maar ook voor het Unierecht.<sup>213</sup> In ons strafrecht is niet vereist dat het opzet is gericht op de wederrechtelijkheid van de gedraging.<sup>214</sup> Voldoende is dat het (voorwaardelijk) opzet is gericht op de gedraging als zodanig. In economische zaken zal dit vrijwel altijd het geval zijn. Bij commune gevaarzettingsdelicten kan dit anders liggen. Niet elke gedraging en het daaruit voortvloeiende gevolg hoeft te zijn gewild. Zo worden ter zake van geweldsdelicten diverse schuldvarianten gehanteerd en zijn voorts de gevolgen van de gedraging medebepalend voor de strafmaat. Het kleurloze opzet brengt met zich dat disculpatie in het economisch strafrecht slechts mogelijk zal zijn met een succesvol beroep op de buitenwettelijke exceptie van afwezigheid van alle schuld

---

213 HvJ EG 23 december 2009, AB 2010/83 (Spector Photo Group).

214 HR 24 april 2007, NJ 2007/544.

(AVAS).<sup>215</sup> Verontschuldgbare rechtsdwaling zal gelet op het vorenstaande niet snel kunnen bestaan uit onbekendheid met wet- en regelgeving. Met betrekking tot het verweer dat de betrokken onderneming volledig aan haar zorgplicht heeft voldaan is de jurisprudentie inzake functioneel ouderschap van belang. In het Drijfmest-arrest heeft de Hoge Raad uiteengezet wanneer een gedraging kan worden toegerekend aan een onderneming.<sup>216</sup> Eén van de redengevende omstandigheden is dat de rechtspersoon erover vermocht te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon werd aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden geleverd met het oog op de voorkoming van de gedraging, aldus de Hoge Raad. De zorgplicht ziet in voorkomende gevallen aldus op het ouderschap zelf en vormt dan een bewijsvraagstuk dat vooraf gaat aan een beroep op AVAS.

Met de invoering van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht is het beginsel geen straf zonder schuld, neergelegd in art. 5:41 Awb. Deze bepaling en art. 5:5 Awb (geen sanctie voor zover een rechtvaardigingsgrond bestond) vormen de codificatie van de strafuitsluitingsgronden voor wat betreft de bestuurlijke boetes, waarbij de wetgever voor ogen heeft gestaan dat het bestuur en de bestuursrechter de strafrechtelijke jurisprudentie en de klassieke strafuitsluitingsgronden tot uitgangspunt zullen nemen.<sup>217</sup> Dat in het bestuursrecht gewoonlijk verwijtbaarheid geen bestanddeel uitmaakt van de ‘delictsomschrijving’, is op zich geen probleem, zolang bij gebleken afwezigheid van alle schuld wordt afgezien van boeteoplegging.<sup>218</sup> In de fiscale jurisprudentie en uitvoeringspraktijk zijn er twee relevante ontwikkelingen in verband met toerekening en dwaling. Vanouds werden in belastingjurisprudentie gedragingen van een belastingadviseur toegerekend aan de belastingplichtige. Het was aan de opzet of grove schuld van de belastingplichtige zelf te wijten als de adviseur kort gezegd het aangifteformulier verwijtbaar onjuist invulde.<sup>219</sup> Slechts indien de belastingplichtige aantoonde dat hij in redelijkheid niet hoefde te twijfelen aan de fiscale aanvaardbaarheid van de mededelingen of adviezen van zijn adviseur kon hij de fiscale verhoging ontlopen. In een arrest van 1 december 2006 zag de Hoge Raad aanleiding deze jurisprudentie ter herzien en meer aansluiting te zoeken bij de strafrechtelijke jurisprudentie door te overwegen dat hij het geraden acht ook voor (bestuursrechtelijke) fiscale vergrijpboetes de mogelijkheid van toerekening van opzet of grove schuld van een ander dan de belastingplichtige aan de belastingplichtige uit te sluiten, zodat wordt voorkomen dat op grond van een dergelijke toerekening strijd zou kunnen ontstaan met de in art. 6 lid 2 EVRM neergelegde eis dat een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld

---

215 HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, p. 681 (Melk en Water). Voor het bestuursrecht is AVAS overigens geen buitenwettelijke, maar gecodificeerde exceptie. Zie daarover verderop.

216 HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006/328 (Drijfmest).

217 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 87.

218 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 7. P. 49. Zie voorts ABRvS 30 januari 2008, *JB* 2008/58 (Euro Aktief).

219 HR 15 juli 1988, *BNB* 1988/270.

in rechte is komen vast te staan.<sup>220</sup> Ter afwering van opzet of grove schuld kan daarnaast worden gewezen op het zogenoemde pleitbare standpunt.<sup>221</sup> Naast AVAS kent het strafrecht nog een aantal andere algemene strafrechtelijke strafuitsluitingsgronden. Deze worden onderscheiden tussen schuldsluitingsgronden en rechtvaardigingsgronden. Voor de strafuitsluitingsgronden geldt dat niet alleen natuurlijke personen, maar ook rechtspersonen zich op deze excepties kunnen beroepen.<sup>222</sup>

### *Evenredige bestraffing*

In hoofdstuk twee is het vereiste van *full jurisdiction* van de rechter genoemd. Welke conclusie kan uit de jurisprudentie ter zake van de straftoemeting worden getrokken? De conclusie uit de zaken Malige<sup>223</sup> en Göktaş<sup>224</sup> moet zijn dat een vaste straf waar de rechter niet van af kan wijken op zichzelf niet hoeft te leiden tot het oordeel dat de rechter te beperkt is in zijn toetsingsruimte. Waar de rechter zichzelf buiten spel zet door te oordelen dat hem geen enkele rechtsmacht toekomt ter zake van de hoogte van de straf, kan – zoals in *Silvester's Horeca Service*<sup>225</sup> – de rechtsbescherming door de rechter niettemin door het EHRM als te beperkt worden gezien. Deze jurisprudentie lijkt slechts met elkaar in overeenstemming gebracht te kunnen worden indien in de zaken Malige en Göktaş de gefixeerde straffen zelf niet als onevenredig moeten worden aangemerkt. Voor deze lezing is zeker reden. In Malige werd door het Hof vastgesteld dat het slechts een beperkte puntenaftrek betrof en dat verloren punten konden worden teruggewonnen, terwijl in Göktaş de strafrechter binnen een bandbreedte was gebleven. Kortom: indien de nationale strafbepaling naar het oordeel van de nationale rechter niet tot een onevenredige straf leidt, dan is het niet strijdig met art. 6 lid 1 EVRM dat de rechter niet kan afwijken van de daarin vastgelegde hoogte van de straf. Het EHRM voert in beginsel niet zelf de toetsing uit welke sanctie nog wel en welke sanctie niet evenredig is. De controlerende taak van het Hof beperkt zich gelet op het uitgangspunt van subsidiariteit in beginsel tot de vraag of de nationale rechtsgang fair is geweest. Malige vormt in zekere zin een uitzondering omdat het Hof in die zaak zelf vaststelt dat de sanctie niet disproportioneel is. In veel landen geldt dat de rechter in strafzaken de vrijheid heeft zelf binnen een maximum een straf op te leggen. Die vrijheid is echter niet onbegrensd. Zo kan de strafrechter weliswaar met het oog op een dadergerichte aanpak een gepaste straf bepalen, maar wanneer hij de strafmaat ophangt aan de afkomst van de dader bevindt hij zich in gevaarlijk vaarwater. In een geval waarin de Bulgaarse rechter tot een zware strafmaat kwam omdat de verdachte behoorde tot een bevolkingsgroep waarvan werd verondersteld dat die niet gevoelig is voor een voorwaardelijke straf, welke voorwaardelijkheid juist wel was voorgesteld door de aanklager mede vanwege de slechte gezondheid van

---

220 HR 1 december 2006, *LJN* AU7741.

221 Paragraaf 4 van het Besluit bestuurlijke boeten Belastingdienst (*Stcrt.* 2009, 20 226).

222 Zie daarover verder De Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht* (2009), p. 363-364.

223 EHRM 23 september 1998, *NJCM-Bulletin* 2000/4 (Malige).

224 EHRM 2 juli 2002, *EHRC* 2002/72 (Göktaş).

225 EHRM 4 maart 2004, *EHRC* 2004/37 (*Silvester's Horeca Service*).

de betrokken vrouw, oordeelde het Hof dat sprake was van een ongelijke behandeling, hetgeen strijd opleverde met art. 6 lid 1 in verbinding met art. 14 EVRM.<sup>226</sup> Indien een verdachte wordt veroordeeld voor een bepaald feit en als strafverzwarende omstandigheid wordt een feit meegenomen waarvoor de verdachte niet wordt veroordeeld, is dat geen probleem volgens het Hof.<sup>227</sup> Art. 6 lid 2 EVRM is niet van toepassing op uitlatingen over het gedrag en karakter van een verdachte indien de verdachte eenmaal op rechtmatige wijze schuldig is bevonden. In ontnemingszaken wordt de voordeelontneming als bijkomende straf gezien zo bleek in de zaak Phillips. Het wederrechtelijk verkregen vermogen kan dan worden geschat door de rechter, waarbij geldt dat wanneer de veroordeelde de herkomst van zijn vermogen niet kan verklaren mag worden verondersteld dat het gaat om wederrechtelijk verkregen vermogen.<sup>228</sup>

In het Europese mededingingsrecht wordt de bestuurlijke boete vastgesteld op maximaal 10% van totale omzet in het vorige boekjaar van elke onderneming die in overtreding is (art. 23 verordening 1/2003).<sup>229</sup> Het Gerecht en het Hof van Justitie kunnen binnen dit maximum tot een verhoging van de door de Commissie opgelegde boete komen (art. 31 verordening 1/2003).<sup>230</sup> De Europese Commissie beschikt overeenkomstig vaste rechtspraak over een ruime beoordelingsvrijheid met betrekking tot de keuze van de bij de vaststelling van de hoogte van boeten in aanmerking te nemen factoren, zoals onder meer de bijzondere omstandigheden van de zaak, de context daarvan en de preventieve werking van geldboeten.<sup>231</sup> Wel dient de Commissie de vaststelling van de boetehoogte toereikend te motiveren.<sup>232</sup> De Commissie hanteert richtsnoeren bij de vaststelling van de boete. Bij de vaststelling van de boete wegens overtreding van art. 101 VWEU wordt door de Commissie een basisbedrag vastgesteld aan de hand van de wereldomzet voor de producten waarop het kartel betrekking had. Op dit bedrag wordt een 'afschrikkingsfactor' losgelaten, waarbij de totale wereldomzet van het kartel in ogenschouw wordt genomen.<sup>233</sup> Het zal niet verbazen dat recidive een verzwarende factor is bij de boetevaststelling.<sup>234</sup> Hoewel de Commissie een grote beleidsvrijheid heeft bij het in aanmerking nemen van verhogende en verlagende factoren bij de afstemming van de boete, grijpt de Unierechter wel in indien de richtsnoeren niet of op onjuiste wijze zijn toegepast door de Commissie. Het Hof oordeelde dat het Gerecht in een dergelijk geval op grond van het gelijkheids- en het rechtszekerheidsbeginsel eerst dient na te gaan of de geldboete toch binnen het door deze richtsnoeren gestelde kader blijft en dat het evenredigheids-

---

226 EHRM 25 maart 2010, *NJB* 2010, 1214, p. 1540 (Todorova).

227 EHRM 23 september 2003, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 824-826 (Sniekers) en 25 november 2004, *NJCM-Bulletin* 2005/8, p. 1142-1144 (Van Thuil).

228 EHRM 5 juli 2001, *EHRC* 2001/56 (Phillips).

229 In een geval waarin de onderneming in dat jaar geen omzet had gemaakt mocht niettegenstaande de tekst van de verordening een ander boekjaar in aanmerking worden genomen, adus HvJ EG 7 juni 2007, C-76/06 P (Britannia Alloys).

230 HvJ EG 21 september 2006, C-167/04 P (JCB Service).

231 HvJ EG 17 juli 1997, C-219/95 P (Ferriere Nord) en 29 juni 2006, C-289/04 P (Showa Denko).

232 HvJ EG 16 november 2000, C-298/98 (Finnband), par. 41-43.

233 HvJ EG 29 juni 2006, C-289/04 P (Showa Denko), par. 16.

234 HvJ EG 8 februari 2007, C-3/06 P (Groupe Danone).

beginsel pas na een dergelijke beoordeling aan de orde komt.<sup>235</sup> Financiële draagkracht speelt – anders dan de omzet – geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete ‘aangezien de erkenning van een dergelijke verplichting zou neerkomen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan de ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt’.<sup>236</sup> Niettemin lijkt de Commissie thans bij de vaststelling van de boetehoogte wel rekening te houden met onvermogen tot betalen.<sup>237</sup>

In een door Schoep en Schuyt verricht onderzoek naar de mogelijke effectiviteit van de Databank Consistente Straftoemeting en de oriëntatiepunten voor straftoemeting wordt door één van de ondervraagden ‘een verzameling rechters’ getypeerd als ‘een kruiwagen met kikkers’.<sup>238</sup> Rechterlijke onafhankelijkheid is een groot goed, evenals de bevoegdheid van de strafrechter om in elk individueel geval tot een passende straftoemeting te komen. De rechterlijke vrijheid om binnen het strafmaximum tot een passende straf te komen kan uit een oogpunt van voorspelbaarheid en rechtsgelijkheid echter niet onbegrensd zijn. Er zijn dan ook pogingen gedaan door de rechtelijke macht zelf om tot een consistente straftoemeting te komen. Voorts mag worden verwacht dat er een uniformerende werking op de straftoemeting uit zal kunnen gaan van het rekwireerbeleid van het openbaar ministerie. Ook van de motiveringseis kan een beperkte uniformerende werking uitgaan (art. 359 leden 4-8 Sv). De ‘kale’ strafeis vormt weliswaar geen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt als bedoeld in art. 359 lid 2 Sv dat slechts gemotiveerd kan worden verworpen, maar dit neemt niet weg dat zich het geval kan voordoen dat de door de rechter opgelegde straf in die mate afwijkt van de vordering dat de strafoplegging zonder opgave van de redenen die tot die afwijking hebben geleid, onbegrijpelijk zou zijn.<sup>239</sup>

De hoogte van de door de rechter te bepalen straf wordt naast het strafmaximum door een aantal factoren bepaald. Te denken valt aan de soort en ernst van het delict en de wijze waarop het delict is gepleegd, de teweeggebrachte schade aan het slachtoffer en de schade van de nabestaanden van het slachtoffer bij een levensdelict, de motieven van de dader, de mate waarin de verdachte verantwoordelijk kan worden gehouden voor de door hem teweeggebrachte en eventueel gewilde gevolgen, de proceshouding van de dader, zijn persoonlijke omstandigheden, de gevolgen voor de dader en de maatschappelijke gevoelens van verontwaardiging of angst.<sup>240</sup> Daarnaast zijn er nog een aantal – deels in de wet neergelegde – algemene factoren die relevant zijn voor de strafmaat. Zo geeft art. 43a Sr een maatstaf voor recidive: een verhoging van de vrijheidsstraf met maximaal een derde. Ook bij schending van een bijzondere ambtsplicht of bij het gebruik maken van het ambt bij het plegen van een strafbaar feit kan

---

235 HvJ EG 18 mei 2006, C-397/03 P (Archer Daniels Midland), par. 93.

236 Onder meer HvJ EG 10 mei 2007, C-328/05 P (SGL Carbon AG), par. 100.

237 Zie Ottow, ‘Boeteberichten’, *M&M* 2010/4, p. 125 en Hobbelen en Mussche, ‘Kartelhandhaving door de Europese Commissie in crisistijd: business as usual?’, *M&M* 2009/6, p. 185-191.

238 Schoep en Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij de straftoemeting*. (2005), p. 57.

239 HR 3 oktober 2006, *NJ* 2006/549.

240 Al deze elementen komen voor in Hof Arnhem 3 december 2004, *LJN* AR6850 (Goran M).



de straf met een derde worden verhoogd (art. 44 Sr). Bij eendaadse samenloop en een voortgezette handeling is alleen de hoogste straf van toepassing (art. 55 en 56 Sr), terwijl bij meerdaadse samenloop de strafmaxima worden opgeteld tot maximaal een derde boven het hoogste maximum (art. 57 en 58 Sr). Deze begrenzing speelt in de praktijk alleen een rol bij de cumulatie van zeer ernstige delicten omdat de rechter in de meest gevallen niet in de buurt komt van het strafmaximum.<sup>241</sup> Verder kan de rechter rekening houden met *ad informandum* gevoegde feiten. Deze feiten moeten dan ter zitting worden bekend door de verdachte of – bij verstek – eerder zijn erkend. Een grond voor strafvermindering kunnen vormverzuimen in het vooronderzoek zijn (art. 359a Sv).

Het openbaar ministerie probeert tot een voorspelbare strafeis te komen door middel van de zogenoemde BOS-Polarisrichtlijnen. Bij de vaststelling van de BOS-Polarisrichtlijnen houdt het OM interne en externe consultaties. Niet alleen het OM tracht tot uniformering te komen. Met het oog op de ontwikkeling van en het onderhoud van oriëntatiepunten voor straftoemeting heeft het LOVS een Commissie Rechtseenheid in het leven geroepen. Bij het opstellen van de oriëntatiepunten is – anders dan bij de vaststelling van de BOS-Polarisrichtlijnen – geen plaats voor consultatie onder burgerpanels.<sup>242</sup> Dat zou de rechterlijke onafhankelijkheid te veel aantasten. De democratische legitimatie zal moeten binnenkomen door bij de straftoemeting te kijken naar de strafmaxima en de strafeis van het OM. Deze oriëntatiepunten voor veel voorkomende criminaliteit stonden vanouds in schril contrast met de strafmaxima voor deze feiten, maar zijn per 13 mei 2011 aanzienlijk opgewaardeerd (voor een aantal delicten gaat het om een verdubbeling van de duur van de gevangenisstraf). Ten aanzien van levensdelicten zijn geen oriëntatiepunten opgenomen. Wel is hiervoor een Databank Consistente Straftoemeting opgericht. Uit onderzoek komt naar voren dat bij levensdelicten de lengte van de gevangenisstraffen onmiskenbaar zijn gestegen tussen 1993 en 2004. Bij levensdelicten tendert de tijdelijke gevangenisstraf die gemiddeld wordt opgelegd naar de helft van het maximum en lijkt de strafrechter in belangrijke mate te hechten aan vergelding, generale preventie en beveiliging van de samenleving.<sup>243</sup> Ook in grote fraudezaken is een stijging in de strafmaat te zien.<sup>244</sup>

In artikel 24 Sr is bepaald dat de rechter bij de vaststelling van de geldboete rekening houdt met de draagkracht van de verdachte in de mate waarin hij dat nodig acht met het oog op een passende bestraffing van de verdachte zonder dat deze in zijn inkomen en vermogen onevenredig wordt getroffen. Schuyt merkt op dat de invloed van het

---

241 Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting* (2009), p. 132.

242 Lensing, 'Enkele recente ontwikkelingen rond het straftoemetingsinstrumentarium in Nederland', *Trema Straftoemetingsbulletin* 2010/2, p. 47.

243 Van Wingerden en Nieuwbeerta, 'Ontwikkelingen in de lengte van gevangenisstraffen voor moord en doodslag: een trend naar langere straffen', *Trema* 2006/8, p. 329-337. Zie de strafmotivering in bijvoorbeeld HR 4 december 2007, *LJN* BB6351; Hof Den Haag 13 april 2007, *LJN* BA2902 en Hof Amsterdam 12 mei 2010, *LJN* BM5106.

244 Roest met medewerking van Stijnen, *Beleggen in gebakken lucht. Herkennen, bestrijden en voorkomen van fraude met beleggingsproducten* (2009), p. 349.

draagkrachtbeginsel op de daadwerkelijke strafvorming in de meeste gevallen minimaal is. Zij geeft hiervoor de volgende redenen: de aanwijzing aan de rechter geldt alleen voor het opleggen van een geldboete en niet voor andere straffen; van de rechter wordt niet verlangd dat hij onderzoek doet naar de werkelijke draagkracht,<sup>245</sup> zodat de draagkracht alleen in gevallen van uitzonderlijke hoge of geringe draagkracht een rol zal spelen; en ten slotte worden geldboetes meestal tariefmatig opgelegd aan de hand van oriëntatiepunten.<sup>246</sup> De bestuurlijke boetes kunnen in een aantal gevallen een veelvoud bedragen van de strafrechtelijke boetes.<sup>247</sup> Recent zijn echter in de Binnenvaartwet en de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren bestuurlijke boetes geïntroduceerd waarbij juist aansluiting is gezocht bij de strafrechtelijke boetetarieven.

Met betrekking tot de hoogte van de bestuurlijke boete wordt een onderscheid gemaakt tussen de afstemming binnen een wettelijk maximum en vaste boetetarieven met een anti-hardheidsclausule (art. 5:46 lid 2 en lid 3 Awb). In de praktijk zijn de verschillen tussen beide systemen soms miniem. In de sociale zekerheid wordt gewerkt met afstemming binnen een maximum. Dat geldt ook voor bijvoorbeeld de Wav en het belastingrecht. De jurisprudentie van de appelrechters en de cassatierechter komt er op neer dat het bestuursorgaan weliswaar omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid beleid kan vaststellen en toepassen inzake het al dan niet opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte daarvan, maar dat ook indien het beleid als zodanig door de rechter niet onredelijk is bevonden, in elk voorkomend geval moet worden beoordeeld of die toepassing strookt met de afstemmingseisen die volgen uit art. 5:46 lid 2 Awb. De Centrale Raad van Beroep is echter veel meer dan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geneigd om in het concrete geval daadwerkelijk tot een volle beoordeling van de evenredigheid van de boete te komen, terwijl ook de Hoge Raad de fiscale feitenrechter die mogelijkheid biedt.<sup>248</sup> Het College van Beroep voor het bedrijfsleven laat twee gezichten zien. Juist waar het gaat om vaste boetetarieven heeft het College richting gegeven aan een ruimhartige afstemming van de bestuurlijke boete in neerwaartse richting via de anti-hardheidsclausule.<sup>249</sup> In het mededingingsrecht wordt de NMa echter binnen het maximum (een percentage van de omzet) een zeer grote beleidsvrijheid gegund.<sup>250</sup> In deze op het Europese Unierecht gestoelde jurisprudentie spelen dan ook overwegingen van voordeelontneming een grote rol.

In de jurisprudentie kunnen de volgende situaties worden onderscheiden waarin de bestuursrechter heeft ingegrepen in de inzet of hoogte van bestraffende sancties vanwege onevenredigheid van een bestuurlijke boete:

---

245 *Kamerstukken II 1977/78*, 15 012, nr. 3, p. 43.

246 Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting* (2009), p. 113.

247 In hoofdstuk 10 is het verschil tussen de strafrechtelijke geldboete en de bestuurlijke boete in Wav-zaken en Wft zaken aan de orde geweest.

248 Vergelijk HR 22 januari 2010, *LJN* BL0087; ABRvS 17 februari 2010, *LJN* BL4163 en CRvB 27 mei 2010, *AB* 2010/229.

249 CBb 7 juni 2007, *JOR* 2007/185 (Les Amis de France).

250 CBb 7 juli 2010, *AB* 2010/235.

- er is geen sprake van enige discretionaire bevoegdheid inzake inzet en hoogte van de sanctie: indien inzet of hoogte van de sanctie onevenredig wordt geacht dan kan geen sanctie worden opgelegd, want dat zou in strijd zijn met art. 6 EVRM;<sup>251</sup>
- er is geen sprake van een discretionaire bevoegdheid, maar wel voorziet de wet in een maximumboete en afstemmingsmogelijkheid, maar in de AMvB is in strijd met de wet in formele zin verzuimd dit uit te werken: de AMvB is onverbindend zodat een wettelijke grondslag voor de vaststelling van de hoogte van de boete ontbreekt, dus geen boete;<sup>252</sup>
- er is wel sprake van een discretionaire bevoegdheid, maximumboete en beperkte afstemmingsmogelijkheid zijn neergelegd in wetgeving: indien de boete in concreto te hoog wordt bevonden kan in redelijkheid geen gebruik worden gemaakt van het boete-instrument, want de volle evenredigheidstoetsing die volgt uit art. 6 EVRM wordt dan toegepast op de gebruikmaking van de discretionaire bevoegdheid;<sup>253</sup>
- er is wel sprake van een discretionaire bevoegdheid, de wet voorziet in vaste wettelijke boetebedragen en een individuele matigingsbevoegdheid: indien de boete in concreto te hoog wordt bevonden stelt de bestuursrechter zelf een lagere boete vast op grond van de wettelijke matigingsbevoegdheid (thans art. 5:46 lid 3 Awb) die in het licht van art. 6 EVRM niet te beperkt wordt opgevat;<sup>254</sup>
- er is geen sprake van een discretionaire bevoegdheid, wel is een maximumboete en afstemmingsmogelijkheid in een wet in formele zin neergelegd, in een AMvB is dit uitgewerkt, maar in concreto wordt de boete toch te hoog bevonden: de bestuursrechter stelt zelf een lagere boete vast op grond van art. 6 EVRM;<sup>255</sup>
- er is geen sprake van een discretionaire bevoegdheid, wel zijn de maximumboete en afstemmingsmogelijkheid in een wet in formele zin en een AMvB neergelegd, in een beleidsregel is de hoogte nader uitgewerkt, maar in concreto wordt de boete toch te hoog bevonden: de bestuursrechter stelt op grond van het wettelijke afstemmingsgebod zelf een lagere boete vast (thans op grond van art. 5:46 lid 2 Awb). Er wordt dan voorts toepassing gegeven aan art. 4:84 (slot) Awb;<sup>256</sup>
- er is wel sprake van een discretionaire bevoegdheid, voorts zijn maximumboetes en afstemmingsmogelijkheden in de wet in formele zin neergelegd, in een beleidsregel is de hoogte uitgewerkt, maar in concreto wordt de boete toch te hoog bevonden: de bestuursrechter stelt zelf een lagere boete vast op grond van art. 3:4 Awb en art. 6 EVRM. Er wordt dan voorts toepassing gegeven aan art. 4:84 (slot) Awb;<sup>257</sup>
- indien in de wetgeving een koppeling wordt gemaakt tussen boetheogte en de naheffing kan niet zonder meer van de hoogte van het naheffingsbedrag worden

---

251 ABRvS 15 april 1999, *JB* 1999/151.

252 CRvB 5 juni 2002, *RSV* 2002/203.

253 ABRvS 8 maart 1999, *JSV* 2000/185.

254 CBB 15 december 2006, *AB* 2007/280 (Hajenius en Ritmeester).

255 CRvB 11 maart 1992, *RSV* 1992/258.

256 CRvB 27 mei 2010, *AB* 2010/229.

257 ABRvS 17 juni 2009, *AB* 2009/350.

uitgegaan, maar zal in een voorkomend geval bij de vaststelling van het boetebedrag moeten worden uitgegaan van de materiële belastingschuld.<sup>258</sup>

### *Derde deelconclusie*

In het bestuursrecht wordt veelal met kleurloze delicten gewerkt. Voorts wordt in het strafrecht met een vrij kaal opzetbegrip gewerkt. Dat is niet in strijd met art. 6 lid 2 EVRM, mits er voldoende rekening wordt gehouden met het verdedigingsbelang. In dit verband zijn leerstukken als AVAS en pleitbaar standpunt en de in het Wetboek van Strafrecht gecodificeerde excepties van belang. De Vierde tranchewetgever heeft aan willen sluiten bij deze leerstukken. De strafrechter is vrij in zijn straftoemeting binnen een maximum. Het rekwireerbeleid van het OM, de eigen richtsnoeren en de motiveringsplicht bieden aanknopingspunten om tot (enige)uniformering te komen. Dit komt de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid ten goede. Bij geldboetes houdt de strafrechter wel enigszins de draagkracht in het oog. Ook voor de bestuurlijke boete speelt de draagkracht een belangrijke rol, doch per appelcollege niet in gelijke mate. Bij de bestuurlijke boete ligt het in elk geval – net als voor de strafrechtelijke geldboete – voor de hand dat de rechter in beginsel een volle evenredigheidsbeoordeling toekomt. De rechter zal zich echter conformeren aan de keuze van de wetgever om de hoogte van de boete te fixeren, mits de hoogte ervan naar het oordeel van de nationale rechter niet onevenredig is. De wettelijke anti-hardheidsclausule wordt in dit verband ruim gelezen door de bestuursrechter. Indien het bestuursorgaan beleidsvrijheid heeft bij het vaststellen van de bestuurlijke boete binnen het maximum wordt door de rechter weliswaar aangeknoopt bij de richtsnoeren die het bestuur hanteert, maar wordt wel tevens beoordeeld of de boete in het concrete geval evenredig is. Bij de boeterichtsnoeren die de NMa hanteert stelt het College van Beroep voor het bedrijfsleven zich onder invloed van het Europese mededingingsrecht terughoudender op. Dit laatste hoeft (net als de toepassing van vaste tarieven) niet in strijd te komen met art. 6 lid 1 EVRM.

## **11.5 Handhaving en handhavingsbeleid**

Handhaving is onlosmakelijk verbonden met rechtsbescherming. Vanuit de rechtsstaat-idee kan de één niet los van de ander bestaan. Mensenrechten moeten immers zowel worden gehandhaafd door de verdachte bescherming te bieden tegen een almachtige vervolgende overheid en anderzijds moet die overheid juist ook waar nodig tot vervolging overgaan om gemaakte inbreuken op de materiële verdragsrechten van haar burgers te herstellen. Waar het EVRM na een vrij lange periode van betrekkelijke rust vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw eerst vooral werd ingeroepen om de burger bescherming te bieden tegen de overheid, is vanaf het einde van de twintigste eeuw ook steeds vaker een beroep op het EHRM gedaan om juist overheden te manen handhavend in te grijpen om mensenrechten te waarborgen. Waar het gaat

---

258 HR 25 april 2008, AB 2008/227.

om het verzuim om ernstige geweldsmisdrijven te onderzoeken en de daders te vervolgen en te bestraffen kan het zowel gaan om particuliere daders als om overheidsfunctionarissen en overheden. Het betreft hier dan gewoonlijk klachten inzake schending van de art. 2, 3 en/of 8 EVRM. Indien sprake is van etnisch geweld komt daar schending van art. 14 EVRM bij. Ik zal hier eerst de jurisprudentie van het EHRM inzake handhaving beschrijven en enkele opmerkingen wijden aan de handhaving van het Unierecht. Daarna zal ik de handhaving van het nationale strafrecht en bestuursrecht bespreken. Daarbij zal ik ook ingaan op de vervolging en bestraffing van overheden. Ten slotte enige concluderende opmerkingen omtrent handhaving.

#### *Normering door het EVRM en de EU*

Op de staat rust ten eerste de plicht om het nationale strafrecht zo in te richten dat het schenden van mensenrechten strafbaar is en dat de schender kan worden vervolgd.<sup>259</sup> In de tweede plaats dient de staat bij ernstige inbreuken ook daadwerkelijk over te gaan tot opsporing en vervolging en dient de dader zijn straf niet te ontlopen. Dit speelt te meer waar het gaat om voorzienbaar geweld tegen kwetsbare groepen of minderheden. Gewezen kan worden op een vrij principiële uitspraak van het Hof die ziet op een op Cyprus onder verdachte omstandigheden verongelukt Russisch animeermeisje dat mogelijk slachtoffer was van mensenhandel.<sup>260</sup> Niet alleen landen met een traditie van (politie)geweld (tegen minderheden) treft het verwijt dat zij daar niet actief tegen optreden, maar ook landen met een rechtsstaattraditie kunnen geconfronteerd worden met gegronde klachten over passiviteit van het opsporingsapparaat of juist politiegeweld. Waar uitoefening van het geweldsmonopolie door de overheid leidt tot de dood kan sprake zijn van schending van art. 2 EVRM door de staat als het geweld onnodig of buitensporig was (een materiële schending van art. 2 EVRM)<sup>261</sup> of als het onderzoek naar de toedracht onzorgvuldig is geweest, zodat niet kan worden vastgesteld of sprake is van een materiële schending van art. 2 EVRM (een procedurele schending van art. 2 EVRM).<sup>262</sup> In de derde plaats kan in het kader van het verdragsrechtelijke vereiste van bestraffing van de dader worden gewezen op (schijnbaar) conflicterende verdragsrechten die in de weg lijken te staan aan een succesvolle vervolging. In dit verband kan worden gewezen op de zaak Gäfgen. Waar enerzijds de dreiging van marteling waar klager aan was blootgesteld in strijd kwam met art. 3 EVRM, werd anderzijds door de Grote Kamer een veroordeling van klager voor ontvoering en moord mogelijk geacht doordat het Hof het causaal verband verbroken achtte tussen het onder dwang verkregen bewijs en de latere 'vrijwillige' verklaring van Gäfgen. Waar art. 3 EVRM als een absoluut recht werd beschouwd, gold dat niet voor art. 6 EVRM. Bij de toepassing van art. 6 EVRM woog mee dat de samenleving er groot belang bij heeft dat de ontvoerder en moordenaar van het minderjarige kind kon worden bestraft.<sup>263</sup> In de vierde plaats – en dit volgt al uit

---

259 Zie EHRM 26 maart 1985, no. 8978/80 (X and Y) en 4 december 2003, *EHRC* 2004/6 (M.C).

260 EHRM 7 januari 2010, *EHRC* 2010/29 (Rantsev).

261 EHRM 9 oktober 2007, *EHRC* 2007/135 (Saoud).

262 EHRM 15 mei 2007, *NJ* 2007/618 (Ramsahai).

263 EHRM 1 juni 2010, no. 22978/05 (Gäfgen).

de eerste twee punten – kunnen overheidsorganen mogelijk zelf onderwerp worden van strafrechtelijk onderzoek indien zij mensenrechten schenden. Een voorbeeld vormt een Russische modderstroom met dodelijke gevolgen, welke de autoriteiten hadden kunnen voorkomen. Omdat de autoriteiten tegen beter weten in geen maatregelen hadden getroffen en de bevolking ook onvoldoende hadden gewaarschuwd was art. 2 EVRM in materiële zin geschonden. Nu voorts ieder serieus (strafrechtelijk) onderzoek achterwege was gebleven was voorts art. 2 EVRM in procedurele zin geschonden.<sup>264</sup> Uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid dat het niet vervolgen van overheden onder omstandigheden zelf strijd met art. 2 (of art. 3) EVRM kan opleveren. Dit laat onverlet dat deze jurisprudentie niet met zich brengt dat overheden (als rechtspersoon) per definitie strafrechtelijk aansprakelijk gesteld moeten kunnen worden. Er kan immers ook aan de hier genoemde eisen worden voldaan door de verantwoordelijke bestuurders, dus natuurlijke personen, te bestraffen. Tevens kan worden gedacht aan het nemen van politieke verantwoordelijkheid.<sup>265</sup> Maar wel gaat het in zaken als deze – waar slachtoffers zijn te wijten aan stilzitten in plaats van aan handelen – om de eindverantwoordelijken en niet slechts om lagere ambtenaren.<sup>266</sup> Niet geheel duidelijk is of onder omstandigheden ook kan worden volstaan met een bestuurlijke boete of dat bij verwijtbare incidenten met fatale afloop altijd het strafrecht moet worden ingeroepen.<sup>267</sup> Duidelijk mag zijn dat de Staat aansprakelijk kan worden gesteld voor onrechtmatige rechtspraak.<sup>268</sup> De jurisprudentie rond art. 6 lid 1 EVRM gaat daar immers in veel gevallen over. Iets anders is of rechters ook persoonlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor hun beslissingen indien die in strijd komen met fundamentele verdragsrechten. Waar in de wetenschap en de politiek thans de nodige belangstelling bestaat voor (strafrechtelijke) aansprakelijkheid voor rechters vanwege onjuiste beslissingen – welke modegril ons wel op een erg hellend vlak brengt –, heeft het EHRM zich ook al eens gebogen over de beperkte mogelijkheid om rechters te vervolgen. Volgens het Hof was het toekennen van een zekere immuniteit aan rechterlijke ambtenaren een algemeen en gevestigd gebruik teneinde een goed functionerend gerechtelijk apparaat te verzekeren en werd daarmee derhalve een legitiem doel nagestreefd.<sup>269</sup>

Met betrekking tot het Unierecht is bovenal van belang dat op de lidstaten de verplichting rust om verordeningen toe te passen en richtlijnen om te zetten, hetgeen met zich kan brengen dat de overheid bestraffend dient op te treden. Sancties dienen in dit

264 EHRM 20 maart 2008, *AB* 2008/206 (Budayeva), par. 142. Zie ook eerder EHRM 30 november 2004, *AB* 2005/43 (Öneryildiz) in welke zaak de Turkse overheid aansprakelijk werd gehouden voor het ontploffen van een bewoonde vuilnisbelt.

265 Zie EHRM 29 september 2009, *EHRC* 2009/129 (Van Melle en anderen).

266 Zo lag in EHRM 30 november 2004, *AB* 2005/43 (Öneryildiz) de vraag voor of twee verantwoordelijke burgemeesters vervolgd had moeten worden.

267 Zo lag in ABRvS 22 november 2006, *AB* 2007/25 een arbeidsongeval voor waarbij drie brandweerlieden waren omgekomen omdat voorschriften bij en krachtens de Arbeidsomstandighedenwet 1998 niet waren nageleefd, hetgeen had geresulteerd in oplegging van een bestuurlijke boete aan de gemeente Haarlem nadat het OM had besloten geen strafrechtelijke vervolging in te stellen.

268 Vergelijk HvJ EG 30 september 2003, *JB* 2004/41 (Köbler).

269 EHRM 15 juli 2003, *EHRC* 2003/76 (Ernst).

verband (of die nu wel of niet strafrechtelijk van aard zijn) even zwaar te zijn als die welke gelden voor vergelijkbare, even ernstige overtredingen van het nationale recht, en in ieder geval doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend te zijn.<sup>270</sup> Deze laatste drie eisen volgen ook uit de richtlijnen zelf.<sup>271</sup> Het (omgezette) Unierecht moet ook daadwerkelijk effectief gehandhaafd kunnen worden. Om die reden kan ter zake van handel met voorwetenschap worden verondersteld dat de primair ingewijde intentioneel handelt. Het gaat hier om een weerlegbaar bewijsvermoeden.<sup>272</sup> Het Hof van Justitie tracht op die manier een evenwicht te vinden in effectieve handhaving en verdedigingsrechten. Een soortgelijke benadering zien we inzake de causaliteitsvraag in kartelzaken.<sup>273</sup> Indien een richtlijn niet tijdig of niet juist wordt omgezet of indien sprake is van een onjuiste uitvoeringspraktijk kan de Commissie een inbreukprocedure entameren bij het Hof van Justitie.<sup>274</sup> Ook kunnen particulieren zich beroepen op de rechtstreekse (verticale) werking. De toepassing van de richtlijnconforme interpretatie, de directe werking en de algemene rechtmatigheidstoetsing is echter niet onbegrensd. Een lidstaat kan geen verplichting uit een niet of niet correct geïmplementeerde richtlijn opleggen aan de justitiabele en aldus deze richtlijn tegen hem inroepen. Dit kwam ook bij de bespreking van het legaliteitsbeginsel naar voren. Afgewacht zal moeten worden of op de in art. 83 lid 1 VWEU genoemde strafrechtelijke deelterreinen een meer verregaande harmonisatie plaats zal hebben of dat gebruik wordt gemaakt van het derde lid. Vermeldenswaard is voorts de in art. 86 VWEU opgenomen mogelijkheid een Europees openbaar ministerie in te stellen ter bestrijding van strafbare feiten die de financiële belangen van de Unie schaden. Uit het Europese strafrecht volgt ten slotte dat het slachtoffer meer bij het strafproces kan worden betrokken. Zo mag het zelf bewijselementen aanleveren.<sup>275</sup>

#### *Handhavingsperikelen in het nationale straf- en bestuursrecht*

Er kan uiteraard geen sprake zijn van een waterdichte opsporing en vervolging van strafbare feiten. Het gaat hier om de inzet van schaarse middelen. Dit kwam ook in hoofdstuk 1 aan de orde. Enige vorm van willekeur zit ingebakken in de fase van de opsporing. Corstens spreekt in dit verband van een ‘stelselmatige onstelselmatigheid’ in het opsporingsbeleid. De beperkte opsporingscapaciteit noopt vaak tot het her en der uitdelen van speldenprikken, aldus Corstens.<sup>276</sup> De inzet van de in hoofdstuk 5 Awb neergelegde toezichtbevoegdheden is niet vrijblijvend. Zo wordt de inzet van toezichtsinstrumenten niet alleen begrensd door de in art. 5:13 Awb neergelegde evenredigheidsnorm, maar kan het bestuursorgaan zich er onder omstandigheden ook

---

270 Onder meer HvJ EG 21 september 1989, 68/88 (Griekse Maïs); 9 december 1997, C-265/95 (Spaanse Aardbeien) en 8 september 2005, C-40/04 (Yonemoto).

271 Zie bijvoorbeeld art. 39 lid 2 van de derde witwasrichtlijn 2005/60/EG.

272 HvJ EG 23 december 2009, AB 2010/83 (Spector Photo Group).

273 HvJ EG 4 juni 2009, AB 2009/273 (T-Mobile).

274 Bijvoorbeeld HvJ EG 14 juni 2007, AB 2007/318 (Finland).

275 Art. 3 Kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in het strafproces (Pb. L. 82, 22 maart 2001). Zie daarover verder Zwartjes, ‘Slachtoffer: van toeschouwer naar procespartij?’, *Strafblad* 2008, p. 488-496.

276 Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (2008), p. 63.

niet aan onttrekken om juist actief toezichthouders in te zetten om de naleving te controleren.<sup>277</sup> Er is op zich wel wat te zeggen voor een niet al te terughoudende toetsing aan het gelijkheidsbeginsel inzake de inzet van handhavingsinstrumenten waaronder de bestuurlijke boete. Juist van bestuursorganen die zijn belast met een bepaald deelaspect van het algemeen belang en waartoe zij zijn geëquipeerd met de nodige toezichtsbevoegdheden mag worden verlangd dat ze een zekere mate van stelselmatigheid betrachten bij toezicht en handhaving. In zoverre is er wel een verschil met het strafrecht dat zoals gezegd een ‘stelselmatige onstelselmatigheid’ in het opsporingsbeleid kent. Toch gaat het hier niet om erg grote verschillen. Het bestuursorgaan zal immers niet elke overtreding opmerken en ook bij constatering kan het wellicht bij gebrek aan capaciteit niet alles aanpakken. Het verschil met het strafrecht zal hem vooral zitten in de eis dat er beleid wordt gevoerd en wordt gemotiveerd waarom het ene geval wel en het andere ogenschijnlijk gelijke geval niet wordt gehandhaafd.<sup>278</sup>

In ons strafrecht is wel voorzien in een beperkte *counterbalance* tegen het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie. Het slachtoffer van een delict kan niet alleen aangifte doen of een klacht indienen, maar kan ook trachten daadwerkelijk vervolging af te dwingen via een klachtprocedure bij het gerechtshof. Dit klachtrecht strekt zich niet enkel uit tot het slachtoffer (art. 12 lid 2 Sv). Ook belangenorganisaties kunnen worden geacht rechtstreeks in de belangen die zij vertegenwoordigen te worden getroffen door de beslissing van het OM om niet te vervolgen. Volgens een al wat oudere beschikking van de Hoge Raad houdt het begrip belanghebbende in de zin van art. 12 Sv het midden tussen het te eng geoordeelde begrip benadeelde enerzijds en de als te ruim beschouwde begrippen belangstellende en een ieder anderzijds, zodat als belanghebbende slechts kan worden beschouwd iemand, die door het achterwege blijven van een strafvervolging getroffen is in een belang, dat hem bepaaldelijk aangaat.<sup>279</sup> Het EHRM kwam inzake een klacht over de beslotenheid van de klachtprocedure tot het oordeel dat de beklagprocedure diende worden beoordeeld in het licht van het verdragsrecht dat zou zijn geschonden door de niet vervolgte politieambtenaar – in casu art. 2 EVRM – en dat art. 6 EVRM niet van toepassing was op die procedure.<sup>280</sup> Degene die rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit kan zich ter zake van zijn vordering tot schadevergoeding in het strafproces voegen als benadeelde partij (art. 51f lid 1 Sv).<sup>281</sup> Gewoonlijk zal het gaan om het slachtoffer (art. 51a lid 1 Sv) of diens nabestaanden (art. 51f lid 2 Sv). Het voordeel is dat het slachtoffer dan niet zelf een civiele procedure hoeft te entameren om zijn schade op de dader te verhalen. Eis was destijds dat de vordering eenvoudig van aard is. Per 1 januari 2011 is het vereiste dat de vordering eenvoudig van aard is, gewijzigd. In art. 361 lid 3 Sv is thans bepaald dat indien behandeling van de vordering van de benadeelde partij naar het oordeel van de rechtbank een onevenredige belasting van

---

277 ABRvS 17 september 2008, AB 2008/320 en CbB 20 augustus 2010, L/JN BN4700.

278 ABRvS 15 september 2010, L/JN BN6987.

279 HR 7 maart 1972, NJ 1973/35. Zie voorts Hof Amsterdam 21 januari 2009, L/JN BH0496 (Wilders).

280 EHRM 15 mei 2007, NJ 2007/618 (Ramsahai).

281 Ik ga hier uit van de wettekst per 1 januari 2011 (Stb. 2010, 1 en 291).



het strafgeding oplevert, de rechtbank op verzoek van de verdachte of op vordering van de officier van justitie dan wel ambtshalve kan bepalen dat de vordering in het geheel of ten dele niet ontvankelijk is en dat de benadeelde partij haar vordering, of het deel van de vordering dat niet ontvankelijk is, slechts bij de burgerlijke rechter kan aanbrengen. Voorts zijn art. 36f lid 1 Sr en art. 361 lid 2 Sv aangepast, opdat ook ter zake van *ad informandum* gevoegde feiten schadevergoeding kan worden gevorderd. Voor zover de verdachte nog geen 14 jaren oud is wordt de vordering van de benadeelde geachte te zijn gericht tegen de ouders of voogd van de verdachte. Die zijn verplicht te verschijnen op de terechtzitting (art. 496 Sv). Het doel van deze wetwijzigingen is de positie van het slachtoffer in het strafproces te verstevigen. Opdat het slachtoffer daadwerkelijk de mogelijkheid krijgt zich te voegen rust op het OM een informatieplicht (art. 51a Sv) en kan de benadeelde partij het OM en ter zitting de strafrechter vragen om relevante processtukken en kan hij zelf ook stukken indienen (art. 51b Sv). Verder heeft het slachtoffer of diens nabestaande het recht op de strafzitting een verklaring af te leggen over de gevolgen die het strafbare feit voor hem heeft opgeleverd indien het gaat om een ernstig misdrijf (art. 51e en 302 Sv).

Een afwijzing van een aanvraag tot het nemen van een door het bestuur te nemen handhavingsbesluit is gelet op art. 1:3 lid 2, laatste zinsdeel, Awb een beschikking. Ingevolge het derde lid van dat artikel wordt onder aanvraag verstaan: een verzoek van een belanghebbende, een besluit te nemen. Indien een derde het bestuur verzoekt handhavend op te treden, terwijl die derde geen belanghebbende is als bedoeld in art. 1:2 Awb, zal de afwijzing dan ook niet als een besluit worden aangemerkt: er ligt immers geen aanvraag voor.<sup>282</sup> Voorts speelt hier de vraag hoe concreet een handhavingsverzoek moet zijn om voor aanvraag door te kunnen gaan. Het ligt in de rede hier een materiële benadering te volgen. Indien een belanghebbende concreet benoemt welke gedragingen worden verricht die volgens hem in strijd zijn met de wet- of regelgeving en hij verzoekt het bestuursorgaan daar tegen op te treden, dan mag worden aangenomen dat een handhavingsverzoek voorligt.<sup>283</sup> De kennisgeving van een bestuursorgaan dat zij geen boete oplegt (art. 5:50 Awb) levert een besluit op, zodat derden eventueel die beslissing kunnen aanvechten, zo heeft de Vierde tranche-wetgever voor ogen gestaan.<sup>284</sup> Albers en Schlössels<sup>285</sup> achten het vanuit rechtsstatelijk oogpunt geen aantrekkelijke gedachte dat rechtspersonen die zich mede tot doel stellen de (strafrechtelijke) handhaving van bepaalde delen van het bijzondere bestuursrecht te bevorderen, betrokken raken bij de boeteprocedures. Terecht stellen zij dat de invloed van die derde belanghebbende door het formuleren van bezwaren en beroepsgronden verder kan reiken dan hetgeen een klager in een strafvorderlijke klachtprocedure (art. 12 Sv) kan bereiken en dat belangenorganisaties een (te) vergaande invloed op het 'vervolgings'-beleid van het bestuur zouden kunnen krijgen. Bröring

---

282 Onder meer ABRvS 5 september 2001, *JB* 2001/271; 11 augustus 2005, *AB* 2006/19; CBb 12 maart 2004, *AB* 2004/160 en 2 juni 2005, *ABkort* 2005/473.

283 ABRvS 8 april 2009, *LJN* BI0410.

284 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 149-150.

285 Albers en Schlössels, 'De bestuurlijke boete: een koekoeksei in het bestuursprocesrecht?', *NTB* 2002/7.

en Jurgens<sup>286</sup> zien dit juist als een voordeel. Zij spreken in dit verband van controle door derden.<sup>287</sup> De wetgever heeft er overigens in voorzien dat consumentenorganisaties handhavingsbesluiten kunnen uitlokken waar het gaat om mededinging of oneerlijke handelspraktijken. Zo voorziet art. 93 lid 3 Mw er thans in dat consumentenorganisaties worden geacht belanghebbende te zijn bij besluiten genomen op grond van deze wet. Een soortgelijke voorziening is opgenomen in art. 7.2 Whc. In de praktijk ben ik overigens weinig voorbeelden tegengekomen van boetebesluiten die zijn afgedwongen door derdenbelanghebbenden. Met betrekking tot handhaving door middel van herstelsancties is dit anders. Die sancties zien op het beëindigen van een illegale situatie, zodat de koppeling met de belangen van derden die daar hinder van ondervinden sneller is gemaakt. Overigens ook dan geldt dat de Afdeling niet accepteert dat een stichting uitsluitend wordt opgericht om omgevingsprocedures te kunnen entameren.<sup>288</sup> Het komt er dus op neer dat collectieve belangenorganisaties eerder als belanghebbende worden aangemerkt dan organisaties die algemene belangen behartigen.<sup>289</sup> Dit laat onverlet dat algemene belangenorganisaties wel als belanghebbende in de zin van art. 1:2 lid 3 Awb kunnen worden aangemerkt indien er structurele nevenactiviteiten zijn die geen verband houden met het voeren van procedures.<sup>290</sup>

Dat art. 5:1 lid 3 Awb niet zonder meer verwijst naar art. 51 Sr, maar alleen naar art. 51 lid 2 en lid 3 Sr, terwijl het daarnaast bevat dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen, heeft als achtergrond dat de wetgever de bestuursrechter niet wilde vastleggen op de strafrechtelijke jurisprudentie inzake (beperkte) vervolgbaarheid van de overheid.<sup>291</sup> De strafrechtelijke jurisprudentie die met Pikmeer II is ingezet houdt in dat de strafrechtelijke immuniteit van openbare lichamen als bedoeld in hoofdstuk 7 Grondwet niet langer absoluut is en slechts individuele overheidsfunctionarissen die op eigen houtje hebben gehandeld vervolgd kunnen worden voor strafbare feiten. Lagere overheden kunnen zich voortaan alleen op strafrechtelijke immuniteit beroepen als de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijke systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. In andere gevallen is er wegens de hier te betrachten gelijkheid geen aanleiding immuniteit aan het openbaar lichaam te verlenen en geldt deze evenmin voor de in art. 51 lid 2 Sr bedoelde rechtspersonen. Wel dient daarbij aansluiting te worden gezocht bij het in het strafrecht ontwikkelde stelsel van rechtvaardigingsgronden.<sup>292</sup> Veel decentrale overheidstaken kunnen (feitelijk) ook door derden worden

---

286 Bröring en Jurgens, 'De bestuurlijke boete is zo gek nog niet!', *NTB* 2006/48.

287 Zij plaatsen dit in de sleutel van de rechtsbescherming, hetgeen begrijpelijk is vanuit een bestuursrechtelijke invalshoek. Vanuit het perspectief van de verdachte moet dit veeleer als instrumentaliteit worden gekarakteriseerd. Ik verwijs in dit verband naar het inleidende hoofdstuk.

288 ABRvS 1 oktober 2008, *AB* 2008/348. Zie voorts CBb 2 december 2008, *AB* 2009/12.

289 Zie de noot van Marseille bij ABRvS 24 juni 2009, *AB* 2009/336.

290 Zie ABRvS 28 oktober 2008, *JB* 2008/5 en CBb 21 januari 2009, *AB* 2009/58.

291 *Kamerstukken II* 2006/07, 29 702, nr. 11, 12 en 13.

292 HR 6 januari 1998, *NJ* 1998/367 (Pikmeer II).

uitgevoerd, zodat de immuniteit van overheden hierdoor danig is ingeperkt.<sup>293</sup> Niettemin blijft de centrale overheid buiten beeld<sup>294</sup> en zal soms ook de vervolging van een lokale overheid niet mogelijk zijn.<sup>295</sup> Inmiddels is een initiatiefwetsvoorstel ingediend tot opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van de Staat en van andere overheden, alsmede van hun leidinggevers.<sup>296</sup> Hoewel de Hoge Raad al vrij snel in het kader van de WAHV oordeelde dat de Pikmeer II-doctrine niet gold voor de bestuurlijke boete en ook de Staat zelf onder het bereik van de WAHV viel,<sup>297</sup> hield de Afdeling zich lange tijd op de vlakte voor wat betreft de eventuele grenzen aan beboetbaarheid van overheden. Die vraag meende zij namelijk steeds in het midden te kunnen laten omdat in de haar voortgelegde casus immuniteit reeds aan de hand van de Pikmeer II-doctrine kon worden uitgesloten. In een zaak waarin de Staat zelf de Wav had overtreden moest de Afdeling kleur bekennen en kwam zij onder verwijzing naar de WAHV-uitspraak tot het oordeel dat de Staat kon worden beboet.<sup>298</sup>

#### *Vierde deelconclusie*

Nederland wordt door het EHRM niet vaak op de vingers getikt ter zake van een gebrek aan handhaving.<sup>299</sup> Met de mogelijkheid tot het indienen van een klacht bij niet vervolgen en het kunnen uitlokken van handhavingsbesluiten door belanghebbenden lijkt er in voldoende mate te zijn voorzien in ‘rechtsbescherming’ voor slachtoffers. Verder meen ik dat Nederland voor wat betreft de bestraffing van overheden niet, althans niet structureel tekort schiet in het garanderen van de naleving van mensenrechten. De recente verbeteringen van de positie van het slachtoffer in het strafproces zijn voorts in lijn met het Europese strafrecht.

### **11.6 Toegang tot de straf- en de bestuursrechter**

De toegang tot een onpartijdige en onafhankelijke rechter als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM kent diverse facetten. Niet alleen gaat het er om dat sprake is van een rechter, dat wil zeggen een instantie die bindende einduitspraken kan doen, maar tevens dat die rechter onafhankelijk is van de wetgevende en uitvoerende macht,<sup>300</sup> en onpartijdig – dus niet vooringenomen – is. Daarnaast moet er ook werkelijk toegang zijn tot een rechter. Zo moet de rechtspraak niet verzanden in excessief formalisme,<sup>301</sup> dient

---

293 Zie HR 18 september 2007, *NJ* 2007/512 en HR 29 april 2008, *NJ* 2009/130 (*LJN* BB8977).

294 HR 25 januari 1994, *NJ* 1994, 598 (Volkel).

295 Rb Amsterdam 7 juli 2010, *LJN* BN2052.

296 Zie onder meer *Kamerstukken II* 2007/08, 30 538, nr. 7 (gewijzigde MvT inzake Voorstel van wet van de leden Wolfsen, Van de Camp en Anker tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers).

297 HR van 3 maart 1998, *VR* 1998/130.

298 ABRvS 12 mei 2010, *AB* 2010/185.

299 Sporadische voorbeelden zijn EHRM 26 maart 1985, no. 8978/80 (X and Y) en 15 mei 2007, *NJ* 2007/618 (Ramsahai).

300 EHRM 23 oktober 1985, *AB* 1986/1 (Bentham) en 19 april 1994, *JB* 1994/110 (Van de Hurk).

301 EHRM 25 mei 2004, *EHRC* 2004/65 (Kadlec).

er geen absurd hoog griffierecht te worden geheven<sup>302</sup> en dienen de termijnen voor het instellen van rechtsmiddelen redelijk te zijn.<sup>303</sup> Ook het Unierecht stelt eisen aan de nationale rechtspraak voor zover de onderliggende aanspraken of verplichtingen, al dan niet via in het nationale recht omgezette richtlijnen, voortvloeien uit het Unierecht. In dit verband hanteert het Hof van Justitie twee cumulatieve beginselen als toetsingsmaatstaf: het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel. Naar vaste rechtspraak van het Hof is het bij ontbreken van een desbetreffende Gemeenschapsregeling een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het Gemeenschapsrecht ontnemen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheids- of equivalentiebeginsel), en zij de uitoefening van de door het Gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel).<sup>304</sup> Hier kan nog een derde beginsel aan worden toegevoegd: het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat voor het eerst is geformuleerd in de zaak *Johnston*.<sup>305</sup> Verder voorziet het institutionele Unierecht ook in de toegang tot het Gerecht en het Hof van Justitie inzake prejudiciële vragen en procedures waarbij een voor beroep vatbaar besluit voorligt van een Unie-instelling, terwijl het EVRM voorziet in toegang tot het Europees Hof voor de Rechten van Mens ter zake van klachten over schending van het verdrag, mits de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.

Ook de mogelijkheden en beperkingen tot het instellen van hoger beroep komen hier aan de orde. De afstand van verdedigings- en beroepsrechten raakt zowel aan de inhoud als aan de toegang zelf. De afstand van rechten zal ik daarom wel in deze paragraaf meenemen. De vraag naar de afbakening van het geding, waar onder de zogenoemde *fuiken*, en de mate waarin de rechter actief of juist lijdelijk is en in welke mate hij beslist of toetst, komen aan bod in de volgende paragraaf die ziet op de taak van de straf- en de bestuursrechter. Voor het bestuursrecht geldt verder dat het belanghebbende- en besluitbegrip mede bepalend zijn voor de toegang tot de bestuursrechter. Deze leerstukken, die uitgebreid zijn behandeld in hoofdstuk 4, laat ik hier verder rusten. In deze paragraaf gaat het voor wat betreft de bestuursrechtelijke rechtsbescherming om een boetebesluit waartegen de geadresseerde wenst op te komen. Verder volgt uit art. 6 lid 1 EVRM dat de toegang tot de rechter binnen een redelijke termijn verzekerd dient te zijn. Bij overschrijding van de redelijke termijn volgt in strafzaken en bestuurlijke boetezaken in beginsel een korting op de strafmaat of bestuurlijke boete. Ik verwijs hiervoor naar de laatste paragraaf van hoofdstuk 10.

---

302 Vergelijk EHRM 19 juni 2001, *EHRC* 2001/54 (Kreuz) en 30 juni 2009, no. 49852/06 (Schneider).

303 Vergelijk met EHRM 17 januari 2006, *RvdW* 2006/262 (Barbier).

304 HvJ EG 16 december 1976, 33/76 (Rewe) en 7 juni 2007, *AB* 2007/228 (Van der Weerd).

305 HvJ EG 15 mei 1986, 222/84 (Johnston).

*Een onafhankelijke en onpartijdige rechter*

Ter zake van onze civiele en strafrechtspraak is steeds sprake van een onafhankelijk gerecht als bedoeld in de art. 112 en 113 Grondwet. Voor het bestuursrecht ligt het iets ingewikkelder. De rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad zijn dergelijke gerechten. De Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven vallen buiten het institutionele kader van de Wet op de rechterlijke organisatie, maar zijn wel met rechtspraak belaste colleges die bij wet zijn ingesteld (zie ook 112 lid 2 Grondwet). De Afdeling bestuursrechtspraak verkeert daarentegen in een spagaat, omdat zij onderdeel uitmaakt van de Raad van State die tevens een afdeling kent voor wetgevingsadvies. De gekozen personele scheiding kan de op dit punt overigens niet zeer strenge Straatsburgse toets doorstaan.<sup>306</sup> Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onderscheidt tussen objectieve en subjectieve onpartijdigheid. Van een subjectieve schijn van partijdigheid is sprake indien de rechter op grond van enige gedraging in de zaak de schijn wekt niet onpartijdig te zijn.<sup>307</sup> Daarbij geldt dat uitgangspunt is dat aangenomen wordt dat de rechter niet partijdig is, behoudens duidelijke aanwijzingen van het tegendeel. Van een objectieve schijn van partijdigheid is sprake indien aan de onpartijdigheid van de rechter kan worden getwijfeld niet op grond van enige gedraging in de zaak, maar op grond van een objectief bepaalbare relatie tussen de rechter en de zaak of één van de partijen. Zo zal gewaakt moeten worden dat de rechter uit hoofde van een eerdere functie reeds betrokken is geweest bij de zaak, hij kan dan niet als objectief onpartijdig worden beschouwd.<sup>308</sup> Verder moet ervoor worden gewaakt dat de rechter zaken behandelt waarin zijn familieleden of kennissen zijn betrokken.<sup>309</sup> Ten aanzien van de subjectieve test overwoog het EHRM dat ‘the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary’.<sup>310</sup> In het nationale straf- en het bestuursrecht zijn bepalingen opgenomen ter zake van wraking (art. 512-515 Sv en art. 8:15-8:18 Awb) en verschoning (art. 517 en 518 Sv en art. 8:19 en 8:20 Awb). De strafrechtelijke en de bestuursrechtelijke regelingen zijn gelijk.<sup>311</sup> Een meervoudige kamer van het desbetreffende gerecht, dat bestaat uit andere leden dan de rechter of de kamer die is gewraakt (of die om verschoning verzoekt) buigt zich over verzoeken tot wraking (of verschoning). Wraking van het gehele gerecht is niet mogelijk.<sup>312</sup> Bij misbruik kan worden bepaald dat herhaalde verzoeken tot wraking niet meer in behandeling zullen worden genomen.<sup>313</sup>

---

306 EHRM 6 mei 2003, *AB* 2003/211 (Kleyn).

307 Denk bijvoorbeeld aan uitlatingen door een rechter in de pers over een zaak waarover hij nog (maals) uitspraak moet doen. Zie EHRM 5 februari 2009, no. 22330/05 (Olujic).

308 EHRM 1 oktober 1982, Series A vol. 53.

309 Zie ook de Leidraad onpartijdigheid van de rechter, rechtspraak.nl.

310 EHRM 24 mei 1989, *NJ* 1990/627 (Hauschildt).

311 Dat geldt ook voor burgerlijke rechtsvordering (art. 36-41 Rv), maar dit valt buiten het bestek van dit boek.

312 De griffier kan evenmin worden gewraakt. Zie Rb Rotterdam 23 mei 2001, *JB* 2001/226.

313 Zie bijvoorbeeld HR 10 februari 2010, *LJN* BL3579 en CRvB 19 november 2010, *JB* 2011/35.

### *De termijn voor het instellen van een rechtsmiddel*

Kenmerkend in het bestuursrecht is dat besluiten na ommekomst van een bepaalde termijn onherroepelijk worden en dat partijen gebonden zijn aan een uitspraak die gezag van gewijsde heeft gekregen. In de zaken *Rewe* en *Comet* oordeelde het Hof van Justitie dat de vaststelling van redelijke beroepstermijnen op straffe van verval van rechten niet in strijd is met de in die uitspraken geformuleerde eisen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.<sup>314</sup> Indien zowel voor aanspraken ontleend aan het nationale recht als aan de Gemeenschap geldt dat die binnen een vaste termijn moeten worden ingeroepen is er geen sprake van discriminatie. Indien de beroepstermijn voorts redelijk is, kan niet worden gezegd dat het in praktijk onmogelijk is de aan het Gemeenschaps- of Unierecht ontleende rechten uit te oefenen.<sup>315</sup> De Europese Commissie kan boetes opleggen wegens overtreding van het Europese mededingingsrecht (art. 101 lid 1 en art. 102 VWEU). Deze boetes zijn beschikkingen waartegen binnen twee maanden na bekendmaking beroep kan worden ingesteld bij het Gerecht (art. 263 VWEU). Indien tegen een beschikking niet of niet tijdig beroep wordt ingesteld wordt die beschikking onaantastbaar.<sup>316</sup> Dit zou slechts anders zijn indien de beschikkingen zulke ernstige en kennelijke gebreken vertonen dat zij als non-existent zouden moeten worden beschouwd in welk geval geen beroepstermijn geldt. Van een volstrekte onmogelijkheid aan een beschikking te voldoen is echter niet snel sprake.<sup>317</sup> Ontvankelijkheidskwesties, die als van openbare orde worden beschouwd, worden ambtshalve beoordeeld. In dit verband kan worden gewezen op art. 92 Procesreglement van het Hof van Justitie en art. 113 Procesreglement van het Gerecht, waaruit volgt dat de Unierechter in iedere stand van het geding ambtshalve uitspraak kan doen over middelen van niet-ontvankelijkheid die van openbare orde zijn.<sup>318</sup>

Art. 35 EVRM stelt als ontvankelijkheidsvoorwaarde voor een beroep bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat de nationale rechtsmiddelen moeten zijn uitgeput, alsmede dat binnen zes maanden nadien een klacht wordt ingediend. Deze termijn wordt door het Hof ambtshalve bewaakt: ‘The purpose of the six-month rule is to promote security of the law, to ensure that cases raising Convention issues are dealt with within a reasonable time and to protect the authorities and other persons concerned from being under uncertainty for a prolonged period of time.’<sup>319</sup> Volgens vaste jurisprudentie staat art. 6 lid 1 EVRM er niet aan in de weg dat het bestuursorgaan een boete oplegt en de ‘overtreder’ vervolgens beroep moet instellen teneinde

314 HvJ EG 16 december 1976, 33/76 (*Rewe*) en 16 december 1976, 45/76 (*Comet*).

315 Uit HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08 volgt dat een vervaltermijn van twee weken voor het instellen van een vordering tot nietigverklaring van een ontslag in strijd komt met het beginsel van doeltreffendheid.

316 HvJ EG 20 september 2007, AB 2007/344 (*Commissie versus Spanje*).

317 HvJ EG 20 september 2007, AB 2007/344 (*Commissie versus Spanje*).

318 Zie daarover De Grave, ‘Ambtshalve toetsing door de Europese rechter: een ander perspectief’, *SEW* 2009/3, p. 12-20.

319 EHRM 1 juni 2010, AB 2010/318, par. 20. Een *pro forma*-beroep via een faxbericht kan de termijn stuiten, maar dan moet de klacht wel binnen acht weken worden geïntegreerd door de stukken per brief naar het Hof te zenden, anders volgt niet-ontvankelijkverklaring.

een beoordeling door een onafhankelijke rechter over de boeteoplegging te verkrijgen. Zo oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ter zake van een fiscale boete: ‘Such a system is not incompatible with Article 6 par. 1 so long as the taxpayer can bring any such decision affecting him before a judicial body that has full jurisdiction, including the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the challenged decision (...)’.<sup>320</sup>

Ingevolge art. 6:7 Awb bedraagt de termijn voor het maken van bezwaar of het instellen van beroep zes weken. Die termijn is eveneens van toepassing voor het instellen van hoger beroep, zo volgt uit art. 6:24 Awb. Die termijn vangt aan de dag na bekendmaking van het besluit, zo volgt uit art. 6:8 Awb. Die laatste bepaling wordt in hoger beroep analoog toegepast door die te verbinden met art. 8:79 lid 1 Awb. De appeltermijn vangt derhalve aan de dag na toezending van de uitspraak aan partijen.<sup>321</sup> Indien het rechtsmiddel niet binnen die termijn wordt ingesteld wordt het besluit of de uitspraak – behoudens verschoonbare termijnoverschrijding (art. 6:11 Awb) – onherroepelijk. Waar de rechtszekerheid vereist dat een vaste termijn geldt voor het maken van bezwaar en het instellen van (hoger) beroep (art. 6:7 Awb) en eenduidig wordt vastgesteld wanneer die termijn aanvangt (art. 6:8 Awb) en eindigt (art. 6:9 Awb), is daarmee niet bepaald met welke termijn die rechtszekerheid is gediend. Die keuze is een arbitraire. Door de nationale rechter is geoordeeld dat de door de wetgever gekozen termijn van zes weken voldoet aan de communautaire effectiviteits- en non-discriminatie-eis.<sup>322</sup> De nationale rechter toetst ambtshalve of tijdig bezwaar is gemaakt en of tijdig (hoger) beroep is ingesteld.<sup>323</sup> De art. 6:7 t/m 6:9 Awb zijn aldus van openbare orde. Deze ambtshalve toetsing, dus los van hetgeen partijen hebben aangevoerd, is uit een oogpunt van het verzekeren van gelijke toegang tot de rechter alsmede tot de daaraan voorafgaande bestuurlijke voorprocedure noodzakelijk.<sup>324</sup> Waar de rechtszekerheid een vaste beperkte termijn vergt voor het maken van bezwaar en beroep tegen een besluit, vereist de rechtsgelijkheid dat de rechter ambtshalve toetst of tijdig bezwaar is gemaakt en tijdig beroep is ingesteld. In wezen dient het bij de bewaking van gelijke toegang tot de bestuurlijke herbeoordeling en de rechter geen verschil uit te maken of sprake is van een tweepartijengeschil of een geschil waarbij zogeheten derdebelangen zijn betrokken.<sup>325</sup> Art. 6:11 Awb is aldus eveneens van openbare orde.<sup>326</sup> Waar de zes wekentermijn zelf duidelijk is, doen zich veelvuldig problemen voor met betrekking tot de vaststelling van de aanvang van die termijn, bij de vraag of het bezwaar- of beroepschrift tijdig ter post is bezorgd en de eventuele vervolgvraag of de termijnoverschrijding verschoonbaar is. Deels gaat het hier om bewijsvragen (de verzendtheorie). Maar ook gaat het om interpretatiekwes-

---

320 EHRM 23 juli 2002, *EHRC* 2002/88 (Janosevic), par. 81.

321 Zie ABRvS 11 september 2002, *AB* 2003/160.

322 HR 18 februari 2005, *AB* 2005/119; CRvB 23 december 2002, *AB* 2003/209 en CBb 19 juli 2000, *Rawb* 2000/158.

323 *PG Awb II*, p. 464; ABRvS 5 december 1995, *AB* 1996/298 en CRvB 27 maart 2002, *USZ* 2002/148.

324 Zie inmiddels ook HR 13 mei 2011, *LJN* BQ4291.

325 Anders Verheij, *Relatiefonaantastbaar? Over formele rechtskracht van besluiten* (2005) en Damen in zijn noot bij ABRvS 14 juli 2010, *AB* 2010/294.

326 CRvB 30 juli 1998, *JB* 1998/210 en 20 september 2006, *LJN* AY9119.

ties, zoals de vraag wanneer sprake is van bekendmaking. De bestuursrechters oordelen verschillend over de vraag of de (voltooide) verzending aannemelijk is, of de ontvangst geloofwaardig is ontkend en wat de gevolgen zijn van het niet verzenden van het besluit naar de gemachtigde.<sup>327</sup> De Hoge Raad hanteert daarnaast een omkeringsregel in boetezaken. Die houdt in dat wanneer de belastingplichtige stelt dat de termijnoverschrijding niet aan hem is te wijten, niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar of beroep achterwege moet blijven tenzij de onjuistheid van zijn stelling wordt bewezen. Deze omkeringsregel geldt niet alleen indien de betrokkene stelt dat hij het boetebesluit niet of niet tijdig heeft ontvangen,<sup>328</sup> maar zelfs indien hij een beroep doet op psychische overmacht.<sup>329</sup> Dit alles maakt dat in het bestuursrecht rechtseenheid ontbreekt ter zake van de toepassing van de art. 6:7-6:9 en 6:11 Awb.

Ook de in het strafrecht opgenomen termijnen voor het instellen van een rechtsmiddel zijn van openbare orde.<sup>330</sup> Hoewel de appeltermijn dus van openbare orde is, zal de Hoge Raad zich daar als cassatierechter slechts over buigen als een middel van de verdediging of van het OM daartoe strekt.<sup>331</sup> In zijn conclusie nam de A-G in aanmerking dat, anders dan in het civiele recht, één van de partijen is belast met de met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.<sup>332</sup> Voor zover het gaat om de beoordeling van de vraag of het cassatieberoep tijdig is ingesteld doet de Hoge Raad op dezelfde wijze daarnaar onderzoek als de feitenrechter naar de ontvankelijkheid van een hoger beroep.<sup>333</sup> De regeling in strafvordering is wat ingewikkelder dan die in de Awb. Van oudsher waren rechtsmiddelen, het maken van bezwaar en het klachtrecht daargelaten, pas aan de orde als er een vonnis voorlag van de eerstelijnsrechter. Verdachte en OM dienden zich dan te bezinnen op het eventueel instellen van hoger beroep. Met de Wet OM-afdoening is dit veranderd, althans voor wat betreft het verzet tegen de strafbeschikking. Gelet op art. 257e lid 1 Sv is de hoofdregel dat binnen 14 dagen verzet moet worden ingesteld tegen de uitgereikte strafbeschikking. Voor lage boetes wegens recent gepleegde gedragingen geldt een verzettermijn van zes weken na toezending van de strafbeschikking. Voor hoger beroep en cassatieberoep geldt – kort samengevat – dat het binnen 14 dagen na de einduitspraak moet worden ingesteld, indien zich enige omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat de dag van de terechtzitting of van de nadere terechtzitting de verdachte tevoren bekend was, terwijl in andere gevallen het rechtsmiddel moet worden ingesteld binnen 14 dagen nadat zich een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat de einduitspraak de verdachte bekend is (art. 408 en art. 432 Sv). Een overschrijding van de termijn waarbinnen een rechtsmiddel dient te worden ingesteld, kan volgens

---

327 Zie daarover paragraaf 4.10.

328 HR 22 juni 1988, *NJ* 1988/955, par. 4.

329 HR 10 april 2009, *BNB* 2009/148.

330 HR 11 december 2007, *LJN* BB3055.

331 HR 28 maart 2006, *LJN* AV1612.

332 Zie zijn conclusie bij HR 28 maart 2006, *LJN* AV1612. Zie ook Van Dorst, *Cassatie in strafzaken* (2009), p. 56. De achterliggende gedachte is hier volgens Van Dorst dat de verdachte wordt geacht alleen op te komen tegen voor hem nadelige beslissingen.

333 Aldus de conclusie van waarnemend A-G Bleichrodt in HR 9 januari 2007, *LJN* AZ2526, in welk arrest de Hoge Raad vervolgens als feitenrechter nagaat of het cassatieberoep tijdig is.



de Hoge Raad onder bijzondere, de verdachte niet toe te rekenen, omstandigheden verontschuldigbaar zijn. Dat kan het geval zijn indien de verdachte is afgegaan op hem binnen de wettelijke beroepstermijn op zijn verzoek verstrekte ambtelijke informatie waardoor bij hem de gerechtvaardigde verwachting was gewekt dat voor hem een beroepstermijn van 14 dagen gold welke eerst zou aanvangen nadat hij een schriftelijke mededeling met betrekking tot het gewezen vonnis had ontvangen.<sup>334</sup> Voorts kan de verontschuldigbaarheid liggen in de persoon van de verdachte (psychische gesteldheid).<sup>335</sup> Indien door de verdachte het verkeerde rechtsmiddel wordt aangewend heeft zoveel mogelijk conversie plaats. Er wordt dan vanuit gegaan dat de verdachte het juiste rechtsmiddel heeft willen instellen. Het gerecht waarbij het rechtsmiddel is ingediend zal de stukken dan naar de juiste instantie verzenden.<sup>336</sup> In het bestuursrecht komen we vorenstaande twee leerstukken tegen in de art. 6:11 en 6:15 Awb.

#### *Andere beperkingen ter zake van het instellen van rechtsmiddelen*

Beperkingen in de toegang tot de rechter mogen er niet toe strekken dat de toegang tot de rechter zodanig wordt afgesneden of gereduceerd dat de toegang zelf illusoir wordt en beperkingen zullen verder niet acceptabel zijn als zij niet een legitiem doel dienen of indien de verhouding tussen het middel en het doel disproportioneel is.<sup>337</sup> Zo kan het beroepsrecht van natuurlijke en rechtspersonen niet volledig afhankelijk worden gesteld van de medewerking van een bewindvoerder.<sup>338</sup> Waar in bepaalde zaken nog kan worden geargumenteed dat een handelingsonbekwame tegen zichzelf beschermd moet worden door een bewindvoerder, gaat dat niet op voor het opkomen tegen leedtoevoeging. Met betrekking tot bestraffende sancties vereist art. 6 lid 3, onderdeel c, EVRM immers dat de verdachte zichzelf moet kunnen verdedigen.<sup>339</sup>

In art. 21 Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en art. 43 en 44 Reglement voor de procesvoering van het Gerecht is aangegeven welke verzuimen kunnen worden hersteld buiten de beroepstermijn. Aan de overige ontvankelijkheidsvoorwaarden – waaronder het instellen van het beroep zelf en het indienen van gronden – moet binnen de beroepstermijn, die van openbare orde is,<sup>340</sup> zijn voldaan. Het Statuut voorziet er wel in dat ingeval van overmacht overschrijding van de

---

334 HR 20 december 1994, *NJ* 1995/253 en 1 februari 2005, *LJN* AR6621. Indien na afloop van de cassatietermijn onjuiste ambtelijke informatie wordt verstrekt over de onherroepelijkheid van de uitspraak levert dit uiteraard geen verontschuldigbare termijnoverschrijding op (HR 21 november 2006, *LJN* AY9635).

335 Vergelijk HR 7 april 1998, *NJ* 1998/577 en HR 12 juni 2001, *NJ* 2001/696.

336 Onder meer HR 30 oktober 2001, *LJN* AD4366 en 9 mei 2006, *LJN* AV6216.

337 EHRM 23 juli 2002, *EHRC* 2002/88 (Janosevic).

338 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006/64 (Capital Bank AD) en EHRM 16 juli 2009, no. 20082/02 (Zehentner).

339 Rb Rotterdam 21 november 2005, *JOR* 2006/15.

340 HvJ EG 13 december 2000, C-44/00 P (Sodima).

beroepstermijn niet wordt tegengeworpen.<sup>341</sup> Daarnaast wordt in de jurisprudentie verschoonbare dwaling gehanteerd als grond voor verschoonbare termijnoverschrijding (vergelijk met art. 6:11 Awb). Het gaat hier om een enge uitzondering. Indien de verzoeker door de betrokken instelling van de EU op de beroepsmogelijkheden is gewezen zal van dwaling geen sprake kunnen zijn.<sup>342</sup> Ook ten aanzien van de gronden geldt onverkort dat die in elk geval rudimentair moeten zijn opgenomen in het verzoekschrift. Het gaat hier niet slechts om een ontvankelijkheidseis, maar ook om de omvang van het beroep, dat wil zeggen dat nieuwe gronden niet nadien kunnen worden aangevoerd. De jurisprudentie is op dit punt streng.<sup>343</sup> Een andere ontvankelijkheidseis is dat de originele stukken binnen tien dagen na indiening per faxbericht ondertekend worden aangeleverd.<sup>344</sup> Het beroep moet verder worden ingesteld door een advocaat die bevoegd is als zodanig op te treden binnen de lidstaten.<sup>345</sup>

Waar voor de bezwaarprocedure in het kader van de Awb geldt dat voor de behandeling van het bezwaar geen recht is verschuldigd (art. 7:15 lid 1 Awb) geldt voor het instellen van beroep dat wel griffierecht verschuldigd is (art. 8:41 Awb). De hoogte van het griffierecht verschilt. Er geldt ingevolge art. 8:41 lid 3 Awb in eerste aanleg een tarief van € 41 indien door een natuurlijke persoon beroep is ingesteld tegen een besluit inzake kortweg een sociale zekerheidsuitkering, een tarief van € 150 indien door een natuurlijke persoon beroep is ingesteld tegen een beroep dat zich richt tegen een ander besluit, tenzij bij wet anders is bepaald, en een tarief van € 298 indien anders dan door een natuurlijke persoon beroep is ingesteld. In hoger beroep gelden enigszins hogere tarieven. Het tijdig voldoen van griffierecht is een noodzakelijke voorwaarde om toegang tot de rechter te krijgen. De nationale rechter acht het heffen van griffierecht en de hoogte ervan niet in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.<sup>346</sup> Ook het verbinden van een fatale termijn aan de betaling ervan wordt in overeenstemming met verdragsrecht geacht.<sup>347</sup> De regering is echter van plan om kostendekkende griffierechten in te voeren. Een conceptwetsvoorstel voorziet in de heffing van een griffierecht van € 500 in eerste aanleg bij zowel de indiener als bij het verwerend bestuursorgaan. Voor on- en minvermogenen gelden lagere tarieven (€ 125, € 250 danwel € 375, afhankelijk van de hoogte van het (gezins)inkomen). In hoger beroep geldt dan een tarief van tweeënhalf maal het in eerste aanleg verschuldigde griffierecht,

341 Die kan uit objectieve elementen (abnormale omstandigheden gelegen buiten verzoeker) of subjectieve elementen (het gedrag van verzoeker in die situatie) bestaan. Zie HvJ EG 12 juli 1984, 2009/83 (Ferreira Valsabbia). Maatstaf is die van een zorgvuldig handelende ondernemer, die er bijvoorbeeld rekening mee houdt dat de postbezorging wat kan zijn vertraagd. Zie HvJ EG 2 maart 1967, 26/65 (Simet) en 7 mei 1998, C-239/97. Indien zoals in de zojuist genoemde zaak Simet het Hof zelf te laat de stukken afhaalt wordt wel overmacht aangenomen. Zie verder Barents, *EU-procesrecht* (2010), p. 535-537.

342 GvEA 14 februari 2001, T-3/00. Zie verder Barents, *EU-procesrecht* (2010), p. 537-538.

343 GvEA 17 september 2007, T-201/04 (Microsoft), par. 94.

344 HvJ EG 8 november 2007, C-242/07 P.

345 HvJ EG 27 november 2007, C-163/07 P, par. 26.

346 HR 10 januari 2001, *NJB* 2001, p. 314, nr. 10; ABRvS 6 april 2000, *NA* 2000/189 en CRvB 9 oktober 2001, *RSV* 2001/286.

347 ABRvS 21 november 2001, *JB* 2002/7; CRvB 4 maart 2003, *JB* 2003/153 en CBb 15 mei 1997, *ABkort* 1997/409.

ook voor de verwerende partij. Rechtspraak wordt zo voor de burger een dure zaak. Bovendien heeft die burger niet altijd een keus. Wil hij zich bijvoorbeeld kunnen verweren in een door het bestuursorgaan ingesteld hoger beroep tegen een door de rechtbank vernietigde boete, dan zal hij het hoger griffierecht in hoger beroep moeten ophoesten. Het is de vraag of deze voorstellen rechtdoen aan het in art. 6 EVRM en art. 47 Handvest van de Grondrechten van de EU neergelegde vereiste van toegang tot een rechter.<sup>348</sup>

Het bezwaar- of beroepschrift dient te worden gemotiveerd (art. 6:5 Awb). Het aanvoeren van gronden betekent dat de aanlegger dient aan te geven waarom hij het niet eens is met het bestreden besluit. De gronden dienen een feitelijke grondslag te hebben.<sup>349</sup> Uiteraard mag die feitelijke grondslag wel een juridische vertaalslag krijgen, maar dat hoeft niet. Indien de indiener meent dat een rechtsregel is geschonden dient hij juist gemotiveerd aan te geven waarom dat het geval is. Het bestuur en de rechter zijn zelf gehouden om hetgeen in dat verband feitelijk is aangevoerd van een juridische kwalificatie te voorzien. Indien het bestreden besluit zelf niet is gemotiveerd kan uiteraard wel worden volstaan met een min of meer kaal bezwaar.<sup>350</sup> Indien in de bestuurlijke heroverweging nauwgezet alle bezwaargronden gemotiveerd zijn verworpen, ligt het in de rede dat de beroepsgronden inhouden waarom de indiener van het beroep het niet eens is met die heroverweging. Een enkele verwijzing naar het bezwaarschrift kan dan betekenen dat niet voldaan is aan de eis dat de gronden van het beroep zijn ingediend.<sup>351</sup> Net zomin kan in hoger beroep slechts worden verwezen naar het beroepschrift in eerste aanleg.<sup>352</sup> Indien niet of onvoldoende op de bezwaar- of beroepsgronden is ingegaan kan uiteraard wel worden volstaan met een herhaling van de eerdere bezwaar- of beroepsgronden.<sup>353</sup> Voor zover in appel de eis wordt gesteld dat moet worden aangegeven waarom de uitspraak in eerste aanleg niet in stand kan blijven wordt wel gesproken over een grievenstelsel. In art. 85 Vreemdelingenwet 2000 is het grievenstelsel in hoger beroep overigens ook daadwerkelijk gecodificeerd voor vreemdelingenzaken. De vraag is in hoeverre dit uitstraalt naar het overige bestuursprocesrecht.<sup>354</sup> Geldt deze motiveringseis ook onverkort bij straffende sancties? De Hoge Raad heeft als belastingrechter geoordeeld dat bij

---

348 Zie over het voorgaande het conceptwetsvoorstel Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en de Wet griffierechten burgerlijke zaken in verband met de invoering van kostendekkende griffierechten en de memorie van toelichting daarbij, te vinden op [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl). Vergelijk verder EHRM 30 juni 2009, no. 49852/06 (Schneider); HvJ EU 22 december 2010, C-279/09 en CRvB 13 mei 2011, *RSV* 2011/221.

349 Soms valt een feitelijke grond samen met een juridische kwalificatie. Zo kan de juridische term “verwijtbare werkloosheid” worden gelezen als een grond van feitelijke aard, aldus CRvB 14 februari 2007, *JB* 2007/92.

350 HR 8 maart 2002, *AB* 2002/352 en CRvB 3 juni 2005, *LJN* AT7788.

351 ABRvS 5 februari 2003.

352 CRvB 20 december 2001, *JB* 2002/74.

353 ABRvS 23 juni 2003, *JV* 2003/351 en CRvB 22 augustus 2001, *JB* 2001/279.

354 Zie in dit verband Schreuder-Vlasblom, ‘Naar een voltooid appel; de bijdrage van het vreemdelingenappel aan de verdere ontwikkeling van het algemene bestuursrechtelijke hoger beroep’, in: *Grievens in het bestuursprocesrecht. Het grievenstelsel in het licht van 5 jaar Vreemdelingenwet 2000 en het algemeen bestuursrecht* (2006).

belastingverhogingen onder omstandigheden kan worden volstaan met de stelling dat men het niet eens is met de beslissing en dat niet meer kan worden aangevoerd zonder zich te incrimineren.<sup>355</sup> In dit verband is gewezen op art. 6 EVRM en het Saunders-arrest.<sup>356</sup> De motivering van het bezwaar of beroep gaat dan niet verder dan de (onderbouwde) stelling dat de aanleger zich op zijn zwijgrecht meent te moeten beroepen. De rechter zal dan kunnen volstaan met een beperkte ambtshalve toetsing op grond van de stukken. De Centrale Raad van Beroep oordeelde echter met betrekking tot het beroep tegen boetenota's uit hoofde van de CSV dat niet in valt te zien waarom het aanvoeren van gronden tegen de uitspraak waarvan hoger beroep, in zou moeten houden dat de rechtspersoon aan haar eigen 'veroordeling' meewerkt.<sup>357</sup>

Art. 6:6 Awb voorziet er in dat indien niet is voldaan aan art. 6:5 Awb of sprake is van een ander verzuim, het bezwaar- of beroepschrift niet-ontvankelijk kan worden verklaard mits de indiener de gelegenheid heeft gehad het verzuim te herstellen.<sup>358</sup> Indien een hersteltermijn wordt geboden is het bestuur of de rechter bevoegd, maar niet verplicht om na ongebruikte ommekomst van die termijn over te gaan tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar of beroep. Indien bijvoorbeeld de gronden van het bezwaar niet tijdig zijn ingediend kan het bestuur besluiten het bezwaar niet-ontvankelijk te verklaren, maar het kan er ook voor kiezen toch tot een inhoudelijke beoordeling te komen.<sup>359</sup> Voor de rechter geldt hetzelfde in beroep.<sup>360</sup> Voor het tijdig voldoen van griffierecht geldt deze hersteltermijn gelet op art. 8:41 lid 2 Awb niet. De praktijk is echter weerbarstiger. Omdat het verzoek om voldoening van griffierecht uit kosten oogpunt per gewone post wordt verzonden is na ommekomst van de gestelde termijn niet zeker of er wel sprake is van een (verwijtbaar) verzuim. Er wordt dan een nieuwe brief aangetekend verzonden met een nieuwe – ditmaal wel fatale – vier weken termijn.<sup>361</sup>

Hoe verhoudt art. 6 lid 1 EVRM zich tot de zogenoemde fuiken of trechters? De onderdelenfuik die ons bestuursrecht kent en thans wordt gefundeerd in de ontstaansgeschiedenis van het huidige art. 6:13 Awb, brengt met zich dat, indien een besluit splitsbaar is in besluitonderdelen, die in de bestuurlijke voorprocedure niet aangevochten onderdelen niet meer in beroep ter discussie kunnen worden gesteld, omdat die onderdelen dan onherroepelijk zijn geworden. Widdershoven<sup>362</sup> merkt terecht op dat een dergelijke fuik vergelijkbaar is met het stellen van een beroepstermijn en als

---

355 HR 8 maart 2002, *AB* 2002/353.

356 EHRM 17 december 1996, *JB* 1997/80.

357 CRvB 20 januari 2005, *LJN* AS6249.

358 In bijzondere wetgeving wordt de herstelbaarheid van art. 6:6 Awb soms uitgesloten. Zie art. 85 lid 3 Vreemdelingenwet 2000 en de art. 1.6 lid 2 en 1.6a Crisis- en herstelwet. Zie over die laatstgenoemde bepalingen ABRvS 17 november 2010, *AB* 2011/42 en 23 februari 2011, *LJN* BP5483.

359 Zie voor beide mogelijkheden CRvB 10 juni 2003, *AB* 2003/330.

360 HR 27 maart 1996, *VN* 1996/1442 en Rb Rotterdam 18 november 2010, *LJN* BO4708.

361 Zie art. 12 Procesregeling bestuursrecht 2010 (*Stcrt.* 2010, 12031). Zie voorts ABRvS 16 juli 2010, *AB* 2010/209.

362 Widdershoven, 'De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse bestuursrechtspraak', *JBplus-Verklaard* 2006, p. 37.

zodanig niet in strijd hoeft te komen met de art. 6 en 13 EVRM, mits aan het begrip ‘onderdeel’ niet een te beperkte invulling wordt gegeven. De Afdeling overwoog ter zake van de onderdelenfuik in een milieuzak: ‘Het uit artikel 6:13 van de Awb voortvloeiende vereiste is er op gericht dat een duidelijk omlijnd geschil aan de rechter wordt voorgelegd en dat andere partijen niet worden geconfronteerd met gronden die betrekking hebben op andere besluitonderdelen dan in de zienswijzen aan de orde zijn gesteld.’<sup>363</sup> Een bestuurlijke boete bestaat niet uit onderdelen, althans niet uit afzonderlijke zelfstandige besluitonderdelen: er is één rechtsgevolg, namelijk dat een bepaalde boete moet worden betaald (wegens overtreding van een bepaald voorschrift). De Hoge Raad, het College en de Centrale Raad hanteren vanouds geen fuiken in boetezaken. Uit recente jurisprudentie van de Afdeling lijkt weliswaar te volgen dat in boetezaken in eerste aanleg geen bewijs- en grondenfuik meer wordt gehanteerd,<sup>364</sup> maar wel in hoger beroep.<sup>365</sup>

Bij het verzet tegen de strafbeschikking kunnen schriftelijk bezwaren tegen de strafbeschikking worden opgegeven (art. 257e lid 4 Sv). Het indienen van bezwaargronden is – anders dan in het bestuursrecht – facultatief. Dat laatste hangt samen met de omstandigheid dat een tijdig verzet met zich brengt dat de strafbeschikking wordt vernietigd en de rechter zich ten volle buigt over de zaak alsof die was ingeleid met een dagvaarding (zie art. 257f lid 3 en lid 4 Sv). In art. 349 lid 1 Sv is bepaald dat voor zover de wet niet anders bepaalt, hoger beroep of beroep in cassatie wordt ingesteld door een verklaring die wordt gedaan door degene die het rechtsmiddel aanwendt op de griffie van het gerecht dat de aangevochten beslissing heeft genomen. Indien de verdachte is aangehouden kan hij het rechtsmiddel ook instellen bij een aangetekende brief aan dezelfde griffie (lid 2). Voorts kan het rechtsmiddel worden ingesteld door tussenkomst van een advocaat of een vertegenwoordiger die bij bijzondere volmacht schriftelijk is gemachtigd (art. 450 lid 1 Sv). Een dergelijk volmacht kan zelfs worden verleend aan een griffiemedewerker indien de verdachte instemt met het aanstonds in ontvangst nemen van de uitreiking van de oproeping voor de zitting (lid 3). Een gedetineerde kan rechtsmiddelen instellen door een schriftelijke verklaring af te geven aan de directeur van het gesticht, welke verklaring de directeur inschrijft in een register en vervolgens toezendt aan de griffie, waarbij de dag van inschrijving in het register als de dag geldt waarop het rechtsmiddel is aangewend (art. 451a Sv). Voor hoger beroep geldt dat indien de verdachte geen schriftuur houdende grieven heeft ingediend noch mondeling bezwaren tegen het vonnis opgeeft, het door de verdachte ingestelde hoger beroep zonder onderzoek van de zaak zelf niet-ontvankelijk kan worden verklaard, zo volgt uit art. 414 lid 2 Sv. Art. 437 Sv voorziet in een ontvankelijkheidsvereiste met betrekking tot het indienen van cassatiemiddelen. Uit het eerste lid volgt dat het OM, indien het cassatie heeft ingesteld, binnen een maand nadat door de griffier van de Hoge Raad een aanzegging daartoe is verzonden schriftelijk cassatiemiddelen bij de Hoge Raad indient. Uit het tweede lid volgt dat de verdachte die cassatieberoep heeft ingesteld binnen twee maanden

---

363 ABRvS 18 april 2007, *AB* 2008/173.

364 ABRvS 1 december 2010, *AB* 2011/35.

365 ABRvS 16 maart 2011, *JB* 2011/105.

nadat hem de aanzegging is betekend ervoor zal moeten zorgen dat zijn raadsman schriftelijk cassatiemiddelen indient. Het gaat in het tweede lid dus om drie zaken: vertegenwoordiging door een advocaat, die cassatiemiddelen indient, en dat op tijd doet, te weten binnen twee maanden na betekening van de aanzegging.

*(Geen) schorsende werking van rechtsmiddelen*

Het nietigheidsberoep als bedoeld in art. 263 VWEU heeft geen schorsende werking. De particulier kan het Gerecht verzoeken de opschorting van de uitvoering van de beschikking te gelasten dan wel de noodzakelijke voorlopige maatregelen te gelasten (art. 278 en 279 VWEU). Hier geldt een connexiteitseis; er moet een verzoekschrift in de hoofdzaak voorliggen. Verzoeken van particulieren worden in eerste aanleg beoordeeld door de President van het Gerecht. Hoger beroep – alleen ten aanzien van rechtsvragen – staat open bij de President van het Hof van Justitie. De ontvankelijkheid in de hoofdzaak wordt in deze kort gedingprocedure marginaal onderzocht. Vervolgens wordt gekeken of de vordering op het eerste gezicht gerechtvaardigd voorkomt, wordt de spoedeisendheid en de voorlopigheid beoordeeld en volgt een belangenafweging.<sup>366</sup>

De *Rules of Court* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voorzien in de mogelijkheid dat het Hof voorlopige maatregelen kan aangeven. Dit aangeven van *provisional measures* heeft echter geen bindend karakter.<sup>367</sup> Niet naleving levert echter al gauw schending op van art. 34 EVRM.<sup>368</sup> In de zaak Janosevic oordeelde het Europees Hof dat de presumptie in het Zweedse recht dat er bij de oplegging van een fiscale verhoging geen reden is voor verlaging, niet in strijd is met art. 6 lid 2 EVRM nu de betrokkene wel de mogelijkheid wordt geboden aan te tonen dat er redenen zijn om de boete te matigen op grond van onder meer kennelijke onredelijkheid. In Janosevic lag voorts de vraag voor of het door de fiscale autoriteiten invorderen van de fiscale boete voorafgaande aan een beoordeling door de rechter zich verdraagt met de in art. 6 lid 2 EVRM neergelegde onschuldpresumptie. Dienaangaande werd aan de lidstaten een beoordelingsmarge gegund, maar het EHRM overwoog daarbij wel: ‘In assessing whether, in the present case, the immediate enforcement of the surcharges exceeded the limits mentioned above, the Court first notes that the financial interests of the State, which are such a prominent consideration in maintaining an efficient taxation system, do not carry the same weight in this sphere.’<sup>369</sup>

Hoofdregeel in het bestuursrecht is dat geen schorsende werking uitgaat van bezwaar en beroep (art. 6:16 Awb). Ingevolge art. 6:24 Awb geldt dit evenzeer voor het hoger beroep en eventueel cassatieberoep. In die gevallen kan een voorlopige voorziening worden gezocht bij de voorzieningenrechter van de rechtbank. Dit kan zowel in

---

366 Jans, De Lange, Prechal en Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht* (2002), p. 307-308.

367 EHRM 20 maart 1991, *NJCM-Bulletin* 1991, p. 335 (Cruz Varas).

368 EHRM 10 juli 2007, *EHRC* 2007/101 (Paladi).

369 EHRM 23 juli 2002, *EHRC* 2002/88 (Janosevic), par. 107.

bezwaar als hangende het beroep in de hoofdzaak (art. 8:81 lid 1 Awb). In appel geldt een gelijke mogelijkheid. In de literatuur is wel kritiek geuit op het onthouden van schorsende werking aan het bezwaar ingeval van bestraffende sancties.<sup>370</sup> In de Wet op het financieel toezicht, de Mededingingswet en enige andere wetten is overigens wel voorzien in schorsende werking van rechtsmiddelen; een boete wordt pas invorderbaar nadat die onherroepelijk is geworden. Ter voorkoming van enkel procederen om uitstel te bewerkstelligen is wel wettelijke rente verschuldigd.<sup>371</sup> Een alternatief vormt de in de WAHV opgenomen ontvankelijkheidseis zekerheidsstelling te bieden.<sup>372</sup> Het gaat hier wel om uitzonderingen. De Vierde tranche Awb voorziet namelijk niet in enige schorsende werking van het bezwaar en beroep tegen boetebesluiten. De verschuldigdheid van een bestuurlijke boete wordt beschouwd als een zuiver financieel belang. Er zal derhalve niet snel spoedeisendheid als bedoeld in art. 8:81 Awb worden aangenomen. Toch gaat de Vierde tranche-wetgever ervan uit dat onder omstandigheden een voorziening kan zijn geboden. Daarbij is gedacht aan de situatie dat er in primo geen hoorplicht geldt, maar pas in bezwaar, en aan zeer hoge boetes waarbij directe invordering voor de 'overtreder' tot onevenredige financiële lasten zou leiden.<sup>373</sup> Zo heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Bosch een Wav-boete van totaal € 136.000 geschorst omdat het invorderen van een dergelijk hoog bedrag zonder rechterlijke tussenkomst strijdig werd gevonden met art. 6 lid 2 EVRM.<sup>374</sup> De voorzieningenrechter liet daarbij uitdrukkelijk een voorlopig oordeel over de schuldvraag achterwege, omdat dit niet af zou kunnen doen aan de onschuldpresumptie. Met dit laatste wordt miskend dat een voorlopig rechtmatigheidsoordeel ook vol kan zijn, terwijl de meeste bodemzaken voorts enkelvoudig worden afgedaan. De Afdeling houdt dan ook vast aan het standpunt van de wetgever dat de invordering van de boete tijdens de procedure geen strijd oplevert met de in art. 6 lid 2 EVRM neergelegde onschuldpresumptie, aangezien op de voet van titel 8.3 Awb aan de voorzieningenrechter om een voorlopige voorziening kan worden verzocht.<sup>375</sup> Een alternatief kan zijn het verzoeken om uitstel van betaling van de boete hangende bezwaar. Met de Vierde tranche is voorzien in een concentratie van bezwaren en beroepen, in die zin dat een rechtsmiddel tegen de beschikking waarbij de verplichting tot betaling van een geldsom is vastgesteld tevens ziet op een bijkomende beschikking inzake wettelijke rente, verrekening, uitstel van betaling en kwijtschelding, voor zover de belanghebbende deze beschikking betwist (art. 4:125 Awb). Mocht de publicatie van een nog niet onherroepelijke boete als bedoeld in bijvoorbeeld art. 1:97 Wft een bestraffende sanctie opleveren, dan doet zich de vraag voor of de gang naar de voorzieningenrechter om

---

370 Ondermeer Albers en Schlössels, 'De bestuurlijke boete: een koekoeksei in het bestuursprocesrecht?', *NTB* 2002/7, p. 189-190.

371 HR 11 juli 2008, *JB* 2008/229.

372 Zie art. 11 WAHV. Ook hier geldt dat die zekerheidsstelling gelet op de draagkracht van de betrokkene niet de facto de weg naar de bestuursrechter mag afsnijden (HR 31 januari 1995, *NJ* 1995/598. Een verplichting tot zekerheidsstelling van totaal f 800 was in strijd met art. 6 lid 1 EVRM).

373 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 134-135.

374 *Vzr Rb Den Bosch* 17 oktober 2007, *JV* 2008/66.

375 *ABRvS* 11 maart 2009, *JB* 2009/111.

vroegtijdige publicatie te voorkomen een voldoende waarborg biedt om handen en voeten te geven aan de onschuldpresumptie. Ik meen van wel.<sup>376</sup>

Voor de strafbeschikking geldt dat verzet de werking schorst (art. 257g lid 2 Sv). Voor het hoger beroep en het cassatieberoep geldt evenzeer dat zij, behoudens enige uitzonderingen, de tenuitvoerlegging opschorten (art. 557 Sv). In het strafrecht is dus de hoofdregel precies omgekeerd aan die in het bestuursrecht. De schorsende werking van rechtsmiddelen kunnen wel van hun scherpste randen worden ontdaan. Ten eerste kan gelet op art. 257g lid 2 en 557 lid 3 Sv het OM overgaan tot strafexecutie indien het van oordeel is dat het rechtsmiddel te laat is ingesteld. De verdachte kan de rechter dan om opschorting vragen. Ten tweede kan een voorlopige hechtenis voortduren als een vrijheidsbenemende straf is opgelegd (art. 66 lid 2 en 75 Sv).<sup>377</sup>

### *Hoger beroep*

In art. 14 lid 5 IVBPR is bepaald dat een ieder die wegens een strafbaar feit is veroordeeld het recht heeft de schuldigverklaring en veroordeling opnieuw te doen beoordelen door een hoger rechtscollege overeenkomstig de wet. Gelet op de duidelijke tekst volstaat één feiteninstantie met daarna cassatie niet. Behoudens het Zevende Protocol, dat niet door Nederland is geratificeerd, bevat het EVRM geen recht van een (vol) hoger beroep na een veroordeling voor een strafbaar feit.<sup>378</sup> Het EVRM zelf kent dus niet een recht op rechtspraak in twee instanties, laat staan twee feiteninstanties. Evenmin leest het Europees Hof een dergelijk recht in het verdrag. Niettemin kan appelrechtspraak een rol vervullen ter waarborging van de in art. 6 lid 1 EVRM neergelegde rechten. Zo valt te denken aan de situatie dat de rechter in eerste instantie steken heeft laten vallen. Juist omdat het EHRM kijkt of de procedure als zodanig fair is geweest, zal er ruimte zijn om gebreken in een hoger beroep te herstellen.<sup>379</sup> Indien in eerste aanleg een volle beoordeling heeft plaatsgehad zal daarentegen bij het EHRM niet snel geklaagd kunnen worden dat bij de appelinstantie geen nieuwe feiten kunnen worden ingebracht. Widdershoven<sup>380</sup> wijst in dit verband terecht op de uitspraken Delcourt<sup>381</sup> en Monnell and Morris.<sup>382</sup> In die zaken werd respectievelijk overwogen dat wanneer een verdragsstaat hoger beroep openstelt dit weliswaar moet voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM, maar dat daarbij wel rekening moet worden gehouden met de rol die de appelprocedure heeft in de nationale rechtsorde

376 Zie ook Vrz Rb Rotterdam 3 september 2008, *RF* 2008/94 (Numico) en Rb Rotterdam 8 april 2010, *JOR* 2010/158.

377 Zie verder Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (2008), p. 416-419.

378 Art. 2 lid 2 van het Zevende protocol bij het EVRM bevat bovendien uitzonderingsmogelijkheden. Indien dit protocol wel van toepassing is, kan worden volstaan met twee feiteninstanties, dus zonder cassatie, aldus EHRM 11 december 2008, *EHRC* 2009/9 (Panovits), par. 55.

379 In EHRM 14 november 2000, *EHRC* 2000/94 (T.) werd benadrukt dat in het hoger beroep niet de mogelijkheid bestond de tekortkomingen in eerste aanleg te herstellen nu appelland niet werd gehoord en geen nieuwe informatie mocht inbrengen.

380 Widdershoven, 'De invloed van het EG-recht en het EVRM op de Nederlandse bestuursrechtspraak', *JBplus-Verklaard* 2006, p. 37.

381 EHRM 17 januari 1970, no. 2689/65 (Delcourt).

382 EHRM 2 maart 1987, nos. 9562/81 en 9818/82 (Monnell and Morris).



en dat een verlofstelsel voor hoger beroep in strafzaken niet strijdig is met art. 6 EVRM. Het hoger beroep in Europese mededingingszaken is niet vol ten aanzien van de feitenvaststelling. De controlebevoegdheid van het Hof van Justitie ten aanzien van de feitelijke vaststellingen van het Gerecht strekt zich namelijk uit tot de uit de processtukken voortvloeiende feitelijke onjuistheid van deze vaststellingen, de verdraaiing van de bewijzen en de juridische kwalificatie daarvan, en tot de vraag of de regels inzake de bewijslast en de bewijsvoering in acht zijn genomen. Het Hof oordeelde in het verlengde hiervan dat het in hoger beroep evenmin uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats mag stellen van dat van het Gerecht, dat zich in de uitoefening van zijn volle rechtsmacht heeft uitgesproken over het bedrag van de geldboeten die ondernemingen wegens schending van het Gemeenschapsrecht opgelegd hebben gekregen. Verder stelde het Hof dat voor zover de onderneming beoogt de evenredigheid van de haar opgelegde geldboete in twijfel te trekken, het middel niet-ontvankelijk dient te worden verklaard, aangezien het strekt tot een heronderzoek van feitelijke beoordelingen, waarvoor het Hof niet bevoegd is in het kader van een hogere voorziening.<sup>383</sup>

De in art. 14 lid 5 IVBPR neergelegde eis van een vol hoger beroep was één van de redenen om het belastingprocesrecht in 2005 op de schop te nemen door de rechtbanken als eerstelijnsrechter aan te wijzen. In dit licht is het opmerkelijk dat nadien op 1 juli 2007 nota bene voor het ‘echte’ strafrecht een verlofstelsel (Wet stroomlijnen hoger beroep) is ingevoerd. Is een verlofstelsel strijdig met het IVBPR? Het Comité voor de Rechten van de Mens heeft medio 2010 geoordeeld dat het onthouden van verlof een schending van art. 14 lid 5 IVBPR opleverde, terwijl het EHRM voorts begin 2011 oordeelde dat het niet verlenen van verlof een schending opleverde van art. 6 lid 1 en lid 3 EVRM.<sup>384</sup> In deze gevallen was de klager mede door het onthouden van verlof niet goed in staat geweest zijn verdedigingsrechten uit te oefenen. Me dunkt dat het verlofstelsel daarmee in feite van de baan is: verlof zal steeds moeten worden verleend. Als het niet verlenen van verlof naar huidige inzichten een schending van art. 14 lid 5 IVBPR oplevert, geldt dit mijns inziens temeer voor het categorisch uitsluiten van appel ingeval van een veroordeling wegens een overtreding waarbij de totale boete niet meer dan € 50 bedraagt (art. 404 Sv). In cassatie geldt ook een ondergrens voor overtredingen, namelijk dat de geldboete ten minste in totaal € 250 moet bedragen, maar weer niet als het gaat om een overtreding van een verordening van een lagere overheid (art. 427 Sv). Verder wordt in de jurisprudentie de eis gesteld dat de verdachte een belang heeft bij het instellen van rechtsmiddelen.<sup>385</sup> Deze eis lijkt me zeker niet strijdig met art. 14 lid 5 IVBPR. Ook in ons bestuursrecht staat zeker niet altijd hoger beroep open tegen een uitspraak in eerste aanleg betreffende een bestuurlijke boete. Ik doel hier op de vereenvoudigde afdoening als bedoeld in art. 8:54 Awb. Bij kennelijkheden wordt uitspraak gedaan zonder zitting en staat tegen

---

383 HvJ EG 10 mei 2007, C-328/05 P (SGL Carbon AG).

384 HRC 27 juli 2020, no. 1797/2008 (M. tegen Nederland) en EHRM 22 februari 2011, no. 26036/08 (Lalmahomed). Zie voorts De Roos, ‘Internationaalrechtelijke beslissingen over het Nederlandse verlofstelsel in strafzaken’, *Strafblad* 2011, p. 7-10.

385 HR 2 oktober 2007, NJ 2007/545.

die uitspraak enkel het rechtsmiddel van verzet open (art. 8:55 Awb). Deze vereenvoudigde afdoening hoeft niet in strijd te komen met art. 14 lid 5 IVBPR. Er staat immers telkens verzet open bij de rechtbank. Er zal dan worden nagegaan of wel sprake is van een kennelijkheid. Wel is voorzichtigheid hier geboden.<sup>386</sup>

#### *Afstand van rechten*

In art. 453 Sv is voorzien in de mogelijkheid een rechtsmiddel in te trekken. Uiterlijk tot de aanvang van de behandeling van het beroep of bezwaarschrift kan degene door wie het rechtsmiddel is aangewend, dat intrekken (lid 1).<sup>387</sup> In het geval de officier van justitie hoger beroep heeft ingesteld, is de advocaat-generaal tevens tot intrekking van het hoger beroep bevoegd (lid 2). Ook kan afstand worden gedaan van de bevoegdheid om een rechtsmiddel aan te wenden (lid 3). In art. 454 Sv is neergelegd dat intrekking en afstand plaatshebben door een verklaring af te leggen op de griffie van het gerecht dat een beslissing heeft genomen waartegen een rechtsmiddel kan worden aangewend. Voor de strafbeschikking geldt ingevolge art. 257e Sv evenzeer dat afstand kan plaatshebben en dat het verzet kan worden ingetrokken. Uit art. 257e lid 1 Sv volgt dat verzet niet kan worden gedaan indien de verdachte afstand heeft gedaan van de bevoegdheid daartoe door vrijwillig aan de strafbeschikking te voldoen of indien de verdachte, bijgestaan door een raadsman, schriftelijk afstand heeft gedaan van de bevoegdheid daartoe. Ingevolge het zevende lid kan degene die het verzet heeft gedaan dat uiterlijk intrekken tot de aanvang van de behandeling van het verzet ter terechtzitting. Deze intrekking brengt mede afstand van de bevoegdheid om het rechtsmiddel opnieuw aan te wenden.

In het bestuursrecht is het doen van afstand van verdedigingsrechten eenvoudig, de belanghebbende hoeft enkel te berusten in het besluit, want na zes weken wordt het – behoudens verschoonbare termijnoverschrijding bij het maken van bezwaar of het instellen van beroep – automatisch onherroepelijk. Art. 6:21 Awb voorziet in de mogelijkheid om het bezwaar of beroep in te trekken. Deze mogelijkheid geldt ook voor het hoger beroep of cassatie (art. 6:24 Awb). Intrekking kan gelet op de wettekst uitsluitend schriftelijk of mondeling op de (hoor)zitting plaats hebben. Bij enige twijfel omtrent de strekking van de verklaring van de belanghebbende kan niet aangenomen worden dat sprake is van intrekking.<sup>388</sup> Indien de belanghebbende betwist dat het beroep is ingetrokken zal de rechtbank toch een uitspraak moeten doen.<sup>389</sup> Die uitspraak kan dan inhouden een niet-ontvankelijkverklaring, indien de rechtbank van oordeel dat sprake is van een bevoegd gedane en onvoorwaardelijke en ongeclausuleerde intrekking van het beroep.<sup>390</sup> Slechts indien sprake is geweest van een wils-

386 HR 24 juni 2005, *BNB* 2005/307 en CRvB 27 mei 2004, *AB* 2004/297.

387 Uit HR 6 augustus 2002, *LJN* AE6175 volgt dat uit de in art. 453 lid 1 Sv voorkomende woorden ‘uiterlijk tot den aanvang der behandeling’ wat betreft de cassatieprocedure aldus moeten worden begrepen dat het cassatieberoep kan worden ingetrokken totdat zich een van de onder art. 438 lid 2 Sv aangeduide proceshandelingen heeft voorgedaan.

388 HR 6 oktober 2006, *BNB* 2007/7.

389 CBb 2 november 2006, *AB* 2007/15.

390 ABRvS 3 februari 1998, *Rawb* 1998/124 en 31 januari 2007, *JB* 2007/55.

gebrek (dwaling, dwang of bedrog) kan op de intrekking worden teruggekomen.<sup>391</sup> Ten aanzien van de transactie zal de verdachte zelf actie moeten ondernemen door het afdoeningsaanbod van politie of openbaar ministerie te aanvaarden. Indien de verdachte de transactie aangaat koopt hij een mogelijke vervolging af, indien hij de transactie weigert kan het OM tot vervolging overgaan, maar dan zal een strafrechter zich ten volle over de schuldvraag buigen. In de wetsgeschiedenis van de Vierde tranche heeft de regering zich gebogen over de vraag of naar analogie met de strafrechtelijke transactie een bestuursrechtelijke transactie gecodificeerd dient te worden. In plaats van een bestuurlijke boete te betalen, zou de overtreder kunnen volstaan met het betalen van een lager bedrag, mits hij in ruil daarvoor afziet van bezwaar en beroep. Daarvan is vooralsnog afgezien, omdat het volgens de regering enerzijds onzeker is of de bestuursrechtelijke transactie aantrekkelijk is voor de overtreder nu een bestuurlijke boete veelal minder stigmatiserend werkt dan een strafrechtelijke vervolging,<sup>392</sup> en er anderzijds vragen zijn omtrent rechtsbescherming.<sup>393</sup>

Naast bovengenoemde figuren van afstand van rechtsmiddelen zijn er ook andere vormen waarin afstand wordt gedaan van bepaalde procedurele waarborgen zonder dat het recht op het maken van bezwaar en het instellen van beroep zelf wordt prijsgegeven. In de zaak *Hermi* overwoog het EHRM dat art. 6 EVRM niet in de weg staat aan een vrijwillige *waiver of rights* door een persoon, mits die afstand van de garanties van een *fair trial* ondubbelzinnig plaats heeft en omgeven is met minimum waarborgen en dat deze *waiver* niet in tegenspraak mag komen met enig belangrijk publiek belang.<sup>394</sup> In het Europese mededingingsrecht wordt bij medewerking aan het kartelonderzoek en bij het erkennen van deelname aan de overtreding een korting toegepast op de boetebedragen die afhankelijk zijn van de omzet van de onderneming. Een en ander hangt samen met de bewijsproblemen van de Europese Commissie bij het aantonen dat sprake is van kartelvorming. De klacht van een onderneming dat deze handelwijze leidt tot de bestraffing van een onderneming die heeft besloten zich te verweren door het bestaan van een inbreuk te betwisten werd door het Hof van Justitie verworpen: bij betwisting volgt geen hogere boete (bij verregaande medewerking wordt immers slechts een korting toegepast), terwijl de zuiver theoretische hypothese van een onderneming die zichzelf beschuldigt van een inbreuk die zij, anders dan de Commissie vermoedt, niet heeft gepleegd, in de hoop in aanmerking te komen voor een verlaging van de geldboete die haar, naar zij vreest, toch zal worden opgelegd, niet een betoog betreffende de schending van de rechten van de verdediging schragen.<sup>395</sup> Voorts overwoog het Gerecht dat wanneer de onderneming tijdens de

---

391 ABRvS 6 juli 2005, *JB* 2005/215; 31 januari 2007, *JB* 2007/55; CRvB 15 juli 2009, *RSV* 2009/284 en 31 januari 2010, *AB* 2010/67. Deze jurisprudentie laat zien dat de slaagkans op een beroep op een wilsgebrek klein is.

392 Hier valt op deelgebieden wel wat af te dingen. Waar, zoals in de Wft, de boeteoplegging tevens leidt tot publicatie van de boete reeds voordat die onherroepelijk wordt (art. 1:97 Wft), is het niet overdreven om te stellen dat een dergelijke transactie in het financiële toezicht door ondernemingen met open armen ontvangen zal worden.

393 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 130-131.

394 EHRM 18 oktober 2006, *EHRC* 2007/4 (*Hermi*), par. 73.

395 HvJ EG 16 november 2000, C-298/98 (*Finnband*) en 14 juli 2005, C-65/02 P (*Thyssenkrup*).

administratieve procedure uitdrukkelijk de feiten heeft erkend die de Commissie haar in de mededeling van de punten van bezwaar ten laste heeft gelegd, deze feiten moeten worden geacht vast te staan, en dat de onderneming ze niet meer in het kader van de contentieuze procedure voor het Gerecht kan betwisten.<sup>396</sup>

Een op Europese leest geschoeid nationaal voorbeeld vormt de verkorte sanctieprocedure in de bouwfraude. Met het oog op het efficiënt kunnen afronden van deze grootschalige operatie heeft de NMa een versnelde sanctieprocedure gehanteerd. Bouwondernemingen die instapten kregen een korting van 15% op de boete in ruil voor het inleveren van verdedigingsrechten. Zo dienden zij de deelname aan het kartel niet te betwisten. In bezwaar kon men nog overstappen naar een volle beoordeling, maar dan raakte men wel de korting kwijt. De bestuursrechter meende dat dit laatste geen strijd opleverde met het verbod van *reformatio in peius* want met het in bezwaar verspelen van de korting staat niet per definitie vast dat de boete uiteindelijk hoger uit zal komen. Nu geen van de betrokken ondernemingen in bezwaar uit de versnelde procedure was gestapt bleef dit ongewis. In beroep kon men niet alsnog kiezen voor een vol beroep bij de bestuursrechter. De rechtbank Rotterdam<sup>397</sup> en het College van Beroep voor het bedrijfsleven<sup>398</sup> beriepen zich in dit verband op de jurisprudentie van het Gerecht en het Hof van Justitie. Deze oriëntatie op de Europese mededingings-jurisprudentie lijkt voor de hand te liggen, maar is niet vanzelfsprekend. Waar uitdrukkelijk is gekozen de Mededingingswet zoveel mogelijk gelijk te trekken met het materiële Europese mededingingsrecht,<sup>399</sup> betekent dit niet dat ook de rechtsbescherming gelijk getrokken dient te worden.<sup>400</sup> In de bouwfraudezaken is de handhaving door NMA weliswaar mede gegrond op art. 81 EG (thans art. 101 VWEU), maar ook dan geldt het uitgangspunt dat er nationale procedurele autonomie geldt. De procedurele beginselen die het Hof van Justitie hanteert bij de beoordeling hoe, gegeven de nationale procesrechtelijke autonomie, toch gewaarborgd kan worden dat de werking van het Unierecht in de lidstaten is gewaarborgd, zijn het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel, alsmede het van het doeltreffendheidsbeginsel afgeleide beginsel van effectieve rechtsbescherming. Ik denk niet dat deze beginselen verplichtingen tot tot het hanteren van een verkorte sanctieprocedure en een beperkte toetsing in beroep. Vertaald naar de algemene bestuursrechtelijke jurisprudentie lijkt de deelneming aan de versnelde sanctieprocedure nog het meest op prijsgegeven stellingen waar de belanghebbende uit een oogpunt van goede procesorde niet meer in het vervolg van de procedure op terug kan komen.<sup>401</sup> Een dergelijke beperking lijkt in dit soort zaken echter niet voor de hand te liggen nu de wetgever met betrekking tot de bestuurlijke boete een ruime taak voor de bestuursrechter ziet weggelegd en voorts de feitenvaststelling, de kwalificatie en de boeteoplegging door het bestuurs-

---

396 GvEA 9 juli 2003, T-224/00 (Archer Daniels Midland).

397 Onder meer Rb Rotterdam 23 juli 2008, *LJN* BD8272.

398 Onder meer CBb 7 juli 2010, *AB* 2010/235.

399 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 707, nr. 3, p. 10.

400 zie ook Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht* (2009), p. 437-438.

401 Zie HR 14 augustus 2009, *BNB* 2010/19 en ABRvS 9 december 2009, *JB* 2010/29.

orgaan onlosmakelijk met elkaar samenhangen.<sup>402</sup> Het is daarom verstandig dat het College ook het arrest van het EHRM in de zaak *Hermi*<sup>403</sup> aanhaalt. Net als in de zaak *Hermi* kunnen de ondernemingen die instaptten niet volhouden dat zij niet vrijwillig en geïnformeerd de versnelde procedure zijn ingestapt. Voorts lijkt het publieke belang zeker gemoeid te zijn met een vlotte afdoening van de bouwfraudezaken. Er zijn echter verschillen. Ten eerste voorzagt het Italiaanse strafrecht zelf uitdrukkelijk in een verkorte procedure, terwijl de verkorte procedure in deze zaak geen enkele wettelijke basis heeft, maar slechts voortspruit uit beleid van de NMa. Ten tweede was in de zaak *Hermi* niet zonder belang dat de verdachte ook in hoger beroep de feiten (drugsbezit) in essentie niet weersprak. In de bouwfraudezaken betwiste juist een aantal ondernemingen na de bestuurlijke fase alsnog de feiten tegenover de bestuursrechter. Indien geoordeeld moet worden dat de nationale rechter niet de vereiste *full jurisdiction* heeft als hij geen proportionaliteitstoets kan verrichten,<sup>404</sup> hoe zit het dan met een rechter die zich niet meer kan buigen over de vraag of de betrokken ondernemingen de overtreding hebben begaan? Het College heeft oog voor die verschillen en bouwt om die reden een zeer beperkte ontsnappingsclausule in die kan worden vergeleken met het vereiste dat *nova* worden gesteld bij verzoeken om terug te komen op een afwijzende beschikking (art. 4:6 Awb).

Zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht kan zonder rechtshulp worden geprocedeerd, met dien verstande dat in het strafrecht dan uitdrukkelijk afstand moet worden gedaan van een (toegevoegde) raadsman, terwijl voor de cassatie wel verplichte vertegenwoordiging door een advocaat geldt (art. 437 lid 2 Sv). Anders dan in het bestuursrecht kan een verdachte geen afstand doen van de terechtzitting, indien hij eenmaal is gedagvaard. Wel kan hij verstek laten gaan of trachten een zitting te voorkomen door zelf een transactieaanbod te doen (art. 74a Sr). Uitsluitend voor de cassatiefase geldt dat de zaak veelal zonder een echte mondelinge behandeling kan worden afgedaan (zie art. 438 lid 2 Sv). In het strafrecht heeft een bekentenis gevolgen voor de motiveringsplicht van de rechter. Voor zover de verdachte het bewezen verklaarde heeft bekend kan in het vonnis met een opgave van bewijsmiddelen worden volstaan, tenzij de verdachte nadien anders heeft verklaard dan wel hij of zijn raadsman vrijspraak heeft bepleit (art. 359 lid 3 Sv). De verdediging kan geen afstand doen van het feit dat het openbaar ministerie zijn rechten tot vervolging heeft verspeeld wegens schending van een behoorlijke procesorde: 'het betreft hier immers beginselen die het belang van de rechtsgemeenschap betreffen en mitsdien het belang van de onderhavige strafzaak overstijgen.'<sup>405</sup>

#### *Vijfde deelconclusie*

Met betrekking tot de termijnen in het Nederlandse straf- en het bestuursrecht voor het aanwenden van rechtsmiddelen en de vormvereisten die daarbij worden gesteld,

---

402 Zie daarover hoofdstuk 5.

403 EHRM 18 oktober 2006, *EHRC* 2007/4 (*Hermi*).

404 EHRM 4 maart 2004, *EHRC* 2004/37 (*Silvester's Horeca Service*).

405 De overwegingen van het gerechtshof zijn opgenomen in HR 18 februari 1997, *NJ* 1997/411.

geldt dat die de toegang tot de rechter zeker niet ontoelaatbaar frustreren. Aandachtspunt is wel de diversiteit in de bestuursrechtspraak waar het gaat om de vraag wanneer een besluit is bekendgemaakt en derhalve of de bezwaar- of beroepstermijn is aangevangen. Het heffen van griffierecht in het bestuursrecht is evenzeer toelaatbaar. Indien de hoogte van het griffierecht fors omhoog gaat zal dit waarschijnlijk anders komen te liggen. Het Comité voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat het onthouden van verlof een schending van art. 14 lid 5 IVBPR opleverde, terwijl het EHRM voorts heeft geoordeeld dat het niet verlenen van verlof een schending opleverde van art. 6 lid 1 en lid 3 EVRM. In deze gevallen was de klager mede door het onthouden van verlof niet goed in staat geweest zijn verdedigingsrechten uit te oefenen. Me dunkt dat het verlofstelsel in strafzaken daarmee in feite van de baan is: verlof zal steeds moeten worden verleend. Als het niet verlenen van verlof naar huidige inzichten een schending van art. 14 lid 5 IVBPR oplevert, geldt dit mijns inziens temeer voor het categorisch uitsluiten van appel ingeval van een veroordeling wegens een overtreding waarbij de totale boete niet meer dan € 50 bedraagt. Met betrekking tot de vereenvoudigde afdoening in bestuurlijke zaken bij de zogenoemde kennelijkheden ligt dit minder eenduidig: er staat immers verzet open (een soort intern appel), terwijl een kennelijkheid niet snel wordt aangenomen. Het ontbreken van schorsende werking in de meeste bestuurlijke boetezaken hoeft niet in strijd te komen met een effectief recht op toegang tot de rechter en de onschuldpresumptie, zolang er wel altijd een voorlopige voorziening kan worden gezocht. Zeker bij hoge boetebedragen zal de voorzieningenrechter dan wel een voorlopig rechtmatigheidsoordeel moeten geven en niet kunnen volstaan met een beoordeling van de aflossingsmogelijkheden. De belastingkamer voert een afwijkende koers van de overige bestuursrechters waar hij in boetezaken de bewijslast inzake een beroep op verschoonbare termijnoverschrijding bij het maken van bezwaar en het instellen van beroep volledig bij het bestuur legt en geen motiveringseisen aan het instellen bezwaar en beroep stelt als de betrokkene zich op zijn zwijgrecht beroept. Deze afwijkingen acht ik ongewenst. De eerste afwijking doet geen recht aan het openbare ordekarakter van bezwaar- en beroepstermijnen (op het bestuursorgaan wordt immers een onmogelijke bewijslast gelegd waardoor verschoonbaarheid steeds zal moeten worden aangenomen), terwijl voor beide afwijkingen geldt dat er geen verdragsbepalingen zijn aan te wijzen die daartoe nopen. Deze kritiek geldt niet voor de strafkamer van de Hoge Raad, die in de cassatiefase zelf niet naloopt of in hoger beroep wel tijdig rechtsmiddelen zijn aangewend door de verdachte. Die lijn is te billijken omdat de cassatierechter het niet tot zijn taak hoeft te rekenen buiten de middelen te treden voor wat betreft het doen en nalaten van de feitelijke instanties. Hij houdt terecht wel zelf ambtshalve de ontvankelijkheid van het cassatieberoep in de gaten. Het fiat geven door het College van Beroep voor het bedrijfsleven voor de inperking van het beroepsrecht via de door de NMa gehanteerde versnelde procedure, die inhoudt dat ondernemingen die deelneming aan één van de bouwfraudekartels erkennen een korting krijgen op de boete, is niet gestoeld op een wettelijke grondslag, maar komt niet in strijd met het Europees mededingingsrecht, omdat de Unierechter ook een dergelijke handelwijze van de Commissie accepteert. Waarschijnlijk zal dit evenmin in strijd zijn met art. 6 EVRM. Bij een vrijwillige *waiver of rights* zal namelijk niet snel sprake zijn van een ontoelaatbare afbreuk van het recht op een *fair trial*.

### 11.7 De taak van de straf- en de bestuursrechter

In de vorige paragraaf kwamen de buitengrenzen aan bod waar het ging om de toegang tot de rechter. In deze paragraaf gaat het vooral om de vraag welke ambtshalve activiteiten de straf- en de bestuursrechter verrichten en de normering door het Europees Hof en het Hof van Justitie op dit punt. Voorts komt de verhouding tussen eerste aanleg en hoger beroep en cassatie aan de orde. Met betrekking tot de diepgang van de beoordeling door de rechter verwijs ik naar de paragrafen hiervoor inzake het bewijs en de evenredigheid.

#### *Normering door het Europees Hof en het Hof van Justitie*

Het vereiste van een *full jurisdiction*, hetgeen wordt afgeleid uit art. 6 lid 1 EVRM, levert volgens het Hof geen verplichting op tot ambtshalve toepassing van de verdragsrechten door de nationale rechter. Indien de klager heeft nagelaten bij de nationale instanties de waarborgen van het EVRM in te roepen, zal het Hof de klacht niet-ontvankelijk verklaren omdat de nationale rechtsmiddelen niet zijn uitgeput. Art. 35 EVRM wordt aldus niet alleen uitgelegd als een formele bepaling die ziet op het benutten van de nationale rechtsgang als zodanig, maar ook als een inhoudelijke barrière.<sup>406</sup> Uit de zaak Foti blijkt dat het Hof en voordien de ECRM in hun onderzoek naar de gegrondheid van de aangevoerde klachten ambtshalve de rechtsgronden mogen aanvullen door gestelde feiten in een klacht te vertalen – in casu de overschrijding van de redelijke termijn – en dat zij bovendien zelf onderzoek mogen doen aan de hand van alle stukken.<sup>407</sup> In de zaak Bogumil was geklaagd over een aantasting van de lichamelijke integriteit van klager zonder daarbij te vermelden op welke verdragsbepalingen een inbreuk was gemaakt, terwijl met betrekking tot de gestelde inbreuk op zijn processuele rechten wel art. 6 EVRM was genoemd. Het Hof toetste het eerste deel van de klacht niettemin zelfstandig aan de art. 3 en 8 EVRM.<sup>408</sup> In de zaak Scoppola overwoog het Hof ten slotte: ‘By virtue of the *jura novit curia* principle, it has, for example, considered of its own motion complaints under Articles or paragraphs not relied on by the parties and even under a provision in respect of which the Commission had declared the complaint to be inadmissible while declaring it admissible under a different one.’<sup>409</sup> Deze benadering heeft veel weg van de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en feiten in de zin van art. 8:69 lid 2 en lid 3 Awb.

In de eerste twee zinnen van art. 263 VWEU wordt gesteld dat het Hof van Justitie de wettigheid van de handelingen (van de instellingen) nagaat. Uit de derde zin van die bepaling blijkt wat onder onwettigheid moet worden verstaan: onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van dit Verdrag of van enige

---

406 EHRM 6 november 1980, Series A. vol. 40 (Van Oosterwijck). Zie voorts EHRM 23 juli 2002, *EHRC* 2002/88 (Janosevic), inzake *ne bis in idem*.

407 EHRM 10 december 1982, *NJ* 1987/828 (Foti), par. 44.

408 EHRM 7 oktober 2008, *NJCM-Bulletin* 2009/4, p. 428 (Bogumil).

409 EHRM 17 september 2009, *AB* 2010/102 (Scoppola).

uitvoeringsregeling daarvan, dan wel misbruik van bevoegdheid. Wat behelst deze limitatieve opsomming van vernietigingsgronden nu precies? Bij bevoegdheid kan worden gedacht aan de vraag of een instelling wel bevoegd is een bepaalde handeling te verrichten (het gaat hier om de bevoegdheid een besluit als zodanig te nemen). De schending van wezenlijke vormvoorschriften ziet op het niet inacht nemen van de juiste besluitvormingsprocedure, op het niet publiceren van besluiten en op het niet (afdoende) motiveren van besluiten. Bij schending van 'de Verdragen of van enige uitvoeringsregeling daarvan' gaat het om primair en secundair Unierecht, maar ook om beginselen van Unierecht en regels van volkerenrecht. Bij misbruik van bevoegdheid gaat het om het gebruiken van een formele bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor het is gegeven. Juist door de ruime uitleg van 'schending van de Verdragen of van enige uitvoeringsregeling daarvan' is sprake van een volledige rechtmatigheidstoetsing en dus niet van een meer beperkte wetmatigheidstoetsing, met als gevolg dat deze grond in feite de andere gronden is gaan omvatten.<sup>410</sup> Barents ziet nog wel een wezenlijk onderscheid tussen de gronden, in die zin dat de gronden met betrekking tot onbevoegdheid en wezenlijke vormvoorschriften ambtshalve door het Gerecht en het Hof worden opgeworpen.<sup>411</sup> Hoe actief zijn het Gerecht en het Hof van Justitie zelf als het gaat om de feitenvaststelling? Uit art. 263 VWEU, volgt dat zij bij een direct beroep een rechtmatigheidstoets verrichten. Een dergelijke toetsing vergt natuurlijk wel dat de feiten vastliggen. Aan de hand van literatuur en jurisprudentie zet Schuurmans uiteen dat de marginale toets van de feiten in de loop der tijd is geïntensiveerd onder leiding van het Gerecht, vooral in het mededingingsrecht, maar ook daarbuiten. Voor de argeloze lezer zal dit niet altijd direct duidelijk zijn, omdat nog steeds de terughoudende oude terminologie wordt gebezigd, zoals kennelijke dwaling, misbruik van bevoegdheid en een kennelijke overschrijding van de grenzen van de bestuursbevoegdheid. Het verschil is echter dat de Unierechter eerder dan voorheen een dergelijke overschrijding aanneemt.<sup>412</sup>

In de Nederlandse zaak *Van Schijndel*<sup>413</sup> overwoog het Hof van Justitie ter zake van een prejudiciële vraag dat indien een rechter ingevolge het nationale recht verplicht is ambtshalve de aan een interne regel van dwingende aard ontleende rechtsgronden in het geding te brengen, die niet door partijen zijn aangevoerd, diezelfde verplichting geldt wanneer het dwingende regels van gemeenschap betreft en dat hetzelfde voorts geldt indien het nationale recht de mogelijkheid geeft de dwingende regel ambtshalve toe te passen. Ofwel naast de onverkorte toepassing van het gelijkheidsbeginsel brengt

410 Barents, *EU-procesrecht* (2010), p. 103 en 160.

411 Barents, *EU-procesrecht* (2010), p. 161-162. Zie ook De Grave, 'Ambtshalve toetsing door de Europese rechter: een ander perspectief', *SEW* 2009/3, p. 12-20. Voor voorbeelden zie HvJ EG 17 december 1959, 14/59 (Pont-à-Mousson); 7 mei 1991, C-291/89 (Interhotel) en GvEA 8 juli 2004, T-44/00. Uit een ambtenarenzaak bleek overigens dat de bevoegdheid van een diensthoofd om namens de Commissie een besluit te nemen niet ambtshalve wordt onderzocht. Zie HvJ EG 14 december 1988, 280/87 (Hecq).

412 Schuurmans, 'De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief', in: *Europees recht effectueren* (2007), p. 128. Zie vooral ook HvJ EG 15 februari 2005, C-12/03 (Tetra Laval), par. 39.

413 HvJ EG 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93 (Van Schijndel en Van Veen). Zie voorts HvJ EG 12 februari 2008, AB 2008/100 (Kempter).



het doelmatigheidsbeginsel met zich dat een bevoegdheid naar nationaal recht een verplichting wordt naar Europees recht. Het Hof van Justitie heeft in de zaak Van der Weerd<sup>414</sup> geoordeeld dat het Gemeenschapsrecht de nationale rechter niet verplicht om in een procedure als die in de hoofdgedingen ambtshalve te toetsen aan gronden ontleend aan bepalingen van Gemeenschapsrecht. De beperking van de bevoegdheid van de nationale rechter tot ambtshalve toetsing aan regels van openbare orde werd niet strijdig geacht met het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. Voorts heeft het Hof van Justitie in de zaak Heemskerk en Schaap<sup>415</sup> geoordeeld dat het Gemeenschapsrecht de nationale rechter er niet toe kan verplichten een communautaire bepaling ambtshalve toe te passen indien een dergelijke toepassing ertoe zou leiden dat het in het nationale bestuursrecht neergelegde verbod van *reformatio in peius* wordt doorbroken. In zijn noot bij die uitspraak merkt Widdershoven terecht op dat honorering van het verbod van *reformatio in peius* wellicht niet alleen samenhangt met Europese rechtsbeginselen als het verdedigings-, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel, maar ook met het beginsel van effectieve rechtsbescherming. In de zaak T-Mobile<sup>416</sup> heeft het Hof van Justitie echter weer teruggegrepen naar enkele oude uitspraken door ten overvloede te overwegen dat art. 81 EG een voor de vervulling van de taken van de Europese Gemeenschap onontbeerlijke bepaling van openbare orde is die door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast. Die overweging is op geen enkele wijze te rijmen met de op dit punt veel principiëlere uitspraken Van der Weerd en Heemskerk en Schaap waarin juist uitdrukkelijk onderscheid werd gemaakt tussen de vraag naar de toegang tot de rechter en materiële rechtsvragen. Het arrest inzake T-Mobile kan ik derhalve niet ten volle serieus nemen waar het gaat om de definiëring van openbare ordekwesties die ambtshalve moeten worden ingebracht door de bestuursrechter.<sup>417</sup>

Met betrekking tot ieder verbindende bepalingen in mensenrechtenverdragen geldt eveneens dat die niet vallen onder het openbare ordebegrip. Met betrekking tot die verdragsbepalingen heeft evenzeer te gelden dat de bestuursrechter die dient toe te passen door de rechtsgronden aan te vullen.<sup>418</sup> Een uitzondering vormen verdragsrechtelijke waarborgen ter zake van de toegang tot de rechter, die ook in het nationale bestuursrecht zijn neergelegd. Die zijn wel van openbare orde. Op zich zou kunnen worden verdedigd dat de redelijke termijn in de zin van art. 6 lid 1 EVRM van openbare orde is. De toegang tot de rechter binnen een redelijke termijn is immers een procedurele kwestie die ook raakt aan de toegang tot de rechter zelf. Niettemin moet worden geconstateerd dat de bestuursrechter inzake de redelijke termijn nog nimmer expliciet heeft geoordeeld dat dit een kwestie van openbare orde is,<sup>419</sup> terwijl dit wel is gebeurd bij andere kwesties die zien op de toegang tot de rechter en de

---

414 HvJ EG 7 juni 2007, AB 2007/228 (Van der Weerd).

415 HvJ EG 25 november 2008, AB 2009/14 (Heemskerk en Schaap).

416 HvJ EG 4 juni 2009, AB 2009/273 (T-Mobile), par. 49.

417 Zie mijn commentaar in de paragraaf inzake de ambtshalve toetsing in hoofdstuk 3.

418 Vergelijk de hiervoor genoemde arresten EHRM 10 december 1982, NJ 1987/828 (Foti) en 17 september 2009, AB 2010/102 (Scoppola).

419 Duidelijk in ontkennende zin moet worden begrepen ABRvS 17 februari 2010, LJN BL4163.

eis van een *fair trial*.<sup>420</sup> Als de redelijke termijn toch van openbare orde zou zijn, dan zou dit problemen opleveren in het niet-punitieve bestuursrecht. Art. 8:73 Awb spreekt namelijk van een verzoek om schadevergoeding. Bovendien impliceert de (ambtshalve) matiging door de bestuursrechter van de boete wegens overschrijding van de redelijke termijn dat de oorspronkelijke sanctie vanwege tijdverloop niet langer redelijk is. In boetezaken functioneert de redelijke termijn dan ook als een aanvullende evenredigheidstoets, die materieel van aard is net als de grondslag van de boeteoplegging zelf. Ik houd het er dan ook op dat het in boetezaken gaat om de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden tegen de in geschil zijnde bestuurlijke boete.<sup>421</sup> De strafkamer van de Hoge Raad ziet overigens geen aanleiding zich over de redelijke termijn in feitelijke aanleg te buigen indien in feitelijke aanleg (op dit punt) geen verweer is gevoerd, terwijl dit wel mogelijk was.<sup>422</sup> Het is op zich wel begrijpelijk dat de Hoge Raad uitsluitend naar de redelijke termijn in de fase voor cassatie wil kijken, indien er daaromtrent een oordeel van de feitenrechter voorligt, omdat de Hoge Raad zich dan voor wat betreft de overschrijding van de redelijke termijn in eerste aanleg en appel en de daaraan te verbinden gevolgen kan beperken tot een beoordeling van de motivering van het gerechtshof op begrijpelijkheid.<sup>423</sup> Niettemin blijft het onbevredigend dat de vraag of de verdachte langer dan nodig een dreiging van (verdere) vervolging boven het hoofd heeft gehangen (mede) afhankelijk wordt gesteld van een ‘piepsysteem’. De responsieplicht van de feitenrechter laat onverlet dat hij zich net als de Hoge Raad ambtshalve kan buigen over de vraag of de redelijke termijn is overschreden en welke gevolgen een bevestigend antwoord dient te hebben.

#### *De taak van de bestuursrechter*

Art. 8:69 Awb kan worden gezien als de bepaling die zowel de breedte van het geding, waarbij art. 6:13 Awb als voorportaal fungeert (onderdelenfuik), als de diepte van het geding bepaalt dat aan de rechter voorligt. Art. 8:69 Awb is in die visie de centrale bepaling waar het de rechterlijke activiteit betreft in de procedure. Zowel de beantwoording van de voorvragen van art. 8:1 Awb (beroep tegen een besluit door een belanghebbende) valt daarbinnen als de rechtmatigheidstoetsing zelf, terwijl ook de nazorg – de toepassing van art. 8:72 en 8:72a Awb – er het resultaat van is. Indien de omvang van het geding conform de tekst van het eerste lid van art. 8:69 Awb door de rechter niet alleen aan de hand van het beroepschrift – maar ook aan de hand van de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting – wordt afgebakend, dan is de strekking van het tweede lid (in overeenstemming met de tekst ervan) een ruime. Indien er één ondeelbaar besluit is waartegen het beroep zich richt, is dan minder van belang dat het aangevochten besluit is opgebouwd uit verschillende opvolgende besliselementen. De rechter dient immers ambtshalve de rechtsgronden (en niet slechts de beroepsgronden) aan te vullen. Dit alles

---

420 Bijvoorbeeld HR 10 augustus 2007, *BNB* 2007/311.

421 Ik meen dat HR 22 april 2005, *JB* 2005/166 dan ook ziet op de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden.

422 HR 17 juni 2008, *NJ* 2008/358, par. 3.9.

423 Zo volgt ook uitdrukkelijk uit HR 17 juni 2008, *NJ* 2008/358, par. 3.7.

wordt anders als de ambtshalve toepassing van het recht door de rechter wordt losgekoppeld van art. 8:69 Awb. In dat geval zweeft dit gebod als een premisse boven het positieve recht. Het is dan een axioma dat geldt voor iedere rechterlijke activiteit en dat vooraf gaat aan positivering. In dat geval kan art. 8:69 lid 2 Awb ook zeer beperkt worden opgevat, inderdaad als het enkel vertalen van de door eiser aangevoerde feitelijke gronden in een juridische grond. Het ambtshalve toepassen van openbare ordekwesities en de koppeling naar daarmee corresponderende bepalingen, zoals art. 8:1 en 6:7 Awb, zal in die visie ook geheel buiten het kader van art. 8:69 Awb geschieden. Mijn voorkeur heeft dit niet. Art. 8:69 Awb is de sleutelbepaling die gaat over de omvang van het geding en de ambtshalve toepassing van recht en de ambtshalve vaststelling van feiten door de rechter, zodat ik meen dat we dat artikel moeten zien als de kapstok voor de ambtshalve toepassing van rechtsregels door de rechter. Ook de wetsgeschiedenis biedt daarvoor aanknopingspunten.<sup>424</sup>

Op het bestuursorgaan dat een bestuurlijke boete oplegt rust de bewijslast om de overtreding aan te tonen, dit temeer nu de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM van toepassing is,<sup>425</sup> terwijl een volledige heroverweging van de boete met zich zal brengen dat het bestuur ook uit eigen beweging oog zal moeten hebben voor de opportuniteit van het opleggen van een boete en de afstemming van de hoogte van de boete. Zo is door de Vierde tranche wetgever overwogen dat indien het bestuursorgaan zelf reden heeft om aan de verwijtbaarheid te twijfelen, het eigener beweging van het opleggen van een boete dient af te zien.<sup>426</sup> In de parlementaire geschiedenis is voorts overwogen dat het bestuursorgaan (onder omstandigheden) ambtshalve oog zal moeten hebben voor een eventuele aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond<sup>427</sup> en voor de evenredigheid van de boete.<sup>428</sup> Voorts zal het bestuur de beboete persoon in voorkomende gevallen uitdrukkelijk in de gelegenheid moeten stellen om financiële hardheid te onderbouwen.<sup>429</sup> De betreffende bepalingen in hoofdstuk 5 Awb richten zich tot het bestuursorgaan, dat immers als eerste aan zet is. Hoe staat het nu met de bestuursrechter? De bestuursrechter neemt volgens de Vierde tranche wetgever een bijzondere positie in bij bestuurlijke boetes: enerzijds oordeelt hij als gewoon bestuursrechter, anderzijds is zijn positie enigszins vergelijkbaar met die van een strafrechter.<sup>430</sup> Niet alleen is de rechter gehouden definitief in de zaak te voorzien, indien de beslissing op bezwaar inzake de oplegging van een boete geen stand houdt (art. 8:72a Awb), maar voorts is de rechter in diverse wetten de bevoegdheid toegekend (binnen het maximum) de boete op een hoger bedrag vast te stellen dan het bestuursorgaan heeft gedaan.<sup>431</sup> Het verbod van *reformatio in peius* geldt dan dus niet. Hoewel ik vanuit de noties van rechtsbescherming en ongelijkheidscompensa-

---

424 *PG Awb II*, p 463-464.

425 ABRvS 15 april 1999, *Rawb* 1999/146; 7 augustus 2002, *AB* 2003/176 en CBb 13 maart 2007, *LJN* BA1577.

426 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 7, p. 49. Zie ook HR 9 juli 2010, *AB* 2010/279.

427 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 87.

428 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 142 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 4, p. 21.

429 CBb 7 juni 2007, *JOR* 2007/185 (Les Amis de France).

430 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 128.

431 Zie bijvoorbeeld art. 42 Arbeidsomstandighedenwet.

tie meen dat de rechtbanken en de appelinstanties niet al te faciliterend behoren op te treden richting het bestuur, meen ik wel ruimte te zien voor de bestuurlijke lus in boetezaken, temeer daar de rechter, gelet op art. 8:72a Awb, het geschil finaal moet afdoen. De bestuurlijke lus zal onder meer in zicht komen als de rechter het bestuursorgaan alsnog in de gelegenheid wil stellen om bepaalde stukken te overleggen.<sup>432</sup>

Waar de betrokkene stelt ‘ik was niet in overtreding’, stelt hij dus één van vragen naar de rechtmatigheid van de boete aan de orde, waarbij de vordering is dat het besluit (de boete) vernietigd dient te worden. De rechter kan dan aan de slag met alle overige vragen, dus niet alleen de vraag of betrokkene de overtreding heeft begaan, maar ook de vragen of hij aansprakelijk is, of er (nog wel) een wettelijke bevoegdheidsgrondslag is voor boeteoplegging, of beboeting – indien het een discretionaire bevoegdheid behelst – opportuun is en zo ja, of de boete (nog wel) evenredig is, gelet op de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid, de (financiële) omstandigheden van betrokkene en eventueel tijdsverloop.<sup>433</sup> Gelet op de vordering kan van een zogenoemd *ultra petita* gaan dan ook geen sprake zijn.<sup>434</sup> Met name het College van Beroep voor het bedrijfsleven lijkt de Centrale Raad op dit vlak als activistische en (dus) ambtshalve toetsende rechter links in te halen.<sup>435</sup> Waar de Centrale Raad van Beroep zich met name nog wel actief heeft betoond inzake de toetsing aan de in art. 15 lid 1 IVBPR neergelegde *lex mitior*-regel en de redelijke termijn,<sup>436</sup> is de Centrale Raad met betrekking tot vergelijkbare kwesties namelijk een stuk zuiniger geworden. Zo werd het de rechtbank verboden ambtshalve de *una via*-regel toe te passen en werd het haar verboden ambtshalve de evenredigheid van de bestuurlijke boete te beoordelen.<sup>437</sup> Ook de Afdeling heeft weinig op met het ambtshalve beoordelen van de evenredigheid van de bestuurlijke boete, maar hanteert op dit punt in eerste aanleg geen fuiken meer. In een uitspraak van 26 augustus 2009 overwoog zij enerzijds dat de rechtbank niet het verwijt kon worden gemaakt dat zij niet ambtshalve tot matiging van de uit hoofde van de Wav opgelegde boete was overgaan nu het op de weg van de werkgever lag om aannemelijk te maken dat grond voor matiging bestond, maar overwoog zij anderzijds wel dat de in eerste aanleg ter zitting opgeworpen grond die daartoe strekte niet tardief was.<sup>438</sup>

Het vorenstaande laat natuurlijk onverlet dat partijen niet mogen worden overvallen door een uitspraak met allerlei ambtshalve overwegingen door de bestuursrechter.

---

432 Zie CBb 22 januari 2009, *AB* 2009/186 (Spam). Zie voorts Bröring en Naves, ‘Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht’, in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* (2010), p. 460. Anders: *Kamerstukken I* 2008/09, 31 352, C, p. 6.

433 Uit HR 29 april 2011, *JB* 2011/130 volgt overigens dat de Hoge Raad van oordeel is dat de vervaltermijnen voor het opleggen van bestuurlijke boetes van openbare orde zijn. Dit geldt niet voor de gewone naheffing.

434 De MvT koppelt het verbod van *ultra petita* gaan aan niet aangevochten onderdelen, niet aan de gronden. Zie *PG Awb II*, p. 463.

435 Bijvoorbeeld CBb 12 juni 2007, *RF* 2007/51; 22 mei 2008, *LJN* BD2542 en 26 juni 2008 *RF* 2008/66.

436 CRvB 14 februari 2001, *RSV* 2001/108 en 21 december 2004, *RSV* 2005/76.

437 CRvB 8 december 2005, *LJN* AU8258 en *LJN* AU8260 en 20 maart 2008, *RSV* 2008/254.

438 ABRvS 26 augustus 2009, *LJN* BJ6103.

Indien de bestuursrechter hetzij vanwege kwesties van openbare orde, hetzij vanwege een eigen inhoudelijke beoordeling van het materiële geschil komt tot een toepassing van art. 8:69 lid 2 en/of lid 3 Awb, dan zal hij partijen de gelegenheid moeten bieden daarover hun standpunt naar voren te brengen. Dit kan in het vooronderzoek alsook ter zitting gebeuren.<sup>439</sup> Die zitting kan ook goed dienen om door te vragen omtrent hetgeen in geschil is. Waar in de Memorie van Toelichting bij art. 8:69 Awb is overwogen dat weliswaar niet aangevochten besluitonderdelen door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten, maar dat de rechter niet zonder meer af zal kunnen gaan op de in het beroepschrift geformuleerde grieven, en dat het goed past bij de actieve rol die de rechter in de procedure heeft dat hij de aanlegger in de gelegenheid stelt zich hieromtrent nader uit te laten,<sup>440</sup> geldt de noodzaak van een actieve opstelling van de rechter temeer voor boetebesluiten, die immers niet deelbaar zijn in besluitonderdelen. Iets anders is of de bestuursrechter alle procedurele kwesties, waaronder de wijze van bewijsvergaring, ambtshalve in de beoordeling dient te betrekken. Ik meen in beginsel van niet. De aanvulling van rechtsgronden gaat mijns inziens niet zo ver dat de rechter procedurele kwesties voor zover die niet van openbare orde zijn telkens ambtshalve in de beoordeling dient te betrekken.<sup>441</sup> Voor zover enige grief is gericht tegen het optreden van toezichthouders of (bijzondere) opsporingsambtenaren of anderen die bij het voortraject zijn betrokken, zal de rechter zich uiteraard wel geroepen moeten voelen zelfstandig aan de hand van de stukken en hetgeen ter zitting is aangevoerd de toelaatbaarheid van het bewijs te beoordelen, alsook te toetsen aan bijzondere wettelijke eisen ter zake van functiescheiding. Ook kan bijvoorbeeld het achterwege laten van een hoorzitting (art. 7:2 Awb), waarover op zich niet is geklaagd, bijdragen aan het oordeel van de rechter dat de besluitvorming onzorgvuldig is geweest (art. 3:2 Awb) omdat betrokkene niet in bezwaar uitdrukkelijk in de gelegenheid is gesteld zijn stelling te onderbouwen dat de boete zijn draagkracht overschrijdt.<sup>442</sup>

Met betrekking tot bestraffende sancties doet zich voorts de vraag voor of in hoger beroep het primaat kan worden gelegd bij de controle- en de rechtseenheidsfunctie van het hoger beroep. Ik meen van niet. Hiervoor zie ik drie redenen. De eerste reden is dat art. 14 lid 5 IVBPR rechtspraak in twee instanties vereist waar het gaat om een veroordeling voor een strafbaar feit, waaronder tevens het in eerste aanleg in stand laten van een boetebesluit moet worden begrepen. Cassatie na één feiteninstantie volstaat in dit verband niet. Dat is ook de reden geweest voor de wetgever om in het belastingrecht rechtspraak in twee feitelijke instanties in te voeren door de rechtbanken in eerste aanleg bevoegd te maken, terwijl ook de invoering van de bestuurlijke boete

---

439 HR 9 december 2005, BNB 2006/241; ABRvS 21 februari 2007, *JB* 2007/74 en CRvB 2 oktober 2007, *RSV* 2008/19.

440 *PG Awb II*, p. 463.

441 HR 28 november 2003, *AB* 2004/339 en CRvB 18 maart 2004, *JB* 2004/192. Dit laat onverlet dat ik mij wel kan indenken dat bij een flagrante schending van verdedigingsrechten de bestuursrechter toch met een schuin oog kijkt naar de wijze van bewijsvergaring, ook indien geen grond daartegen is gericht. Vergelijk dit met de beperkte ambtshalve toetssteen die de strafrechter hier hanteert. Zie HR 17 mei 1988, *NJ* 1989/142.

442 CBb 24 november 2005, *LJN* AU7852. Anders: ABRvS 17 februari 2010, *LJN* BL4163.

in het economisch bestuursrecht aanleiding gaf voor invoering van rechtspraak in twee feitelijke instanties door de rechtbank Rotterdam bevoegd te maken.<sup>443</sup> Vanuit deze verdragverplichting ligt het in de rede de herkansingsfunctie te benadrukken. De tweede reden is dat boetes door de rechter niet uitsluitend *ex tunc* beoordeeld kunnen worden. Hiervoor gaf ik al aan dat de rechter zich in ieder geval (ambtshalve) dient te buigen over de vraag of er inmiddels sprake is van gunstiger wetgeving (art. 5:46 lid 4 Awb) of dat de redelijke termijn op enig moment is overschreden (art. 6 lid 1 EVRM) en welke gevolgen dit dient te hebben voor de boete, waarbij – zoals hiervoor al bleek – voorts nog geldt dat in een aantal wetten de bevoegdheid is opgenomen om ook in hoger beroep de boete in afwijking van het verbod van *refomatio in peius* op een hoger bedrag vast te stellen dan het bestuur heeft gedaan. Een grievenstelsel in appel volstaat in dit licht niet. De derde reden is dat, indien bij boetezaken de splitsing van het besluit in besliselementen (fuikwerking) wordt verworpen – hetgeen ik voorsta –, een volle herkansing in appel in de rede ligt. Bij nadruk op de herkansingsfunctie zal ook in hoger beroep de boeteoplegging ten volle ter toetsing staan. In een uitspraak van 30 september 2009 had de Afdeling hier wel oog voor. Gezien de punitieve aard van boetebesluiten konden volgens een Afdelingsuitspraak in hoger beroep nieuwe gronden worden aangevoerd.<sup>444</sup> Dit bleek echter geen bestendige lijn te zijn, want nadien kwam de Afdeling hierop terug door te overwegen dat in hoger beroep de rechtbankuitspraak ter beoordeling voorligt en er geen ruimte is om nieuwe gronden aan te voeren tegen de boeteoplegging, indien die al in eerste aanleg aangevoerd hadden kunnen worden.<sup>445</sup> In een voorkomend geval heeft de Afdeling zelfs willens en wetens een onrechtmatig boetebesluit in stand gelaten, ware het niet dat het bestuursorgaan zelf daarvan terug kwam.<sup>446</sup> Een weinig magistratelijke attitude spreekt hieruit. Voorts blijft de Afdeling ambtshalve inactief en vergt zij die passiviteit ook van de rechtbank in eerste aanleg. Zo verbiedt zij de rechtbank om ambtshalve aan de redelijke termijn van art. 6 lid 1 EVRM te toetsen.<sup>447</sup> Een vollere invulling van art. 8:69 lid 2 Awb brengt met zich dat de hoger beroepsrechter zich juist ambtshalve buigt over de hoogte van de boete.<sup>448</sup>

In het bestuursprocesrecht is de hoofdregel dat geen cassatie bij de Hoge Raad openstaat. De belangrijkste uitzondering hierop vormt het belastingrecht. Het onderscheid met hoger beroep is dat de Hoge Raad de feitenvaststelling door de lagere rechter slechts in zeer beperkte mate kan toetsen (die toetsing loopt via motiveringsgebreken,

---

443 Doorenbos en Jurgens, 'Specialisatie en concentratie van rechtspraak op het terrein van het financieel (bestuurs)strafrecht' en Schlössels, 'Concentratie van bestuursrechtspraak', paragraaf 4.3.2, beiden in: *Concentratie en specialisatie van rechtspraak: noodzaak of overbodig?* (2006).

444 ABRvS 30 september 2009, *JB* 2009/234.

445 ABRvS 17 maart 2010, *LJN* BL7830. Indien eerst ter zitting in hoger beroep nieuwe grieven worden aangevoerd dan worden die buiten beschouwing gelaten wegens strijd met een behoorlijke procesorde. Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 augustus 2006, *JV* 2006/360 en 28 april 2010, *LJN* BM2607.

446 ABRvS 16 maart 2011, *JB* 2011/105.

447 ABRvS 17 maart 2010, *LJN* BL7829.

448 In een reeks Warenwet- en Tabakswet-zaken voltrok het College van Beroep voor het bedrijfsleven die evenredigheidstoetsing buiten de weergegeven stellingen van de beboete rechtspersoon om. Zie onder meer CBb 29 juni 2006, *AB* 2007/248; 20 december 2007, *AB* 2008/56 en 22 mei 2008, *LJN* BD2542.

de zogenoemde vormverzuimen; zie art. 79 lid 1 Wet RO). De hoofdfunctie van cassatierechtspraak is dan ook gelegen in de rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Rechtsbescherming is uiteraard wel een belangrijke bijkomende functie. De toetsing aan een juiste toepassing van het recht draagt daar immers ook in belangrijke mate aan bij.<sup>449</sup> Hoewel een cassatieberoep klachten over schending van recht of vormverzuimen zal moeten bevatten heeft de Hoge Raad als hoogste belastingrechter ook de bevoegdheid de uitspraak op andere gronden, dus ambtshalve, te vernietigen (art. 29e lid 2 AWR). Die bevoegdheid wordt ook wel gebruikt om toch tot een ambtshalve beoordeling van het beroep te komen indien cassatiegronden ontbreken of te laat zijn ingediend.<sup>450</sup> Ambtshalve vernietiging kan overigens ook ten nadele van de insteller van het cassatieberoep uitwerken.<sup>451</sup> In een arrest waarin de Hoge Raad de door het gerechtshof verminderde aanslag verder verminderde ging het om een cassatieberoep van de Staatssecretaris van Financiën.<sup>452</sup> Dit lijkt verder te gaan dan de aanvulling van rechtsgronden nu immers de belastingplichtige had berust in de uitspraak van het gerechtshof. Bedacht moet wel worden dat van echte *reformatio in peius* geen sprake is nu de juist de belanghebbende beter af was door de ambtshalve vermindering door de Hoge Raad.

#### *De taak van de strafrechter*

Uit de art. 348 en 350 Sv volgt dat de strafrechter zich op de grondslag van de tenlastelegging en naar aanleiding van het onderzoek op de rechtzitting buigt over de voorvragen (haar bevoegdheid, de ontvankelijkheid van het OM en of er redenen zijn voor schorsing van de vervolging) en, afhankelijk van het antwoord op de voorvragen, over de materiële vragen: de bewezenverklaring, welk strafbaar feit het bewezenverklarde oplevert, de strafbaarheid van de verdachte en de op te leggen straf of maatregel. Niet op elke vraag die de strafrechter zich dient te stellen hoeft hij echter expliciet en gemotiveerd te beslissen in zijn vonnis. In de art. 358 lid 3 en 359 lid 2 Sv is bepaald dat de rechter in zijn vonnis gemotiveerd verwerpen moet weerleggen als hij tot een veroordeling komt alsook dat hij op uitdrukkelijk onderbouwde standpunten van partijen dient in te gaan indien hij die standpunten niet volgt. Hoe verhoudt de responsieplicht zich met de ambtshalve beoordeling die voortvloeit uit het beslissingsmodel van art 348-350 Sv? Gaat het er hier slechts om dat weliswaar alles ambtshalve wordt afgekaart door de rechtbank, maar dat de wet daarnaast vereist dat zij motiveert waar partijen iets stellen dat niet wordt gevolgd, of kan uit deze motiveringsplicht of responsieplicht worden afgeleid dat de rechtbank alleen naar verwerpen en standpunten kijkt indien die zijn aangevoerd? De Hoge Raad heeft in dit verband beslist dat niet alleen ingeval de zaak strandt op één van de voorvragen

---

449 Zie voorts Feteris, *Formeel belastingrecht* (2007), p. 502-504.

450 Feteris, *Formeel belastingrecht* (2007), p. 508-509. Eerst indien de Hoge Raad ambtshalve geen grond ziet voor cassatie wordt een te laat gemotiveerd cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaard. Zie bijvoorbeeld HR 19 december 2003, *BNB* 2004/103 en 21 mei 2010, *BNB* 2010/258.

451 Feteris, *Formeel belastingrecht* (2007), p. 509. Zie voorts par. 3.9.3 van de conclusie van A-G IJssink bij HR 10 augustus 2001, *LJN* AB3119.

452 HR 15 november 2001, *BNB* 2001/48.

of indien een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt van de verdachte of het openbaar ministerie niet wordt gevolgd een motivering van de strafrechter is vereist met betrekking tot het door hem verrichte onderzoek naar de (opgeroepen) vragen, maar ook indien uit de stukken van het geding het ernstig en rechtstreeks vermoeden rijst dat de dagvaarding nietig, de rechter onbevoegd of het openbaar ministerie in de vervolging niet-ontvankelijk is dan wel redenen voor schorsing van de vervolging bestaan, terwijl niet een zodanige beslissing wordt gegeven.<sup>453</sup> Ook met betrekking tot de wijze van bewijsvergaring kan dermate twijfel rijzen omtrent de rechtmatigheid ervan dat de strafrechter zich ambtshalve zal moeten buigen over de toelaatbaarheid ervan.<sup>454</sup> Ik meen met Corstens dat de lijn van deze jurisprudentie moet worden doorgetrokken naar de vraag of zich een strafuitsluitingsgrond voordoet.<sup>455</sup> Voorts zal de strafrechter zich ambtshalve buigen over de bevoegdheid van het bestuursorgaan, indien dit een rol speelt bij de strafbaarheid, zoals in het kader van een bevel als bedoeld in art. 184 Sr<sup>456</sup> of in het kader van een ongewenstverklaring als bedoeld in art. 197 Sr.<sup>457</sup>

Hieruit lijkt te volgen dat de rechtbank al hetgeen dat van belang is voor de beantwoording van deze vragen ambtshalve in haar beoordeling betreft. Dit hangt ook samen met het gegeven dat de strafrechter moet beslissen over een aantal zaken en niet een besluit toetst zoals de bestuursrechter. Toch verklaart dit niet alles, want ook in het civiele recht spelen de figuren van ambtshalve toetsing van kwesties van openbare orde en aanvulling van rechtsgronden binnen de omvang van het geschil, terwijl ook de civiele rechter moet beslissen op een vordering. Het belangrijkste verschil tussen het civiele recht en het strafrecht is natuurlijk dat het strafrecht veel minder een partijengeding is. Ons continentale strafrecht is immers niet geworteld in de concepten van partijautonomie en contracteervrijheid. Het gaat er om dat de onafhankelijke rechter op vordering van het openbaar ministerie oordeelt over het lot van een verdachte. Daar past bij dat de rechter zich niet passief opstelt, maar zich ambtshalve buigt over een aantal zaken waaronder de schuld van de verdachte. Buitengrens van het strafrechtelijke geding, zo kan men zeggen vormt de tenlastelegging. Het bestuursprocesrecht, dat is opgetuigd naar het civiele voorbeeld, neemt een tussenpositie in. Samen met het strafrecht vormt het bestuursrecht publiekrecht. De verticale relatie tussen overheid en burger, waarbij het bestuursorgaan dat een besluit neemt steeds als oogmerk dient te hebben (het deelaspect van) het algemeen belang dat het dient te behartigen, maakt mijns inziens dat de bestuursrechter niet achterover kan leunen en voor de beoordeling van het geschil van belang zijnde rechtsvragen onbeantwoord mag laten enkel omdat het beroepschrift daarover geen grond behelst. Dit laatste geldt te meer bij bestraffende sancties.

---

453 HR 29 april 2008, *NJ* 2008/482.

454 HR 17 mei 1988, *NJ* 1989/142 en HR 9 oktober 1990, *NJ* 1991/152.

455 Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (2008), p. 731.

456 HR 27 maart 2007, *JB* 2007/83.

457 HR 13 juli 2010, *AB* 2010/286.



Het vorenstaande laat onverlet dat indien bij de feitenrechter niet een bepaald verweer is voorgedragen, waarop de responsieplicht van toepassing is, in cassatie niet snel met succes worden geklaagd dat de feitenrechter geen oordeel heeft gegeven over dat eventuele verweer. Het gerechtshof kan dan immers niet worden verweten dat het niet is ingegaan op iets dat niet is aangevoerd, terwijl in cassatie niet eerst zo'n verweer kan worden aangevoerd omdat dit een feitenonderzoek zal vergen waarvoor in cassatie geen plaats is.<sup>458</sup> Zo overwoog de Hoge Raad in twee zaken waarin eerst in cassatie werd geklaagd dat een afgelegde verklaring niet had mogen worden gebruikt als bewijs wegens schending van het vereiste van een *fair trial*, dat een dergelijk verweer niet voor het eerst in cassatie kan worden gevoerd, aangezien de beoordeling daarvan een onderzoek van feitelijke aard zou vergen.<sup>459</sup> Voor de vraag of bijvoorbeeld een juiste toepassing door de feitenrechter is gegeven aan art. 359a Sv, dat ziet op het al dan niet door de rechter verbinden van consequenties aan niet te herstellen vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek, is de Hoge Raad dus niet alleen afhankelijk van de feitenvaststelling door het gerechtshof, maar is voorts van belang of in de feiteninstanties door partijen hierover het nodige te berde is gebracht, zodat het gerechtshof gehouden was hier een expliciet (rechts)oordeel over te geven. Het zijn dan ook bovenal de feitenrechters zelf die invulling moeten geven aan de bevoegdheid zich ambtshalve over een aantal zaken te buigen. In dit verband wijs ik er op dat het Hof Den Haag<sup>460</sup> en de militaire kamer van rechtbank Arnhem<sup>461</sup> zich ambtshalve hebben gebogen over de bruikbaarheid van het bewijs gelet op het ontbreken van rechtsbijstand voorafgaande aan de verhoren.

Met de Wet stroomlijnen hoger beroep is door de wetgever gekozen voor een zogenoemd voortbouwend appel. Het vonnis in eerste aanleg is startpunt van het geding in hoger beroep waarin de appelrechter een eigen verantwoordelijkheid heeft. De appelrechter zal zich daarbij richten op de grieven en op hetgeen waarover hij ambtshalve struikelt (art. 415 lid 2 Sv). De wetgever heeft met het voortbouwend appel enerzijds voor ogen gehad dat de procespartij die het niet eens is met het vonnis in eerste aanleg een actieve proceshouding aanneemt. Dit hangt samen met de gedachte dat het geding in hoger beroep zich toespitst op datgene wat partijen verdeeld houdt. Anderzijds heeft de wetgever het hoger beroep uitdrukkelijk niet willen beperken tot enkel datgene wat de insteller van het rechtsmiddel aanvoert.<sup>462</sup> Vastgehouden is dan ook aan het verbod van partieel hoger beroep (art. 407 Sv). Het is geen partijengeschil. Ingevolge art. 422 Sv dient het gerechtshof zich te buigen over de vraag of de uitreiking van de dagvaarding of de oproeping in hoger beroep geldig is en of het hoger beroep is ingesteld conform de eisen die in het Wetboek van strafvordering

---

458 Dit verklaart ook HR 13 juni 2006, *NJ* 2006/368, par. 3.3: 'Nu uit de inhoud van het proces-verbaal van de terechtzitting blijkt dat namens de verdachte verweren zijn gevoerd, maar deze niet in het proces-verbaal van de terechtzitting of het arrest zijn opgenomen, valt in cassatie niet na te gaan welke verweren zijn gevoerd. Dit verzuim strijdt zozeer met een behoorlijke procesorde dat het nietigheid van het onderzoek en de uitspraak meebrengt.'

459 HR 30 juni 2009, *LJN* BH3081 en *LJN* BH3084.

460 Hof Den Haag 2 oktober 2009, *LJN* BK2814.

461 Rb Arnhem 21 december 2009, *LJN* BK7288.

462 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 320, nr. 3, p. 11-13.

daaraan stelt (lid 1). Na positieve beantwoording van deze voorvragen zal het gerechtshof naar aanleiding van het onderzoek ter zitting in hoger beroep het beslissingsmodel van art. 348-350 Sv moeten nalopen, met dien verstande dat de beraadslaging voorts geschiedt naar aanleiding van het onderzoek in eerste aanleg, zoals dit volgens het proces-verbaal van die terechtzitting heeft plaatsgehad, tenzij art. 378a of art. 395a Sv in eerste aanleg is toegepast (lid 2). De herkansingsfunctie geldt niet alleen de verdachte. Ik wijs in dit verband op art. 415 Sv, waaruit volgt dat de tenlastelegging ook in appel kan worden gewijzigd. Al met al brengt het hoger beroep met zich dat het gerechtshof zich ten volle kan buigen over de schuldvraag en de strafmaat. Zelfs indien de insteller niet aan zijn adstructieplicht voldoet heeft het gerechtshof de vrijheid om zich ambtshalve over de zaak te buigen en geldt geen verbod van *reformatio in peius*.<sup>463</sup>

Als cassatierechter buigt de Hoge Raad zich ambtshalve over een aantal zaken, welke bevoegdheid ook volgt uit art. 440 lid 1 Sv. Voor die deze categorie gevallen geldt dus in elk geval dat ook de feitenrechter hier een ambtshalve taak heeft. Wat opvalt is dat de cassatierechter zich, indien het cassatieberoep ontvankelijk is, ambtshalve buigt over het vervallen van de vervolgingsbevoegdheid wegens verjaring,<sup>464</sup> over wijzigingen van de strafmodaliteiten<sup>465</sup> en overschrijding van de redelijke termijn in cassatie.<sup>466</sup> Er gelden hier twee beperkingen. Ten eerste blijft de ambtshalve beoordeling in cassatie beperkt tot dat deel van de uitspraak waartegen het cassatieberoep zich richt (zie art. 429 Sv).<sup>467</sup> Ten tweede volgt de Hoge Raad de praktijk dat nooit ten nadele van de verdachte ambtshalve wordt gecasseerd.<sup>468</sup>

#### Zesde deelconclusie

De buitengrens van het strafrechtelijke geding, zo kan men zeggen, vormt de tenlastelegging. Het bestuursprocesrecht, dat is opgetuigd naar het civiele voorbeeld, neemt een tussenpositie in. Samen met het strafrecht vormt het bestuursrecht publiekrecht. De verticale relatie tussen overheid en burger, waarbij het bestuursorgaan dat een besluit neemt steeds als oogmerk dient te hebben (het deelaspect van) het algemeen belang dat het dient te behartigen, maakt mijns inziens dat de bestuursrechter niet achterover kan leunen en voor de beoordeling van het geschil van belang zijnde rechtsvragen onbeantwoord mag laten, enkel omdat het beroepschrift daarover geen grond behelst. Dit laatste geldt te meer bij bestraffende sancties. Juist dan dient de rechtsbescherming door de bestuursrechter uit meer te bestaan dan het enkel aflopen van de aangevoerde beroepsgronden. Waar toch in het bestuursrecht een stammenstrijd lijkt te worden gevoerd over de precieze omvang van de ambtshalve beoordeling inzake

463 Zie nogmaals *Kamerstukken II* 2005/06, 30 320, nr. 3, p. 11-13.

464 HR 30 mei 2006, *NbSr* 2006/186; 7 november 2006, *RvdW* 2006/1074 en 23 januari 2007, *LJN* AZ3863.

465 HR 7 oktober 2003, *NJ* 2004/573.

466 HR 3 oktober 2000, *NJ* 2000/721 en 17 juni 2008, *NJ* 2008/358.

467 HR 11 april 2006, *LJN* AV4007 en HR 6 juli 2010, *NJB* 2010/1558.

468 Zie HR 28 maart 2006, *LJN* AV1612 en de conclusie van A-G Vellinga.

kwesties van openbare orde en de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en de grondslag van deze activiteiten door de bestuursrechter – binnen of buiten art. 8:69 Awb – lijkt het beslissingsmodel van de strafrechter (art. 348-350 Sv) meer armslag te bieden: binnen de grondslag van de tenlastelegging gaat de strafrechter volledig zijn eigen gang. Gelet op de jurisprudentie van het Hof van Justitie lijken de lijnen die de bestuursrechters volgen vanuit Europees perspectief ieder op zichzelf genomen toelaatbaar. Indien naar nationaal recht de rechter slechts gehouden is ontvanke-lijkheids- en bevoegdheidsvragen ambtshalve te beoordelen als zijnde kwesties van openbare orde dan acht het Hof van Justitie het niet in strijd met eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, indien de nationale rechter niet ambtshalve aan materieel-rechtelijke EU-normen toetst. Problematisch kan het echter worden indien, zoals hiervoor bleek, de appelrechters een verschillende taakopvatting hebben inzake de omvang van het geding in appel en de ambtshalve activiteiten daarbij. Indien het College van Beroep voor het bedrijfsleven in appel wel nieuwe gronden toelaat of ruimhartig de rechtsgronden aanvult ter zake van nationale rechtsregels, zal de Afdeling wanneer zij dit niet doet – en dus ook niet ten aanzien van Europese rechtsregels – kunnen handelen in strijd met het beginsel van gelijkwaardigheid. Bij nadruk op de herkansingsfunctie zal ook in hoger beroep de boeteoplegging ten volle ter toetsing staan. De Afdeling hier geen oog voor. Volgens haar kunnen in hoger beroep in beginsel geen nieuwe gronden worden aangevoerd, terwijl zij voorts van de eerstelijns-rechter vergt dat die ambtshalve inactief blijft. Een vollere invulling van art. 8:69 lid 2 Awb brengt met zich dat de hoger beroepsrechter zich ambtshalve buigt over de (hoogte van de) boete. De Hoge Raad stelt zich als cassatierechter in fiscale- en strafzaken ambtshalve actiever op dan de Afdeling als hoger beroepsrechter. Dat geeft wel te denken.