

T. Barkhuysen
M.L. van Emmerik
B.J. van Ettekoven
V. Mul
R. Stijnen
M.F.J.M. de Werd

Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen

*Studie naar aanleiding van
de agenda voor de rechtspraak*



Kluwer

a Wolters Kluwer business

Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen

STUDIE NAAR AANLEIDING VAN DE AGENDA VOOR DE RECHTSPRAAK

Auteurs:

T. Barkhuysen

M.L. van Emmerik

B.J. van Ettekoven

V. Mul

R. Stijnen

M.F.J.M. de Werd

Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen

STUDIE NAAR AANLEIDING VAN DE AGENDA VOOR DE RECHTSPRAAK



Kluwer

a Wolters Kluwer business

Kluwer – Deventer – 2014

Ontwerp omslag: H2R+ creatieve communicatie bv

ISBN 978-90-13-12123-0

ISBN 978-90-13-12124-7 (E-book)

NUR 820-101

© Kluwer BV Deventer 2014

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

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

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

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

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

TEN GELEIDE

Dit rapport is ontstaan uit de behoefte van rechters aan oriëntatie bij hun eigen taak, te weten het bieden van rechtsbescherming wanneer overheidsbevoegdheden ingrijpen in de vrijheidssfeer van de burger. Deze rechters onderkennen het belang van hun taakopvatting nu bestuurlijk handhavend optreden steeds meer nadruk en scherpste krijgt.

Dit bestuurlijk handhavend optreden vindt plaats onder verantwoordelijkheid van politieke ambtsdragers. Is vanuit de politieke optiek een toetsende en mogelijk corrigerende rol van de rechtspraak niet hinderlijk? Wagen de rechters zich hiermee niet teveel op het speelveld van de democratische gelegitimeerde bestuurders, ten koste van het evenwicht in de trias politica?

Wie ziet op welke situaties de overwegingen in dit rapport betrekking hebben, zal zulke gevoelens van ongemak snel achter zich kunnen laten. De toetsing waarvoor dit rapport een handreiking biedt, betreft niet de politieke afweging inzake beleidsdoelen, maar de concrete conflictsituaties die zich bij de uitvoering van het beleid kunnen voordoen. Beslissingen daarover worden gewoonlijk genomen in ambtelijk mandaat, op zo grote afstand van de politieke gezagsdragers dat de democratische legitimatie slechts formeel van aard is.

Nog belangrijker is het, te beseffen dat het opdragen van rechtsbescherming – onder meer inzake fundamentele rechten – aan de rechtspraak wel degelijk politiek gelegitimeerd is, zowel door onze grondwet als door de wetten waarin het beroep op de rechter is geregeld. Op allerlei terreinen, van onteigeningen tot afwijzing van asiolverzoeken, wordt juist door de politiek ter legitimatie van haar handhavingsbeleid erop gewezen dat de onafhankelijke rechter het laatste woord heeft. Dat laatste is echter alleen dan werkelijk geruststellend, wanneer de door de rechter geboden rechtsbescherming effectief is.

Er is dan ook geen reden voor de rechter om in zijn uitspraak aan te kondigen, dat hij 'terughoudend' zal toetsen. Zo'n zelfmarginalisering kan bevreemding oproepen bij de justitiabele die processuele gelijkheid verwacht, maar is ook overbodig. Als een rechter zijn werk doet binnen de constitutionele kaders van de rechtsstaat, vloeit een bepaalde terughoudendheid vanzelf voort uit de aard van de rechterlijke taak, namelijk te *toetsen*, d.w.z. het werk van een ander staatsorgaan te beoordelen. Zegt men daarvan nog eens dat die naar haar aard beperkte taak op een beperkte of marginale manier moet worden uitgevoerd, dan kan dat erop wijzen dat de

rechter aan zijn eigen taak afdoet, zoals soms door het EHRM in vreemdelingenzaken is geconstateerd.

Het voorliggende rapport analyseert precies en op een zeer praktische wijze wat de taak van de rechter meebrengt. In het rapport wordt uiteengezet dat de toetsing van bestuurlijk handelen achteraf niet altijd voldoende is en in de praktijk te laat kan komen. Preventieve rechterlijke toetsing, zoals bij bepaalde strafvorderlijke bevoegdheden, is in het bestuursrecht echter ongebruikelijk. Het kunnen vragen van een voorlopige voorziening biedt dan een gulden middenweg; ze kan voorkomen dat een ongeoorloofde bestuurlijke ingreep in de vrijheden van burgers al heeft plaatsgevonden, voordat de beroepszaak kon worden behandeld; de tussenkomst van de rechter wordt echter wel beperkt tot de gevallen waarin daartoe werkelijk aanleiding bestaat.

Traditionele kwesties zoals de eis van een wettelijke grondslag bij vrijheidsbeperkingen kunnen nog steeds van belang zijn, zoals bleek in de zaak van de schietvereniging de Bunker: een beleidsregel is onvoldoende als grondslag voor een beperking van de in artikel 11 EVRM gegarandeerde vrijheid van vereniging, die ook het recht omvat niet tot een bepaalde vereniging toe te treden (ECLI:NL:RVS:2013:2080). Hier wordt helder dat de rechter op het snijvlak van legitieme bevoegdheidsuitoefening door bestuursorganen en persoonlijke vrijheid werkzaam is. Slechts voor zover de afweging in een algemeen verbindend voorschrift is neergelegd ('prescribed by law'), *kan* een vrijheidsbeperking legitiem zijn – maar altijd zal nog in de concrete situatie van toepassing de proportionaliteit van de ingreep in acht moeten worden genomen.

De legitimatie van (nieuwe) wetgeving die ingrijpt in persoonlijke vrijheden, *kan* onmogelijk op het niveau van de wetgeving 'af' zijn. De procedure die vereist is bij geïndividualiseerd ingrijpen in grondrechten brengt mee dat er een rol van de rechter moet zijn, zoals artikel 13 EVRM uitdrukkelijk bepaalt. Waar nodig worden de kaders van de wet aangevuld met eisen die uit algemene regels of fundamentele rechten voortvloeien, zoals de hoorplicht die in acht moet worden genomen wanneer een vrachtwagenchauffeur door het opleggen van alcoholslotprogramma zijn werk wordt ontnomen (ECLI:NL:RVS:2013:1604).

In zulke zaken zijn het internationale rechterlijke instanties die – zoals hier op basis van het EVRM – het referentiekader aanreiken. Dat is ook hun taak. Het was de wens van het Koninkrijk der Nederlanden en zijn verdragspartners dat een internationale verankering van rechtsstaat en rechten van de mens een terugval van Europese staten in oude zonden zou voorkomen. De rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is daartoe een middel, net als andere individuele beklagmogelijkheden. Het gaat echter bij deze rechtspraak op basis van verdragen om meer. Naast de individuele waarborgen van rechtspraak en beklagmogelijkheden rust op nationale en internationale politieke gremia de taak, *lering* te trekken uit de bevindingen inzake individuele klachten.

Daarmee zijn we terug bij de structuur van de verhouding van wetgeving, bestuur en rechtspraak en bij de aanleiding voor het schrijven van dit rapport. Terugkoppeling, interactie en interinstitutionele dialoog zijn nodig om een rechtsstaat vitaal te houden. De verwevenheid van nationale, Europese en internationale rechtsordes maakt het nodig die waarborgen dezelfde grensoverschrijdende verankering te geven. Dit rapport over effectieve nationale bescherming van rechten en vrijheden, is daarvan de vrucht.

April 2014

Ernst Hirsch Ballin

INHOUDSOPGAVE

Ten geleide / 5

Lijst van gebruikte afkortingen / 13

Hoofdstuk 1 Aanleiding en opzet van het rapport / 17

- 1.1. Aanleiding, opdracht en onderzoeksvraag / 17
- 1.2. Werkwijze / 19
- 1.3. Vier soorten grondrechten en zes soorten maatregelen / 21
- 1.4. Hoofdstukindeling en verantwoording / 21

Hoofdstuk 2 EVRM-waarborgen volgens uit Straatsburgse jurisprudentie / 23

- 2.1. Inleiding / 23
- 2.2. De bestuurlijke boete en de strafrechtelijke geldboete / 24
 - 2.2.1. Introductie / 24
 - 2.2.2. Moment van toetsing / 24
 - 2.2.3. Omvang en intensiteit van toetsing / 26
 - 2.2.4. Tussenbalans / 28
- 2.3. De bestuurlijke en strafrechtelijke gevolgen van antecedenten / 29
 - 2.3.1. Introductie / 29
 - 2.3.2. Moment van toetsing / 29
 - 2.3.3. Omvang en intensiteit van toetsing / 32
 - 2.3.4. Tussenbalans / 35
- 2.4. De bewaring van vreemdelingen en verdachten / 36
 - 2.4.1. Introductie / 36
 - 2.4.2. Moment van toetsing / 37
 - 2.4.3. Omvang en intensiteit van de toetsing / 38
 - 2.4.4. Tussenbalans / 38
- 2.5. Veiligheidsrisicogebieden en fouillering / 38
 - 2.5.1. Introductie / 38
 - 2.5.2. Moment van toetsing / 39
 - 2.5.3. Omvang en intensiteit van toetsing / 40
 - 2.5.4. Tussenbalans / 41
- 2.6. Het binnentreden van woningen / 41
 - 2.6.1. Introductie / 41

2.6.2.	Moment van toetsing / 42
2.6.3.	Omvang en intensiteit van toetsing / 43
2.6.4.	Tussenbalans / 44
2.7.	De vordering van inlichtingen en gegevens / 44
2.7.1.	Introductie / 44
2.7.2.	Moment van toetsing / 47
2.7.3.	Omvang en intensiteit van toetsing / 48
2.7.4.	Tussenbalans / 48
2.8.	Slotopmerkingen bij hoofdstuk 2 / 49
2.8.1.	Deelconclusie / 49
2.8.2.	Kanttekeningen bij de verdragsconformiteit van rechtsbescherming; onder de streep telt alleen het materiële resultaat / 50
2.8.3.	EU-ontwikkelingen; horizontale en verticale verdragsverplichtingen / 52

Hoofdstuk 3 Het nationale recht en de toegang tot de nationale rechter / 55

3.1.	Inleiding / 55
3.2.	De bestuurlijke boete en de strafrechtelijke geldboete / 55
3.2.1.	Introductie: Het Financieele Dagblad tegen Nederland / 55
3.2.2.	Het wettelijk kader / 57
3.2.3.	De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen / 61
3.2.4.	Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter / 68
3.3.	De bestuurlijke en strafrechtelijke gevolgen van antecedenten / 76
3.3.1.	Introductie: Bingöl tegen Nederland / 76
3.3.2.	Het wettelijk kader / 77
3.3.3.	De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen / 78
3.3.4.	Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter / 83
3.4.	De bewaring van vreemdelingen en verdachten / 89
3.4.1.	Introductie: De zaak Schijnheilig / 89
3.4.2.	Het wettelijk kader / 90
3.4.3.	De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen / 92
3.4.4.	Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter / 94
3.5.	Veiligheidsrisicogebieden en fouillering / 97
3.5.1.	Introductie: Colon versus Nederland / 97
3.5.2.	Het wettelijk kader / 98
3.5.3.	De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen / 100
3.5.4.	Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter / 101
3.6.	Het binnentreden van woningen / 103
3.6.1.	Introductie: Ontruiming kraakpanden / 103
3.6.2.	Het wettelijk kader / 104

- 3.6.3. De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen / 107
- 3.6.4. Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter / 109
- 3.7. De vordering van inlichtingen en gegevens / 117
- 3.7.1. Introductie: Difotrust tegen de Staat / 117
- 3.7.2. Het wettelijk kader / 118
- 3.7.3. De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen / 122
- 3.7.4. Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter / 124
- 3.8. Slotopmerkingen bij hoofdstuk 3 / 132

Hoofdstuk 4 Adequate rechtsbescherming en de 'knoppen' van de wetgever / 135

- 4.1. Inleiding / 135
- 4.2. De 'knoppen' van de wetgever in het bestuurs(proces)recht / 135
- 4.2.1. De nulloptie / 137
- 4.2.2. Welke rechter moet rechtsbescherming verlenen? En verder besluitbegrip, belanghebbende-begrip en consistentie / 137
- 4.2.3. Welke bestuursrechter(s)? / 141
- 4.2.4. Hoeveel instanties? / 142
- 4.2.5. Beroep of verzoek? / 143
- 4.2.6. Is de rechtsgang Awb-conform of zijn afwijkingen van de Awb geboden? / 144
- 4.2.7. Toetsing en finaliteit / 149
- 4.2.8. Het spoedoordeel en de voorlopige voorziening / 151
- 4.2.9. Preventieve rechterlijke toetsing, schorsende werking en opschortende werking / 152
- 4.2.10. Beslistermijnen en de gevolgen van niet tijdig beslissen / 157
- 4.2.11. De bestuurlijke voorprocedure / 158
- 4.2.12. Prorogatie / 159
- 4.2.13. De aankondiging / 160
- 4.3. De relatie tussen inbreuk op (grond)rechten en het procesrecht / 162
- 4.3.1. Spoed en onomkeerbare gevolgen / 162
- 4.3.2. Nogmaals: consistentie / 165
- 4.4. Waarborgen ter bescherming van grondrechten in het straf(proces)recht / 168
- 4.4.1. Inleiding; beginselen / 168
- 4.4.2. Waarborgen ter bescherming van grondrechten in de opsporing / 168
- 4.4.3. Bijzondere opsporingsbevoegdheden / 170
- 4.4.4. Vrijheidsbenemende dwangmiddelen / 171
- 4.4.5. Kritiek bij de toepassing van de voorlopige hechtenis / 172
- 4.4.6. Waarborgen ter bescherming van grondrechten in de vervolging en berechting / 174

- 4.4.7. Waarborgen ter bescherming van grondrechten in de tenuitvoerlegging / 175
- 4.4.8. Tot slot: compensatie voor onrechtmatige inbreuk op grondrechten / 176

Hoofdstuk 5 Conclusies en observaties / 179

- 5.1. Inleiding: opzet van dit hoofdstuk / 179
- 5.2. Conclusies / 180
- 5.3. Observaties / 182

Bijlage / 189

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

AB	Administratierechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
ACM	Autoriteit Consument en Markt
AFM	Stichting Autoriteit Financiële Markten
A-G	advocaat-generaal
AMvB	algemene maatregel van bestuur
art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awbi	Algemene wet op het binnentreden
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BNB	Beslissingen in Belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
BW	Burgerlijk Wetboek
BZK	(ministerie van) Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Chw	Crisis- en herstelwet
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DNB	De Nederlandsche Bank N.V.
EHRC	European Human Right Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EU-Handvest	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
FIOD - ECD	Fiscale inlichten- en opsporingsdienst - Economische controledienst
FR	Tijdschrift voor Financieel Recht
Gst.	de Gemeentestem
GvEA	Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
Hvw	Huisvestingswet
Instellingswet ACM	Instellingswet Autoriteit Consument en Markt
IVBPR	Internationaal Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JBplus	Jurisprudentie Bestuursrecht plus
JOR	Jurisprudentie Onderneming en Recht
JWWB	Jurisprudentie Wet werk en bijstand
ECLI	European Case Law Identifier (te vinden op rechtspraak.nl)

M&M	Markt & Mededinging
MvT	Memorie van Toelichting
Mw	Mededingingswet
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJCM-Bulletin	Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten
NJB	Nederlands Juristen Blad
No	Nationale ombudsman
NbSr	Nieuwsbrief Strafrecht
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NtER	Nederlands tijdschrift voor Europees Recht
OM	openbaar ministerie
Parl. Gesch. Awb I	Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Eerste Tranche
Parl. Gesch. Awb II	Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Tweede Tranche
Parl. Gesch. Awb III	Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Derde Tranche
Rawb	Rechtspraak Algemene wet bestuursrecht
Rb.	rechtbank
RF	Rechtspraak Financieel recht
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
RSV	Rechtspraak Sociale Zekerheid
RvdW	Rechtspraak van de Week
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
SZW	(Ministerie van) Sociale Zaken en Werkgelegenheid
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
VAR	Vereniging voor bestuursrecht
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
V en J	(ministerie van) Veiligheid en Justitie
VN	Vakstudie Nieuws
VOG	Verklaring omtrent het gedrag
VWEU	Verdrag betreffende werking van de Unie
ABRvS (vz.) (vznr.)	Voorzitter Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voorzieningenrechter
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
WAHV	Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften
Wav	Wet arbeid vreemdelingen
WED	Wet op de economische delicten
Wet Bibob	Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur
Wft	Wet op het financieel toezicht
Whc	Wet handhaving consumentenbescherming
Wmg	Wet marktordening gezondheidszorg
Wob	Wet openbaarheid van bestuur

Lijst van gebruikte afkortingen

Wro	Wet ruimtelijke ordening
Wte 1995	Wet toezicht effectenverkeer 1995
Wth	Wet tijdelijk huisverbod
WW	Werkloosheidswet
WWM	Wet wapens en munitie
WWB	Wet werk en bijstand

HOOFDSTUK 1

AANLEIDING EN OPZET VAN HET RAPPORT

1.1. Aanleiding, opdracht en onderzoeksvraag

We leven in een tijd waarin de overheid inzet op een repressieve aanpak. Tal van maatregelen worden gelanceerd die de overheid in staat moet stellen adequaat te handelen of in te grijpen bij (dreigende) inbreuken op de rechtsorde. In het strafrecht zijn ontwikkelingen gaande met als doel de overheid eerder en slagvaardiger te kunnen laten ingrijpen. De 'klassieke' mogelijkheden van de strafrechter om het handelen van politie en justitie preventief te toetsen zijn beperkt. De regering realiseert zich dat en wil ook bij lichtere vergrijpen eerder kunnen ingrijpen. Actueel is het voornemen van de bewindspersonen om het strafrecht zo te wijzigen dat de rechter de verdachte tijdens het vooronderzoek verplichtende maatregelen kan opleggen om recidive te voorkomen en gedragsverandering te bevorderen. Het gaat dan om verplichte begeleiding of zorg of een verbod op bepaalde activiteiten of een gebiedsverbod. Daarnaast komt er een nadere regeling in de wet van de voorwaarden waaronder de voorlopige hechtenis wordt geschorst met het oog op gedragsverandering en vroegtijdig reclasseringstoezicht. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de verplichting deel te nemen aan een programma dat de kans op recidive vermindert, een contactverbod, gebiedsverbod of een meldplicht.¹ Maatregelen die de grondrechten van burgers raken.

Ook in het bestuursrecht kan worden signaleerd dat bestuursorganen worden toegerust met tal van bevoegdheden, die soms diep ingrijpen in de grondrechten van burgers. Bij wijze van voorbeeld kunnen worden genoemd: het instellen van veiligheidsrisicogebieden (art. 151b Gemeentewet), cameratoezicht (art. 151c Gemeentewet), de gebiedsaanwijzing ernstige overlast (art. 172 a en art. 172b Gemeentewet en art. 509hh Wsv), de Wet Bibob, sluiting van (drugs)panden (art. 13b Opiumwet en art. 174a Gemeentewet), het publiceren van sancties en maatregelen (onder meer de art. 1:97-1:99 Wft en art. 8 Wob), het huisverbod (Wet tijdelijk huisverbod), persoonsgericht verstoren en toezicht door huisbezoeken. Alle reeds ingevoerde, in procedure zijnde, aangekondigde en nog komende maatregelen nopen tot heroverdenking van de rol van de rechter. Wat is zijn taak? Op welke

¹ 'Extra maatregelen om Nederland veiliger te maken'. Te vinden op <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties>. De minister en staatssecretaris van V en J baseren zich hierbij op in opdracht van het ministerie van V en J verricht inventariserend onderzoek door de Erasmus Universiteit Rotterdam (F.W. Bleichrodt, P.A.M. Mevis en B.W.A. Volker, *Vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht; een rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Sdu 2012).

wijze kan hij daar invulling aan geven? En op welk moment moet hij rechtsbescherming kunnen verlenen?

In de Agenda van de Rechtspraak 2011-2014 *Gericht op de samenleving* wordt als eerste doelstelling geformuleerd dat rechtspraak bijdraagt aan de versterking van de rechtsstaat. In de toelichting van de agenda is dit onder meer als volgt geconcretiseerd:

‘Met het oog op de rechtsbescherming van burger en bedrijfsleven zorgt de Rechtspraak ervoor dat in het eigen functioneren geen reden gevonden kan worden om de rechter slechts een achteraf toetsende rol toe te kennen of taken zelfs geheel weg te nemen. In het bijzonder wordt hierbij gedacht aan voorafgaande rechterlijke tussenkomst bij het opleggen van bestuurlijke sancties waarbij fundamentele rechten van burgers in het geding zijn. Als de ernst van de situatie vraagt om een onmiddellijke beslissing voorziet de Rechtspraak daarin. In één of meer pilots zal worden bezien hoe dit het beste kan worden georganiseerd.’²

Ter uitvoering van deze doelstelling hebben de landelijke overleggen van de rechtsgebieden bestuurs- en strafrecht – het LOVB en het LOVS – een werkgroep ingesteld. De werkgroep bestaat uit de volgende leden:

- mr. G. van Zeben-de Vries (raadsheer Centrale Raad van Beroep en voorzitter van de werkgroep);
- prof. mr. B.J. van Ettekoven (hoogleraar staats- en bestuursrecht Universiteit van Amsterdam en staatsraad Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State);
- mr. dr. R. Stijnen (senior stafjurist rechtbank Rotterdam);
- mr. dr. M.F.J.M. de Werd (raadsheer gerechtshof Amsterdam);
- mr. H.G. Lubberdink (staatsraad Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State);
- mr. T.L. de Vries (senior raadsheer Centrale Raad van Beroep);
- mr. dr. V. Mul (senior rechter en coördinerend rechter-commissaris rechtbank Rotterdam);
- prof. mr. T. Barkhuysen (hoogleraar staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden en advocaat); en
- mr. dr. M.L. van Emmerik (universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de afdeling bestuursrecht van de rechtbank Amsterdam).

De onderzoeksvraag die de werkgroep zich heeft gesteld is of – juist in het licht van de verdragsverplichtingen – er aanleiding is de intensiteit van toetsing door de bestuursrechter en het moment daarvan te heroverwegen, althans voor zover het overheidshandelen een (potentiële) inbreuk op een of meer grondrechten oplevert.

De werkgroep wil deze vraag beantwoorden door eerst te bezien welke eisen uit de verdragen voortvloeien ten aanzien van toetsingsmoment en toetsingsintensiteit. Dit dan met name voor een viertal categorieën van (inbreuken op) grondrechten, die in het bestuursrecht relatief vaak aan de orde zijn. In kaart zal worden gebracht wat de ondergrens van rechtsbescherming is. Het gaat in het bijzonder om de art. 3, 5 en 8

² *Gericht op de samenleving*, derde bullitpoint op p. 20 (pdf-bestand), te vinden op <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Agenda-van-de-Rechtspraak-2011-2014>.

EVRM en art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM, zo blijkt uit een verkenning (zie de verderop genoemde matrix, die als bijlage is opgenomen). De vraag die daarbij voorop staat is in welke fase van besluitvorming de bestuursrechter moet kunnen optreden om nog te spreken van een 'effective remedy' en welke toetsingsintensiteit die bepalingen vragen van de rechter? Vervolgens wil de werkgroep deze eisen spiegelen aan het nationale recht. Tevens wil de werkgroep aangeven welke keuzes de wetgever in de praktijk maakt en kan maken voor wat betreft de inschakeling van de bestuursrechter, strafrechter of civiele rechter en in welke gevallen preventieve toetsing van maatregelen of schorsende alsmede opschortende werking (van rechtsmiddelen) plaats heeft. Hierbij zal de werkgroep ook de consistentie van het stelsel van rechtsbescherming bezien. Ten slotte wil de werkgroep ingaan op de vraag of Nederland de ondergrens van rechtsbescherming die volgt uit de rechtspraak over het EVRM als uitgangspunt zou moeten nemen bij de inrichting van het nationale procesrecht en de taakstelling van de rechter of dat het wel een 'tandje hoger' mag.

1.2. Werkwijze

In het kader van het onderzoek is bezien welke eisen uit de verdragen – vooral het EVRM – voortvloeien ten aanzien van het moment van rechterlijke toetsing en de toetsingsintensiteit. Op deze plaats merken wij alvast op dat bezinning op het tijdstip waarop de nationale rechter zich over grondrechten beperkend overheidsingrijpen buigt en welke toetsingsintensiteit hij daarbij aan de dag zou moeten leggen niet los kan worden gezien van Europese ontwikkelingen. Het Europees Hof voor de Rechten van Mens vindt dat hetzelfde een meer subsidiaire rol moet gaan spelen ten gunste van de nationale rechter,³ dit enerzijds omdat de case load uit de hand loopt en anderzijds omdat lidstaten klagen dat Straatsburg te bemoeizuchtig is.⁴ Blijkens de verklaring van Brighton van 20 april 2012 ondersteunen de lidstaten van de Raad van Europa die subsidiariteitsgedachte:

'The Conference (...): Affirms the strong commitment of the States Parties to fulfil their primary responsibility to implement the Convention at national level (...) In particular, expresses the determination of the States Parties to ensure effective implementation of the Convention at national level by taking the following specific measures, so far as relevant: (...) Considering the introduction if necessary of new domestic legal remedies, whether of a specific or general nature, for alleged violations of the rights and freedoms under the Convention; (...) Enabling and encouraging national courts and tribunals to take into account the relevant principles of the Convention, having regard to the case law of the Court, in conducting proceedings and formulating judgments; and in particular enabling litigants, within the appropriate parameters of national

3 Voorbeelden zijn EHRM 23 november 2006 AB 2007/51 (Jussila t. Finland; de bestuurlijke boete vormt geen hard-core strafrecht, zodat dan niet alle waarborgen van art. 6 EVRM ten volle hoeven te worden gegarandeerd); EHRM 20 september 2011, AB 2012/26 (Ullens de Schooten en Rezabek t. België; er is geen gegarandeerd recht op het stellen van prejudiciële vragen); EHRM 7 juni 2012, AB 2012/334 (Segame t. Frankrijk; een wettelijk gefixeerde (belasting)boete is niet in strijd met de eis van 'full jurisdiction') en EHRM 9 oktober 2012, AB 2013/36 (Zwinkels t. Nederland; ontvanke-lijkeitsbeslissing in triviale boetezaak van € 8.000).

4 Zie daarover het in de Eerste Kamer gevoerde gesprek met deskundigen over het EHRM, *Kamerstukken I* 2011/12, 33 000 V, L. Zie ook J.H. Gerards, 'De Brighton-verklaring en de toekomstbestendigheid van het EHRM', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, NJCM-Bulletin 2013/5, p. 609-625.

judicial procedure but without unnecessary impediments, to draw to the attention of national courts and tribunals any relevant provisions of the Convention and jurisprudence of the Court (...)⁵

Met het oog op het selecteren van een aantal onder de loep te nemen maatregelen in straf- en bestuursrecht heeft de werkgroep een matrix opgesteld van de diverse mogelijke grondrechtbeperkende handelingen door de overheid. Het gaat daarbij om toezicht, dwangmiddelen, sancties en andere maatregelen (hierna ook: maatregelen) die hun grondslag vinden in het Wetboek van Strafrecht het Wetboek van Strafvordering, de Algemene wet bestuursrecht, de Gemeentewet, de Wet Economische Delicten, de Wet handhaving consumentenbescherming en diverse andere bestuurs- en strafwetgeving. In de matrix zijn per maatregel de door de wetgever gebruikte rechtsbeschermingsopties weergegeven. Daarbij is aangegeven welke rechter op welk moment kan worden geadieerd (vooraf, tijdens of na de maatregel). Voorts is aangegeven welke grondrechten mogelijk per maatregel in geschil zijn. Onderaan de matrix zijn ten slotte grondrechten gekoppeld aan de Grondwetsbepalingen en verdragsbepalingen waarin die liggen besloten en is voorts geïnventariseerd welke methoden van rechtsbescherming zich in het bestuursrecht en het strafrecht voordoen. De matrix is als bijlage gevoegd bij het rapport.

Aan de hand van deze matrix heeft de werkgroep een zestal categorieën maatregelen in het straf- en bestuursrecht geselecteerd. Het onderzoek heeft zich vervolgens toegespitst op dit zestal categorieën maatregelen. Aan de hand van die categorieën is onderzocht welke eisen voortvloeien uit de verdragen, maar ook op welke wijze het (proces)recht en de rechtsbescherming in het Nederlandse recht is uitgewerkt. De werkgroep heeft gezien of een toetsingsmodel of stappenplan kan worden gemaakt waarbij de aard van de maatregel en de ernst van de (potentiële) inbreuk op de grondrechten wordt afgezet tegen de gekozen rechtsbeschermingsmodaliteit. Zo valt bij de verkenning van de maatregelen in het bestuursrecht op dat deze nogal verschillen zowel wat betreft het niveau waarop zij geregeld zijn (in mandaat/delegatie) als wat de vorm betreft (wel of geen uitgestelde inwerkingtreding van het besluit, wel of geen schorsende werking van de rechtsmiddelen bezwaar, beroep of hoger beroep). Een dergelijk model zou dienstig kunnen zijn bij het wetgevingsproces en de advisering daaraan voorafgaand, maar ook bij de rechterlijke toetsing. Een van de vragen die de werkgroep heeft uitgelicht is of kan worden volstaan met rechterlijke toetsing achteraf, dan wel dat vaker moet worden voorzien in preventieve rechterlijke toetsing.

De werkgroep heeft een concept onderzoeksrapport opgesteld, dat ter becoming-tariëring is voorgelegd aan vertegenwoordigers van de wetenschap, de rechtspraak (balie), de wetgever en de rechtspraak. Daartoe zijn onder voorzitterschap van mr. drs. D.A. Verburg (senior rechter inhoudelijk adviseur rechtbank Midden-Nederland) twee workshops georganiseerd op de (maandag)middagen 16 en 23 september 2013. De uitkomsten in de workshops zijn verwerkt in de eindversie van het onderzoeksrapport.

⁵ <http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration>.

1.3. Vier soorten grondrechten en zes soorten maatregelen

De werkgroep heeft het onderzoek toegespitst op vier soorten inbreuken op grondrechten, te weten:

- (1) eigendomsontneming/-beperking (o.m. art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM);
- (2) vrijheidsontneming/-beperking (o.m. art. 5 EVRM);
- (3) inbreuk op lichamelijke integriteit (o.m. art. 3 en 8 EVRM); en
- (4) inbreuk op privacy-/huisrecht (o.m. art. 8 EVRM).

Gelet op deze inbreuken en gelet op vragen die uit de praktijk naar voren komen met betrekking tot die inbreuken heeft de werkgroep besloten om een vergelijking te maken tussen de volgende zes 'tandems' aan bestuurlijke en strafrechtelijke maatregelen:

- (1a) de bestuurlijke boete en de strafrechtelijke geldboete;
- (1b) de onthouding of intrekking van vergunningen en licenties op grond van antecedenten die bestaan uit vastgestelde overtredingen of vermoedens en de strafrechtelijke gevolgen van dergelijke antecedenten;
- (2) de vreemdelingenbewaring (inclusief bewaring minderjarige vreemdelingen) en strafrechtelijk voorarrest (inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis);
- (3) het aanwijzen van een veiligheidsrisicogebied door de burgemeester na verordening raad en de fouillering door politieambtenaren;
- (4a) het binnentreden van woningen in het kader van het bestuurlijk toezicht en strafvordering;
- (4b) de vordering van inlichtingen en gegevens door toezichthouders en opsporingsambtenaren.

Opgemerkt moet daarbij worden dat met betrekking tot de onderdelen 1a en 1b naast de eigendomsontneming ook de noties van onschuldpresumptie, een 'effective remedy' en toegang tot de rechter een zelfstandige rol spelen. Naast eigendomsontneming gaat bij die onderdelen dan ook aandacht uit naar art. 6 EVRM als bijkomende of afzonderlijke toetssteen. Voorts moet de kanttekening worden gemaakt dat de veiligheidsfouillering door het Europees Hof voor de Rechten van Mens wordt getoetst aan art. 8 EVRM, zodat in dit kader naast art. 3 EVRM ook art. 8 EVRM wordt genoemd.

1.4. Hoofdstukindeling en verantwoording

Hoewel het definitieve rapport is vastgesteld door de werkgroep, heeft binnen de werkgroep een onderverdeling van (onderzoeks)werkzaamheden plaatsgehad.

In hoofdstuk 2 worden door Barkhuysen en Van Emmerik telkens per soort maatregel (dus de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke varianten) achtereenvolgens de eisen die het Europees Hof voor de Rechten van Mens stelt aan het moment van rechterlijke toetsing en de omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter beschreven. Per soort maatregel geven de auteurs een korte tussenbalans. Met betrekking tot het moment van toetsing gaat daarbij aandacht uit naar de eventuele

opschortende werking en de redelijke termijnen besproken. Bij dit laatste gaat het vooral, doch niet alleen om de beoordeling van de evenredigheid van de maatregel.

De in hoofdstuk 2 besproken maatregelen, worden in hoofdstuk 3, dat is geschreven door Stijnen, nader beschouwd in het licht van de nationale wetgeving. In dit hoofdstuk wordt elke maatregelcategorie ingeleid met een casus, die in veel gevallen is geëindigd met een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van Mens. Vervolgens gaat de auteur in op de materiële en/of formele bevoegdheden van de nationale autoriteiten. Daarna worden het moment en de intensiteit van de rechterlijke toetsing besproken. In hoofdstuk 3 gaat het om de wijze waarop deze onderwerpen zijn ingekaderd in de nationale materiële wet- en regelgeving en het nationale procesrecht, maar dit laat onverlet dat wordt voortgeborduurd op de uit hoofdstuk 2 verkregen inzichten.

Waar de eerste twee hoofdstukken vooral beschrijvend van aard zijn, ontvouwt Van Etehoven in hoofdstuk 4 – naar aanleiding van de voornoemde matrix en de voorgaande hoofdstukken – een conceptueel kader ter zake van adequate rechtsbescherming en de ‘knoppen’ van de wetgever voor wat betreft met name het bestuursrecht. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de keuzes die de wetgever maakt en kan maken voor wat betreft de inschakeling van de bestuursrechter, strafrechter of civiele rechter. Daarbij wordt voorts stilgestaan bij preventieve toetsing van maatregelen, schorsende en opschortende werking (van rechtsmiddelen). Ook wordt door de auteur ingegaan op onder meer het besluitbegrip, voorprocedurevormen en sprongberoep. Hij verbindt een en ander niet alleen met de notie van concrete rechtsbescherming, maar ook met die van consistent procesrecht. Aan het eind van dit hoofdstuk wordt door Mul ingegaan op de waarborgen ter bescherming van grondrechten in het straf(proces)recht. Hierbij ligt de focus op wie wat toetst afhankelijk van de soort ingreep in grondrechten.

Het afsluitende hoofdstuk 5 bevat de conclusies van de auteurs van de voorgaande hoofdstukken plus een viertal observaties van De Werd. In dit slotdeel verbinden de auteurs aan de voorgaande hoofdstukken een aantal conclusies en doen aan de hand daarvan enige aanbevelingen. In dit hoofdstuk wordt verder met name ingegaan op de vraag of Nederland de ondergrens van rechtsbescherming die volgt uit de rechtspraak rond het EVRM als uitgangspunt zou moeten nemen bij de inrichting van het nationale procesrecht en de taakstelling van de rechter of dat het wel een ‘tandje hoger’ mag. Voorts wordt stilgestaan bij inconsistenties in rechtsbescherming.

De tekst van het rapport werd afgesloten begin mei 2014.

HOOFDSTUK 2

EVRM-WAARBORGEN VOLGEND UIT STRAATSBURGSE JURISPRUDENTIE

2.1. Inleiding

In deze deelbijdrage van het rapport staan de EVRM-waARBorgen en de Straatsburgse jurisprudentie centraal. Er komt dus behoudens enige uitzonderingen geen nationale jurisprudentie over de deelonderwerpen aan de orde waarin de nationale rechter toepassing geeft aan het EVRM. Deze is namelijk al opgenomen in het volgende hoofdstuk. Verder staat het EVRM centraal nu dat het voor Nederland leidende verdragsrechtelijke document is op het terrein van de grondrechten. De jurisprudentie van het EHRM is daarbij ver ontwikkeld. Vanzelfsprekend zal ook aandacht worden besteed aan andere verdragsrechtelijke waarborgen, zoals het EU-Handvest, maar alleen waar dat iets toevoegt aan het EVRM-kader.

Er wordt ingegaan op de verschillende deelonderwerpen volgens een vast stramien: introductie, moment van toetsing, omvang en intensiteit van toetsing en tussenbalans. Aan het einde wordt gepoogd een aantal lijnen vanuit de deelonderwerpen door te trekken naar algemener geldende uitgangspunten. Bij het onderzoek staat, als gezegd, de Straatsburgse jurisprudentie centraal en komt waar nodig ook relevante literatuur aan bod. Op deze wijze wordt een opmaat geboden voor de behandeling van het nationale wettelijke kader per deelonderwerp, de jurisprudentie daarover en eventueel de beoordeling daarvan door de nationale rechter met het oog op het EVRM alsmede de vraag naar de al dan niet gerechtvaardigde verschillen met de rechtsbescherming ten aanzien van min of meer vergelijkbare strafrechtelijke maatregelen. Op basis daarvan kan dan worden gezien of het nationale recht bijstelling behoeft.

Voorop staat dat bij het schetsen van het EVRM-kader de betrokken maatregel het vertrekpunt is en niet de vraag of deze volgens het nationale recht bestuursrechtelijk of strafrechtelijk geregeld is. Vanuit EVRM-perspectief maakt dat in de regel namelijk niet uit. Gelet op de centrale vraagstelling van dit onderzoek is daarbij uiteindelijk steeds leidend welke EVRM-minimumeisen gelden ten aanzien van de diverse te onderzoeken bestuurlijke maatregelen. Wel wordt steeds gezien of de wijze van regeling in het nationale recht toch nog invloed heeft op de geldende EVRM-waARBorgen.

2.2. De bestuurlijke boete en de strafrechtelijke geldboete

2.2.1. Introductie

De oplegging van een boete is zoals bekend als strafvervolgung in de zin van art. 6 EVRM te beschouwen, al valt deze sanctie in veel nationale rechtsstelsels, waaronder het Nederlandse, vaak niet onder het strafrecht maar onder het bestuursrecht.¹ Indien sprake is van een dergelijke 'criminal charge' gelden bovenop de procedurele eisen van art. 6 lid 1 EVRM, ook de eisen van het tweede (de onschuldpresumptie) en derde lid (onder meer het recht op adequate verdediging en taalhulp, alsmede het recht om zo spoedig mogelijk de aard van de beschuldiging te vernemen) van deze bepaling. Art. 6 EVRM verzet zich niet tegen het opleggen van sancties die een 'criminal charge' inhouden door het bestuur, maar wel moet daartegen rechterlijk beroep open staan conform art. 6 lid 1 EVRM en ook dienen daarbij de eisen van art. 6 lid 2 en 3 in acht te worden genomen.² Ook lichte bestuurlijke boeten vallen onder de 'criminal charge'-vlag van art. 6 EVRM, zij het dat in bepaalde gevallen niet alle waarborgen (zoals de hoorplicht) hoeven te worden gegarandeerd.³

Overigens stellen ook het eigendomsrecht van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM (al dan niet in combinatie met het recht op effectieve rechtsbescherming van art. 13 EVRM)⁴ alsmede art. 49 lid 3 EU-Handvest eisen aan de rechtsbescherming en waarborgen ten aanzien van opgelegde boetes.⁵ In die laatste bepaling valt op dat het evenredigheidsvereiste daarin met zoveel woorden wordt genoemd. Op deze bepalingen wordt hierna niet nader ingegaan, nu daaruit (vooralsnog) geen aanvullende eisen voortvloeien ten aanzien van de bescherming die art. 6 EVRM reeds biedt.

2.2.2. Moment van toetsing

Nu een strafrechtelijke boete door de strafrechter wordt opgelegd⁶ en pas daarna kan worden geëffectueerd, is het waar het betreft het moment van de toetsing vooral interessant naar de bestuurlijke boete te kijken.

1 Zie in dit verband onder meer F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Bju 2007 en R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

2 Vgl. EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/937 (Öztürk t. Duitsland).

3 EHRM 23 november 2006 AB 2007/51 (Jussila t. Finland).

4 EHRM 28 juni 2011, AB 2012/15 (FD t. Nederland).

5 Vgl. HvJ EU 9 februari 2012, AB 2012/56 (Márton Urbán; wettelijk gefixeerde boetes mogen in een individueel geval niet onevenredig uitpakken; differentiatie naar de ernst van de feiten moet mogelijk zijn) en HvJ EU 19 juli 2012, VN 2012/51.19 (EMS-Bulgaria Transport; nationale rechter moet evenredigheid boete kunnen toetsen). Zie meer uitgebreid M.L. van Emmerik en C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', in: C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR-reeks 152), Bju: Den Haag 2014, p. 145-152.

6 De zogenaamde OM-boete kan ook worden beschouwd als een door het bestuur opgelegde boete.

Uit de Straatsburgse jurisprudentie volgt dat de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM niet uitsluit dat de tenuitvoerlegging van boetebesluiten plaatsvindt, voordat de rechter onherroepelijk over de schuld van de overtreder heeft beslist. Recent oordeelde het EHRM in een zaak over bestuurlijke boetes in meer algemene zin bijvoorbeeld:

'Nonetheless, the Court reiterates that even where an adjudicatory body, including an administrative one as in the present case, which determines disputes over "civil rights and obligations" does not comply with Article 6 § 1 in some respect, no violation of the Convention can be found if the proceedings before that body are "subject to subsequent control by a judicial body that has "full" jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 § 1 (see *Albert and Le Compte*, cited above, § 29).'⁷

De bevoegdheid tot onmiddellijke executie moet wel binnen redelijke grenzen worden toegepast, waarbij een rechtvaardig evenwicht tussen de betrokken belangen in acht moet worden genomen.⁸ Dit is van belang voor de bestuurlijke boete: in beginsel moet de overtreder deze betalen, voordat de rechter heeft geoordeeld over de rechtmatigheid van het boetebesluit.⁹ Deze rechtspraak maakt het dus in beginsel mogelijk (boete)besluiten ten uitvoer te leggen, voordat de rechter onherroepelijk over de schuld van de overtreder heeft beslist. Een en ander echter wel onder voorwaarde dat de oorspronkelijke rechtspositie (met name de financiële situatie) van de overtreder kan worden hersteld. Is dat niet mogelijk dan moet van onmiddellijke tenuitvoerlegging worden afgezien.

Deze rechterlijke toetsing moet op grond van art. 6 lid 1 EVRM wel binnen een redelijke termijn plaatsvinden. Van groot belang hierbij is dat de redelijke termijn reeds in de bestuurlijke voorfase begint te lopen, namelijk op het moment dat er van een geschil sprake blijkt te zijn. Dat is bij niet-punitieve zaken doorgaans het geval als er een bezwaarschrift wordt ingediend. Wanneer het gaat om bestraffende sancties dan ligt het beginpunt bij het moment van de 'charge'. Dat is kort gezegd het moment waarop de betrokkene uit de opstelling van de autoriteiten mag afleiden dat hij zal worden vervolgd of beboet.¹⁰ De op basis van art. 6 EVRM toelaatbare termijn is overigens korter naarmate er voor de betrokkene meer op het spel staat.¹¹ Dat impliceert dat weliswaar rechterlijke toetsing vooraf van een bestuurlijke boete onder art. 6 EVRM niet vereist is, maar onder omstandigheden wel een extra voortvarende behandeling door de rechter in het kader van de toetsing achteraf geïndiceerd kan zijn. Voorbeelden daarvan uit de boetesfeer hebben we echter niet aangetroffen.

7 EHRM 21 juli 2011, *EHRC* 2012/6 (*Sigma Radio Television Ltd. t. Cyprus*), punt 151.

8 EHRM 23 juli 2002, *EHRC* 2002/88 (*Janosevic t. Zweden*).

9 Vgl. de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, 134-135.

10 Vgl. T. Barkhuysen en B.J. van Ettehoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009, p. 129-141; A.M.L. Jansen, Overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van de redelijke termijn, *O&A* 2009, p. 60-68 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

11 EHRM 27 juni 2000, *AB* 2001/86 (*Frydlender t. Frankrijk*); EHRM 29 maart 2006, *AB* 2006/294 (*Scordino t. Italië*) en EHRM 29 maart 2006, *JB* 2006/134 (*Pizzati t. Italië II*).

2.2.3. Omvang en intensiteit van toetsing

Een belangrijke vraag is vervolgens of art. 6 EVRM bijzondere eisen stelt aan de rechterlijke toetsing als een bestuurlijke boetebesluit uiteindelijk aan de rechter wordt voorgelegd. Centraal staat in dit verband de zogenaamde eis van 'full jurisdiction'. Op grond hiervan moet de nationale rechter de bevoegdheid hebben alle voor het geschil relevante kwesties betreffende de feiten en het recht te onderzoeken en daaraan gevolgen te verbinden.¹² Aangenomen kan worden dat in dit verband in het geval van een 'criminal charge' zwaardere eisen gelden dan wanneer het geschil alleen zou gaan om 'civil rights and obligations'. In het bijzonder gaat het dan om de verplichting voor de rechter om een indringende of 'volle' toetsing te verrichten van de evenredigheid tussen de hoogte van de punitieve sanctie aan de ene kant, en de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid aan de andere kant.¹³

In de Italiaanse zaak Menarini gaat het om mededingingsboete van maar liefst zes miljoen euro.¹⁴ Hoewel de Italiaanse mededingingsautoriteit beoordelingsruimte toekomt bij de vaststelling van een mededingingsrechtelijke overtreding, is volgens het EHRM voldaan aan de eis van volledige rechtsmacht. De Italiaanse bestuursrechter kon ten volle beoordelen of de mededingingsautoriteit haar bevoegdheid op juiste wijze had ingezet en of de sanctieoplegging proportioneel was en berustte op een juiste beoordeling van de (technische) feiten. Daarnaast kon de rechter ook de proportionaliteit van de sanctie zelf beoordelen en deze desgewenst vernietigen en vervangen. Daarbij speelt mogelijk een rol, zoals door het Hof wordt overwogen, dat er verschillen zijn tussen strafrechtelijke en bestuurlijke boeteprocedures, maar dat dit de staat niet ontslaat van zijn verplichtingen onder art. 6 EVRM, zij het – en dat is hier van belang – dat deze verschillen wel de modaliteit van de toepassing van deze eisen zouden kunnen beïnvloeden. Daarmee lijkt het Hof ruimte te willen behouden voor het differentiëren in de toepassing van de waarborgen van art. 6 EVRM, zoals het deze in de hierna nader te behandelen zaak Jussila mogelijk heeft gemaakt.

Het Hof van Justitie volgde in een uitspraak over hoge Europese mededingingsboetes de lijn van zijn Straatsburgse collega in de zaak Menarini. Het Europese systeem, waarin de mededingingsboetes worden opgelegd door de Commissie en pas daarna door de Unierechter worden getoetst, is volgens het Hof van Justitie in overeenstemming met het door art. 47 EU-Handvest gegarandeerde beginsel van effectieve rechtsbescherming. Ook de Luxemburgse rechter stelt aldus nadere eisen aan de rechterlijke beoordeling van deze boetes.¹⁵

12 Zie bijv. EHRM 17 december 1996, *Terra Woningen BV t. Nederland*, NJCM-Bulletin 1997, p. 617 e.v., m.nt. Viering.

13 Vgl. B.W.N. de Waard, 'De matigende rechter. Evenredigheid en bestuurlijke boeten', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 469-486 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 141-143.

14 EHRM 27 september 2011, *AB* 2012/9 (*Menarini Diagnostics t. Italië*).

15 HvJ EU 8 december 2011, *AB* 2012/325 (*KME*). Zie nader R. Stijnen, 'Menarini en KME: marginale of volle toetsing van mededingingsboetes door de rechter?', *NtER* 2012/4, p. 119-125.

Overigens is de precieze reikwijdte van het recht op behandeling door een rechter met 'full jurisdiction' in de Straatsburgse jurisprudentie nog lang niet uitgekristalliseerd. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de instructieve noot van A.M.L. Jansen bij de uitspraak van het EHRM in de zaak Sigma Radio Television Ltd. tegen Cyprus betreffende aan een omroep opgelegde bestuurlijke boetes wegens schending van de mediaregelgeving.¹⁶ Hij concludeert onder meer dat voortaan beter kan worden gesproken van het recht op 'sufficient jurisdiction' in plaats van 'full jurisdiction', aangezien het Hof tamelijk vergaande beperkingen aan de rechterlijke toetsing ten aanzien van bestuurlijke (gespecialiseerde) feitenvaststelling geoorloofd zou achten. Dat lijkt ons een juiste conclusie.

In de genoemde uitspraak inzake Jussila is bevestigd dat art. 6 EVRM en de daaruit voortvloeiende waarborgen onder zijn zogenaamde 'criminal charge-vlag' ook van toepassing zijn op 'lichte' (op leedtoevoeging gerichte) bestuurlijke boetes.¹⁷ Het Hof voegt hier echter wel aan toe dat bij lichte bestuurlijke boetes, zoals een geringe verhoging van de belastingaanslag, niet alle (procedurele) 'criminal charge'-garanties van art. 6 EVRM ten volle hoeven te gelden. Het Hof overweegt in dit verband dat geschillen over belastingverhogingen niet behoren tot 'the hard core of criminal law'. Het verwijst hierbij naar zijn eigen autonome interpretatie van het begrip 'criminal charge', waardoor steeds meer terreinen die klassiek niet tot het strafrecht behoren toch het predikaat 'criminal charge' hebben gekregen. Als voorbeelden daarvan noemt het Hof naast het belastingrecht, bestuurlijke (verkeers)boeten, het penitentiair recht, het douanerecht en het mededingingsrecht. In de ogen van het Hof gaat het hier om zaken die niet hetzelfde stigma als het klassieke strafrecht met zich brengen. Dit betekent dat niet zonder meer alle ('criminal charge'-) waarborgen van art. 6 EVRM, zoals het houden van een hoorzitting, in dit soort zaken hoeven te worden toegepast. Het EHRM kiest hier dus wel voor differentiatie in de rechtsbescherming – waarbij we uit de genoemde voorbeelden opmaken dat deze niet beperkt is tot de belastingmaatregelen – terwijl het bij het plakken van het etiket 'criminal charge' geen nader onderscheid maakt. Afgewacht dient te worden welke invulling het Hof gaat geven aan deze mogelijkheid. Wij vragen ons los daarvan af of het criterium dat het Hof lijkt te kiezen voor de differentiatie in de rechtsbescherming – wel of geen 'hard core' strafrecht – wel zo gelukkig is. Het zou beter zijn om daarvoor aan te sluiten bij de impact van de sanctie.

In de Franse zaak Segame bevestigt het Hof nogmaals dat een systeem van wettelijk gefixeerde (bestuurlijke) boetes niet in strijd is met het door art. 6 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter.¹⁸ Wettelijk gefixeerde boetes zijn EVRM-proof, als na de boeteoplegging maar beroep openstaat op een rechter die voldoet aan de eisen van art. 6 EVRM. In het bijzonder gaat het hier om de al besproken eis van 'full jurisdiction'. De toetsing aan deze eis is casuïstisch. Uiteindelijk moet een rechter kunnen voorkomen dat een betrokkene met een onevenredige sanctie wordt geconfronteerd.

¹⁶ EHRM 21 juli 2011, EHRC 2012/6 (Sigma Radio Television Ltd. t. Cyprus).

¹⁷ EHRM 23 november 2006, AB 2007/51 (Jussila t. Finland).

¹⁸ EHRM 7 juni 2012, AB 2012/334 (Segame).

Van belang om te melden is ten slotte dat bij het opleggen van punitieve bestuurlijke sancties bijzondere waarborgen met betrekking tot het bewijs gelden.¹⁹ Veelal staan deze in verband met de in art. 6 lid 2 EVRM gegarandeerde onschuldpresumptie. In zijn algemeenheid kan men stellen dat bij het opleggen van een punitieve sanctie aan de bewijsvoering van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit strenge eisen worden gesteld. Verder volgt uit de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM dat de bewijslast voor wat betreft de (rechts)feiten, welke de overtreding constitueren, volledig ligt bij het boeteopleggende orgaan. Ook de rechterlijke toetsing moet mede in verband met art. 6 EVRM in dit licht aan bepaalde eisen voldoen. Naast de indringende toetsing van de evenredigheid van de (hoogte van de) sanctie, dient ook een volle toetsing plaats te vinden ten aanzien van het bewijs van de feiten die de overtreding constitueren. De bewijslast ten aanzien van de feiten rust op het betrokken bestuursorgaan. Verder kan de onschuldpresumptie meebrengen dat de rechter bij de beoordeling ook feiten meeneemt die het bestuursorgaan niet kon kennen op het moment van het nemen van het boetebesluit, waarschijnlijk ook nog in hoger beroep.²⁰

Dat aan de bewijsvoering voor punitieve sancties hoge eisen worden gesteld, betekent niet dat in de wetgeving waarin deze sancties zijn geregeld, niet mag worden gewerkt met wettelijke of feitelijke rechtsvermoedens. Bij deze vermoedens wordt uit bepaalde bij wet voorgeschreven feiten of omstandigheden afgeleid dat een overtreding is begaan, dan wel dat een bepaalde persoon de overtreder is. Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat het hanteren van dergelijke rechtsvermoedens niet in strijd is met de onschuldpresumptie, mits de rechten van verdediging in acht worden genomen.²¹ Meer in het bijzonder moet ten aanzien van de desbetreffende feiten en omstandigheden door betrokkene tegenbewijs kunnen worden ingebracht.

2.2.4. Tussenbalans

Door het bestuur – zonder voorafgaande rechterlijke toets – opgelegde boetes zijn in beginsel Straatsburg-proof. De daarop volgende rechterlijke toets dient wel aan de uit art. 6 EVRM voortvloeiende eis van full jurisdiction te voldoen. Punitieve sancties dienen, of zij nu volgens het klassieke strafrecht dan wel via het bestuursrecht worden opgelegd, proportioneel te zijn. De rechter dient een indringende of ‘volle’ toetsing te verrichten van de evenredigheid tussen de hoogte van de punitieve sanctie aan de ene kant, en de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid aan de andere kant. Ook gelden er strenge eisen ten aanzien van het waarderen van bewijs, zij het dat een zekere ruimte bestaat om te varen op gespecialiseerde feitenvaststellingen door het bestuur. De rechterlijke toets dient binnen een redelijke termijn plaats te vinden waarvan de lengte kan variëren al naar gelang de belangen die op het spel staan. Als aan deze voorwaarden wordt voldaan kan een door het bestuur opgelegde boete ook onmiddellijk ten uitvoer worden

¹⁹ Vgl. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Bju 2007.

²⁰ *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 702, nr. 3. p. 127-128 en daar genoemde jurisprudentie.

²¹ EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991/351 (Salabiaku t. Frankrijk) en EHRM 23 juli 2002, *EHRC* 2002/88 (Janosevic t. Zweden).

gelegd, zij het dat daarbij de voorwaarde geldt dat de oorspronkelijke rechtspositie (met name de financiële situatie) van de overtreder moet kunnen worden hersteld, indien bij de latere rechterlijke toetsing zou blijken dat de boete ten onrechte is opgelegd.

2.3. De bestuurlijke en strafrechtelijke gevolgen van antecedenten

2.3.1. Introductie

In deze paragraaf staan centraal de EVRM-waarborgen die gelden bij de toepassing van maatregelen jegens betrokkenen vanwege hun 'antecedenten'. Met dat laatste wordt bedoeld op al dan niet strafrechtelijk vastgestelde oordelen over het gedrag van betrokkenen. Bezien wordt aan welke EVRM-eisen daarop gebaseerde maatregelen moeten voldoen wat betreft het moment van de toetsing en de omvang en intensiteit daarvan. Gedacht kan met name worden aan bestuurlijke maatregelen op grond van de Wet Bibob, zoals de weigering of intrekking van vergunningen.

Centraal staan daarbij de waarborgen die voortvloeien uit art. 6 lid 1 (toegang tot de rechter) en art. 6 lid 2 EVRM (de onschuldpresumptie) alsmede het eigendomsrecht van art. 1 EP EVRM. Door onder omstandigheden ondanks een ontbrekende strafrechtelijke veroordeling toch maatregelen te nemen lijkt immers de onschuldpresumptie in het geding. Verder wordt door de sluiting van een onderneming of intrekking van een vergunning een geschil over 'civil rights and obligations' gecreëerd als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM. Ook wordt het eigendomsrecht geraakt. Daarbij speelt ook art. 13 EVRM een rol, namelijk de eis van effectieve rechtsbescherming bij vermeende aantasting van EVRM-rechten.

2.3.2. Moment van toetsing

Intrekking of weigering van vergunningen vanwege antecedenten is op grond van de Straatsburgse jurisprudentie in beginsel toelaatbaar zonder voorafgaande rechterlijke toetsing. Noch art. 6 EVRM noch art. 1 EP EVRM juncto 13 EVRM eisen een dergelijke toets. Dat ligt ook voor de hand gelet op de eerder genoemde jurisprudentie met betrekking tot bestuurlijke boetes. Ook hier geldt dat wel achteraf binnen een redelijke termijn een adequate rechterlijke toets moet plaatsvinden die voldoet aan de eisen van art. 6 EVRM alsmede art. 1 EP EVRM juncto 13 EVRM. Dreigen er echter onomkeerbare gevolgen, dan moet een voorlopige voorziening bij een rechterlijke instantie tot de mogelijkheden behoren. In dat kader moet op basis van een voorlopig oordeel met de daarbij behorende belangenafweging zo nodig de betwiste maatregel opgeschort kunnen worden om op die manier onomkeerbare schade te voorkomen.²² In feite is daarmee sprake van een tussenvariant ten

22 Vgl. EHRM 5 februari 2001, AB 2002/113 (Conka t. België; inzake art. 3 EVRM en uitzetting). Datzelfde geldt voor het EU-recht (HvJ EG 19 juni 1990, NJ 1992/761); vgl. o.m. Th.G.M. Simons, 'De voorlopige voorziening in het Nederlandse bestuursrecht', in: Th.G.M. Simons, A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, *De voorlopige voorziening in het bestuursrecht* (VAR-reeks 136), Den Haag: Bju 2006, p. 16-17 en A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, Meijers Instituut: Leiden 2013.

opzichte van preventieve toetsing en toetsing achteraf in het kader van een bodem-procedure.

Het vereiste van een mogelijkheid om onomkeerbare gevolgen af te wenden kan ook worden afgeleid uit de algemene jurisprudentie op basis van art. 1 EP EVRM, in het bijzonder uit de zaak *Capital Bank AD tegen Bulgarije*.²³ In deze zaak heeft de Centrale Bank van Bulgarije (BNB) de Capital Bank AD insolvent bevonden, de vergunning van deze bank ingetrokken en een verzoek tot liquidatie bij het City Court ingediend. Deze rechter en nadien het hoogste rechtscollege achtten zich gebonden aan de conclusie van BNB omtrent de insolventie van de Capital Bank AD; deze conclusie was bepalend voor de uitkomst van de liquidatieprocedure. Een effectieve betwisting van de beslissing door BNB was dus niet mogelijk. Het EHRM stelt vast dat de Capital Bank AD pas werd geïnformeerd over de intrekking van zijn licentie toen het besluit om deze in te trekken reeds was genomen en dat dit, in combinatie met het gebrek aan de mogelijkheid om de intrekking van de licentie door middel van een administratieve of rechterlijke procedure te betwisten, het de bank onmogelijk maakte om de genomen maatregel te betwisten. Vervolgens overweegt het EHRM dat het besluit verstrekken gevolgen heeft. Een besluit met zulke verstrekken gevolgen kan alleen worden toegestaan wanneer het voorzien is van procedurele garanties die betwisting van het besluit mogelijk maken. Het EHRM overweegt vervolgens dat op het gebied van de stabiliteit van het bankensysteem de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid hebben. Het EHRM erkent dat de snelheid waarmee een licentie wordt ingetrokken van belang is, maar is van mening dat het in het onderhavige geval mogelijk was om tijd in te ruimen voor een procedure waarin het besluit kon worden aangevochten. Voorts overweegt het EHRM dat diverse mogelijkheden voor handen waren om in een procedure te voorzien waarin het besluit kon worden betwist en tevens de stabiliteit van het banksysteem gewaarborgd kon blijven en dat in het onderhavige geval voor de meest drastische oplossing is gekozen zonder andere mogelijkheden te overwegen.

Bijzondere aandacht vereist nog de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM. Staat deze in de weg aan het door het bestuur – zonder rechterlijke preventieve toets – opleggen van de bedoelde maatregelen op basis van antecedenten?

In de zaak *Hrdalo* constateert het EHRM dat de overheid in de bestuursrechtelijke procedure steunt op de nog lopende strafzaak tegen de klager (een hoge ambtenaar) en zijn niet definitieve veroordeling als redenen om klager te verwijderen uit zijn ambt. Dit creëert een 'link' tussen de strafzaak en de bestuursrechtelijke procedure, waardoor wordt gerechtvaardigd dat ook deze laatste procedure valt onder de reikwijdte van art. 6 lid 2 EVRM. Het Hof oordeelt vervolgens dat de onschuldpresumptie niet is geschonden, noch op basis van de rechterlijke uitspraak noch door de beslissing van de overheid. Ter onderbouwing van de verwijdering van klager uit zijn ambt wordt namelijk alleen gesteld dat het instellen van een strafrechtelijke procedure en het bestaan van een niet definitieve veroordeling negatief zouden

²³ EHRM 24 november 2005, RvdW 2006/64 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

kunnen worden opgevat in de publieke opinie. Niets uit deze uitspraken wijst er dan ook op dat de autoriteiten de opvatting hadden dat klager schuldig was aan de strafbare feiten waarvan hij werd verdacht. De klacht onder art. 6 lid 2 EVRM is kennelijk ongegrond.²⁴ Daarmee is art. 6 lid 2 EVRM slechts van beperkte betekenis in het bestuursrecht als het om dit soort maatregelen gaat. Vaststelling van schuld in een niet op een bestraffende sanctie gerichte bestuursrechtelijke procedure is immers in beginsel niet aan de orde. Daarvan zou hooguit sprake kunnen zijn wanneer het betrokken bestuursorgaan dan wel rechterlijke college ondanks het ontbreken van een strafrechtelijke veroordeling de onzorgvuldigheid begaat feitelijk toch uit te gaan van schuld en dit ook kenbaar te maken.

Dat wordt ook bevestigd in de latere Nederlandse Bibob-zaak Bingöl.²⁵ Bingöl is een zakenman die in Den Haag sinds 2002 een partycentrum exploiteert. Bij besluit van 8 april 2005 weigert de burgemeester van Den Haag een exploitatievergunning voor dit centrum en beveelt de sluiting daarvan. De weigering van de vergunning is gebaseerd op een negatief advies ingevolge de Wet Bibob. Bingöl had in het verleden illegalen te werk gesteld en gehuisvest, verschillende kleine overtredingen begaan op het gebied van hygiëne en er stond een ongebruikelijke transactie van € 5000 op zijn naam. De burgemeester vreest dat Bingöl zijn vergunning zal gebruiken om strafbare feiten te plegen. Het EHRM overweegt dat zowel de Commissie als het Hof eerder het standpunt heeft ingenomen dat bij een veroordeling en strafoplegging door nationale rechters art. 6 EVRM er niet aan in de weg staat om een strafblad te betrekken in het eindoordeel. Het Hof ziet niet in waarom art. 6 lid 2 EVRM het autoriteiten zou verbieden dit ook te doen bij de beoordeling of iemand voldoet aan de voorwaarden van rechtschapenheid voor een bepaald doel. Het Hof verwijst hier naar de zaak McParland/Verenigd Koninkrijk,²⁶ waarin klager een vergunning werd geweigerd vanwege eerdere strafrechtelijke veroordelingen en deze daarom niet van 'onbesproken gedrag' was. Het Hof constateerde toen dat geen sprake was van een 'criminal charge'. In deze zaak gaat het ook om het weigeren van een vergunning vanwege criminele antecedenten, die de klager ongeschikt maken voor het exploiteren van een zaak. De overwegingen uit McParland gelden derhalve ook in deze zaak. De klacht is kennelijk ongegrond. De vraag blijft overigens wel of in een geval waarin een negatief betrouwbaarheidsoordeel dat niet mede is gestoeld op een strafrechtelijke veroordeling of onherroepelijk boetebesluit, maar wel op een verdenking van een strafbaar feit onder omstandigheden niet toch in strijd kan komen met art. 6 lid 2 EVRM met name wanneer er in het betrouwbaarheidsoordeel blijkt wordt gegeven van schuld aan de zijde van de betrokkene.

24 EHRM 27 september 2011, AB 2012/294 (Hrdalo t. Kroatië).

25 EHRM 20 maart 2012, AB 2012/84 (Bingöl t. Nederland).

26 EHRM 30 november 1996, nr. 47898/99.

2.3.3. Omvang en intensiteit van toetsing

Bij dit soort maatregelen is de 'criminal charge' tak van art. 6 EVRM los van het voorgaande niet in het geding volgens de huidige stand van de jurisprudentie.²⁷ Zo oordeelde het EHRM eerder over een drankvergunningintrekking wegens ongeschiktheid (omdat de horecahouder geen deugdelijke administratie voerde) dat geen sprake was van bestraffing.²⁸ Art. 6 lid 1 en art. 1 EP EVRM (juncto art. 13 EVRM) zijn daarbij wel toepasselijk, waarover hierna meer in het kader van de omvang en intensiteit van de toetsing.

Art. 6 EVRM vereist immers niet alleen toegang tot de rechter, maar ook dat deze rechter de bevoegdheid heeft alle voor het geschil relevante kwesties betreffende de feiten en het recht te onderzoeken, hetgeen hiervoor ook al aan de orde kwam en waaraan art. 13 EVRM als zodanig niets toevoegt. Zo acht het EHRM in de zaak *Terra Woningen* het feit dat de kantonrechter zich in casu geen eigen oordeel had gevormd over eventuele bodemverontreiniging in strijd met dit aspect van het recht op toegang tot de rechter uit art. 6 EVRM.²⁹ Dit recht op 'full jurisdiction' vormt volgens de Straatsburgse jurisprudentie een wezenskenmerk van het recht op toegang tot de rechter uit art. 6 lid 1 EVRM. Uit de Straatsburgse jurisprudentie zou kunnen worden afgeleid dat een meer terughoudende – marginale – toetsing van de feitenvaststelling nooit door de beugel zou kunnen,³⁰ maar uit de zaak *Bryan* blijkt dat het EHRM onder bepaalde omstandigheden daarmee wel genoegen neemt.³¹ Deze zaak betrof een handhavingsbesluit op grond waarvan de heer Bryan twee huizen moest slopen en bouw materiaal moest verwijderen. Daartegen kwam hij vergeefs op bij het bestuursorgaan dat het besluit nam, waarna beroep werd ingesteld bij de rechter. Daar kon echter de juistheid van de vastgestelde feiten die de basis vormden van het besluit niet meer direct worden betwist. De rechter was alleen bevoegd ten aanzien van rechtsvragen en kon geen nader bewijs ontvangen. Wel had de rechter de bevoegdheid om te beoordelen of de procedure waarin de feiten waren vastgesteld rechtmatig was en of de feitenvaststelling 'perverse or irrational' was. De klacht van heer Bryan dat de beperkte omvang van de rechterlijke toets in casu een schending van art. 6 lid 1 EVRM inhield, werd echter unaniem door het EHRM afgewezen.

27 Daarover bestaat wel discussie ten aanzien van bepaalde intrekkingen. Vgl. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 44-45; W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 689-715; C.L.G.F.H. Albers, 'De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie', *NTB* 2009, p. 173-184.

28 Zie EHRM 7 juli 1989, *Series A. vol. 159* (Tre Traktörer). Zie voorts EHRM 10 juli 2007, nr. 15084/03 (*Bimer S.A. t. Moldavië*; intrekking exploitatievergunning tax free shops).

29 EHRM 17 december 1996, *NJCM* 1997/617 (*Terra Woningen BV t. Nederland*).

30 In die zin bijv. R.H. de Bock, 'De toetsing van feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de Afdeling bestuursrechtspraak', *JBplus* 2000, p. 66-77 op p. 76.

31 EHRM 22 november 1995, *Series A. vol. 335A* (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*).

Beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling zijn gelet op de zaak Bryan niet zonder meer ongeoorloofd.³² Voor dergelijke beperkingen moet wel een overtuigende rechtvaardigingsgrond bestaan, zoals de aard van het materiële rechtsgebied en de daaraan verbonden bestuurlijke vrijheid en het gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling. Daarbij is van belang dat de bestuurlijke feitenvaststelling in een met voldoende waarborgen omklede – quasi-rechterlijke – gespecialiseerde administratieve voorprocedure heeft plaatsgevonden.³³ Hieruit lijkt voort te vloeien dat het in dergelijke gevallen in het licht van art. 6 EVRM ook mogelijk is grenzen te stellen aan het inbrengen van bepaald nieuw bewijsmateriaal in de rechterlijke procedure. Sommig bewijsmateriaal vergt immers een geheel nieuwe beoordeling door de rechter, iets waartoe hij echter juist niet in staat is gelet op, bijvoorbeeld, de daartoe vereiste specialisatie. Een dergelijke beperking lijkt echter alleen te zijn toegestaan onder art. 6 EVRM, indien de betrokkene (in de bestuurlijke fase) goed is voorgelicht over zijn bewijslast en weet dat hij daar bepaalde gegevens dient in te brengen. Is daarvan geen sprake, dan wordt ook niet voldaan aan het vereiste van de semi-rechterlijke waarborgen.³⁴ De beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling mogen in ieder geval nooit zover gaan dat de rechter zich geheel verlaat op het oordeel van het bestuur. Dat zou immers feitelijk betekenen dat de betrokkene op dat punt geen toegang heeft tot de rechter. Er moet in het kader van de rechterlijke procedure een debat kunnen worden gevoerd over de juistheid van het bestuurlijke feitenoordeel en de wijze waarop dat tot stand is gekomen. Het geheel uitsluiten daarvan kan blijkens de jurisprudentie van het EHRM niet door de beugel.³⁵ Bovendien is een beperking van de rechterlijke toets alleen geoorloofd indien sprake is van een gespecialiseerde feitenvaststelling en in dat verband beoordelingsvrijheid in het kader van de bestuurlijke beslissing. Is dat niet aan de orde dan moet een rechter de rechtsmacht hebben om zijn eigen oordeel in de plaats van het bestuur te stellen, bijvoorbeeld over de betrouwbaarheid van een getuigenverklaring. Indien dat niet mogelijk is, stelt het EHRM een schending van art. 6 EVRM vast.³⁶

Verder geldt ook hier dat het Hof in bepaalde gevallen op grond van art. 6 en 13 EVRM eist dat er een voorlopige voorzieningenprocedure openstaat wanneer dat nodig is om onomkeerbare schade te voorkomen.

32 Zie voor een bevestiging van de Bryan-lijn: EHRM 18 januari 2001 AB 2003/32 (Chapman t. Verenigd Koninkrijk); EHRM 4 oktober 2001, EHRC 2001/80 (Potocka e.a. t. Polen); EHRM 7 november 2000, AB 2003/25 (Kingsley t. Verenigd Koninkrijk), bevestigd in EHRM 28 mei 2002, nr. 35605/97 (uitspraak van de Grote Kamer); EHRM 29 oktober 2009, nr. 49037/06 (Chaudet t. Frankrijk). Zie recent EHRM 21 juli 2011, EHRC 2012/6 (Sigma Radio Television Ltd t. Cyprus), waarin het Hof ruimte laat voor een beperkte rechterlijke toets van gespecialiseerde feitenvaststellingen.

33 EHRM 22 november 1995, Series A. vol. 335A (Bryan t. Verenigd Koninkrijk).

34 J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid* (Rapport van de VAR-Commissie Rechtsbescherming), Den Haag: Bju 2004, p. 111-112.

35 Vgl. Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, Deventer; Kluwer 2005, p. 290-292. Zie EHRM 17 december 1996, NJCM 1997/617 (Terra Woningen BV t. Nederland) en EHRM 13 februari 2003, AB 2004/52 (Chevrol t. Frankrijk).

36 EHRM 14 november 2006, nr. 60860/00 (Tsfayo t. Verenigd Koninkrijk).

Bijzondere aandacht onder art. 6 EVRM verdient nog de situatie waarin het bestuur zijn oordeel over de antecedenten en de daaruit voortvloeiende maatregelen baseert op geheime informatie. Uit de EHRM-jurisprudentie vloeit in dat verband voort dat een rechter in ieder geval moet kunnen beoordelen of het gerechtvaardigd is dat bepaalde informatie niet (geheel) met partijen wordt gedeeld. In dat licht verdient vermelding een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin deze op grond van art. 8 juncto 13 EVRM een bepaling van de Wet inlichtingen- en veiligheidsdiensten buiten toepassing laat die het eindoordeel over de gerechtvaardigheid van beperking van kennisname van stukken bij de minister van BZK en niet – zoals voorzien in art. 8:29 e.v. Awb – bij de rechter legt.³⁷

Ook art. 1 EP EVRM speelt een rol. Hoewel de tekst van art. 1 Eerste Protocol geen procedurele eisen stelt, heeft het EHRM deze daarin ingelezen:

‘The Court reiterates that the genuine, effective exercise of the right protected by Article 1 of Protocol No. 1 does not depend merely on the State’s duty not to interfere, but may give rise to positive obligations (see *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, § 134, ECHR 2004-XII; *Broniowski*, cited above, § 143; and *Plechanow v. Poland*, cited above, § 99). Such positive obligations may entail the taking of measures necessary to protect the right to property, particularly where there is a direct link between the measures an applicant may legitimately expect from the authorities and his effective enjoyment of his possessions, even in cases involving litigation between private entities. This means, in particular, that States are under an obligation to provide a judicial mechanism for settling effectively property disputes and to ensure compliance of those mechanisms with the procedural and material safeguards enshrined in the Convention.’³⁸

Ook overwoog het EHRM:

‘Although Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements, the proceedings at issue must also afford the individual a reasonable opportunity of putting his or her case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision. In ascertaining whether this condition has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable procedures (see, for example, *AGOSI v. the United Kingdom*, judgment of 24 October 1986, Series A no. 108, p. 19, § 55, and *Hentrich v. France*, judgment of 22 September 1994, Series A no. 296-A, p. 21, § 49).’³⁹

De uitspraak van het EHRM inzake Megadat over de intrekking van een telecom-vergunning illustreert dat bij de intrekking van – begunstigende – beschikkingen in ieder geval ook rekening moet worden gehouden met de procedurele eisen die uit het eigendomsrecht van art. 1 EP voortvloeien.⁴⁰ Dit betekent dat er – afgezien van de wettelijke basis en het legitieme doel – een ‘fair balance’ moet bestaan tussen de in het geding zijnde individuele belangen en het algemeen belang. In dit verband kan worden vastgesteld dat een meer indringende proportionaliteitstoets moet

37 ABRvS 30 november 2011, AB 2012/142, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; JB 2012/11, onder verwijzing naar verschillende Straatsburgse uitspraken. Vgl. EHRM 20 juli 2010, A. t. Nederland, AB 2011, 132, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

38 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011/99 (*Potomska en Potomski t. Polen*), punt 74. Vgl. EHRM 25 juli 2002, EHRC 2002/89 (*Sovtransavto t. Oekraïne*).

39 EHRM 21 mei 2002, EHRC 2002/89 (*Jokela t. Finland*), punt 45.

40 EHRM 8 april 2008, AB 2008/224 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

plaatsvinden naarmate de inbreuk op het eigendomsrecht ernstiger is. Bovendien kunnen er uit het eigendomsrecht ook meer procedurele verplichtingen worden afgeleid, zoals het horen van de belanghebbenden, een zorgvuldige behandeling door de rechter en het zelfstandig toetsen door de rechter van de bestuurlijke afweging van het algemeen belang versus het nadeel voor betrokkene door het opleggen van de sanctie. Ook daar lijkt te gelden dat deze toetsing indringender moet zijn naarmate de inmenging in het eigendomsrecht ernstiger is. De uitspraak inzake Megadat laat ook zien dat art. 1 EP belangrijke – meer materiële – eisen stelt aan de overheid bij de voorbereiding van besluiten die een inmenging vormen op het eigendomsrecht. Het is zaak dat de overheid zorgvuldig en op voor de burgers consistente wijze handelt en bovendien dient gewekt vertrouwen niet zonder geldige reden te worden beschaamd.

Art. 1 EP stelt daarmee ook procedurele eisen aan de voorbereiding en rechterlijke toetsing van een intrekkingbesluit en zou aldus een aanvulling kunnen bieden op de waarborgen van art. 6 EVRM. Over de precieze reikwijdte van de rechtsbescherming onder art. 6 EVRM bij de intrekking van begunstigende beschikkingen, zoals vergunningen, bestaat immers vooralsnog discussie. In de zaak Nilsson lijkt het Hof de intrekking van een rijbewijs als ‘criminal’ te zien,⁴¹ terwijl de Afdeling in de zaak Triplewood – anders dan de rechtbank in die zaak – de intrekking van een subsidiebeschikking (waarmee een groot bedrag was gemoeid) juist niet als punitief en daarmee niet als ‘criminal’ in de zin van art. 6 EVRM beschouwt, maar als een herstelsanctie.⁴² De kwalificatie van een sanctie als de intrekking van een begunstigende beschikking is belangrijk, omdat als sprake is van een ‘criminal charge’ er meer procedurele vereisten gelden dan in geschillen over ‘civil rights and obligations’, zoals een volle evenredigheidstoetsing, strengere eisen aan het bewijs etc. Het is dan ook een interessante vraag of, en zo ja in hoeverre art. 1 EP meer procedurele eisen stelt bij de intrekking van een begunstigende beschikking dan de ‘civil rights and obligations’-poot van art. 6 EVRM. Of dat zo is, valt moeilijk in algemene zin te zeggen. Wel valt op dat onder art. 1 EP voor het bepalen van het vereiste niveau van rechtsbescherming de zwaarte van de sanctie een grotere rol lijkt te spelen dan in de aangehaalde Afdelingsjurisprudentie onder art. 6 EVRM. Anderzijds geldt onder art. 1 EP meestal een ruime beoordelingsvrijheid die aan de vereiste intensiteit van de rechterlijke toetsing weer afbreuk kan doen.

2.3.4. *Tussenbalans*

Het EVRM eist met betrekking tot de hier aan de orde zijnde maatregelen in beginsel geen voorafgaande rechterlijke toets. Wel moet er een reële mogelijkheid bestaan een dergelijke maatregel aan te vechten, ook om onomkeerbare gevolgen te voorkomen. In de regel kan een spoedige behandeling of een voorlopige voorziening hier soelaas bieden. Ook de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM maakt dit niet anders, zij het dat de motivering van het besluit bij een ontbrekende strafrechtelijke

⁴¹ EHRM 13 december 2005, AB 2006/285 (Nilsson t. Zweden).

⁴² ABRvS 18 juli 2007, AB 2007/349.

veroordeling of een onaantastbaar boetebesluit geen blijk mag geven van een daarmee vergelijkbare schuldverklaring.

Wat betreft de omvang en de intensiteit van de toetsing is het uitgangspunt op grond van art. 6 lid 1 EVRM dat uiteindelijk een rechter met volledige rechtsmacht terzake van feiten en recht over het besluit moet kunnen oordelen. Dit betekent dat hij een eigen oordeel moet kunnen geven en ook het betwiste besluit moet kunnen vernietigen. Uitzonderingen daarop worden alleen toegestaan wanneer sprake is van gespecialiseerde feitenvaststellingen, waarbij geldt dat de rechter en de betrokken partijen het bewuste (feiten)materiaal wel moeten kunnen zien. Bijzonder is dat naarmate de inbreuk op de betrokken rechten een zwaarder karakter heeft, de eisen aan de zorgvuldigheid en intensiteit van de toetsing strenger kunnen zijn, mede in het licht van art. 1 EP EVRM.

2.4. De bewaring van vreemdelingen en verdachten

2.4.1. Introductie

Deze paragraaf belicht de eisen die art. 5 EVRM stelt aan bestuursrechtelijke vrijheidsberoving, zoals de bewaring van vreemdelingen. Art. 5 EVRM garandeert in algemene zin de persoonlijke vrijheid en veiligheid en biedt met name waarborgen tegen willekeurige vrijheidsbeneming.⁴³ Voor Nederland springen in dit verband onder meer in het oog de vrijheidsbeneming en bewaring van vreemdelingen (op grond van de Vw 2000) en de bestuurlijke ophouding (op grond van de Gemeentewet).⁴⁴ Vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 EVRM houdt in het (vrijwel) geheel ontnemen van de bewegingsvrijheid voor een zekere tijdsduur, bijvoorbeeld door opsluiting. Deze figuur moet worden onderscheiden van vrijheidsbeperking (bijvoorbeeld door verblijfsverboden) waarbij nog bewegingsvrijheid resteert en waarop de minder strenge waarborgen van art. 2 Vierde Protocol van toepassing kunnen zijn.⁴⁵ Vrijheidsbeneming is alleen toegestaan in de limitatief in art. 5 lid 1, onderdelen a tot en met f, EVRM omschreven en restrictief uit te leggen gevallen en overeenkomstig de in het nationale recht daarvoor voorgeschreven procedure. De vrijheidsbeneming moet in het concrete geval daadwerkelijk noodzakelijk zijn met het oog op de in art. 5 lid 1, onderdelen a tot en met f, EVRM genoemde doelen.

De leden 2 tot en met 5 van deze bepaling bevatten nadere procedurele waarborgen die ook van belang kunnen zijn voor personen die via de bestuursrechtelijke weg van hun vrijheid worden beroofd, zoals in Nederland dus via vreemdelingendetentie of bestuurlijke ophouding. Het gaat hier onder meer om het recht om onverwijld op de hoogte te worden gesteld van de reden van de vrijheidsbeneming, het recht om onverwijld voor een rechter te worden geleid, het recht om voorziening te vragen bij de rechter zodat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van de vrijheidsberoving en de invrijheidsstelling beveelt indien deze onrechtmatig is en, ten

⁴³ Vgl. EHRM 8 juni 1976, NJ 1978/223 (Engel e.a. t. Nederland), punt 58.

⁴⁴ Zie daarover o.a. M.A.D.W. de Jong, 'Bestuurlijke ophouding: lelijk eendje voor het leven', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 962-978; M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging, Openbare ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid*, Deventer: Kluwer 2000.

⁴⁵ EHRM 6 november 1980, *Series A vol. 39* (Guzzardi t. Italië), punten 92-93.

slotte, een recht op schadeloosstelling, indien de detentie in strijd blijkt te zijn geweest met de bepalingen van art. 5 EVRM.

Het EHRM is in de toepassing van art. 5 EVRM relatief streng. In een recente Duitse zaak vond het Hof, bijvoorbeeld, de wettelijke basis voor de preventieve detentie van deelnemers aan een demonstratie ter voorkoming van ordeverstoring en ter voorkoming van het plegen van een strafbaar feit te vaag en niet te scharen onder een van de gronden tot vrijheidsberoving uit art. 5 lid 1 EVRM. De preventieve detentie vormde in casu een disproportioneel middel om ordeverstoringen tijdens demonstratie te voorkomen, er waren immers geen duidelijke aanwijzingen dat gearresteerden daadwerkelijk op ordeverstoringen uit waren.⁴⁶

2.4.2. *Moment van toetsing*

In het bijzonder van belang is dat de vrijheidsbeneming moet zijn gebaseerd op wettelijke regelingen of rechterlijke bevelen die kenbaar en voldoende precies geformuleerd zijn, zodat een betrokkene daaruit redelijkerwijs kan afleiden welke gevolgen een bepaald gedrag kan hebben.⁴⁷ Een rechterlijke toets van de rechtmatigheid op nationaal niveau is daarbij essentieel.⁴⁸ Deze rechterlijke toets vindt niet noodzakelijkerwijs plaats voorafgaand aan de vrijheidsberoving. In art. 5 lid 3 EVRM is immers het recht opgenomen voor een ieder die van zijn vrijheid is beroofd op grond van art. 5 lid 1, onderdeel c (kortweg de verdachte van een strafbaar feit) om onverwijld voor een rechter te worden geleid. In het arrest Brogan was het EHRM van oordeel dat de invezekeringstelling van een verdachte van vier dagen en zes uur zonder voorgeleiding aan een rechter in strijd kwam met dit vereiste. Een snelle(re) voorgeleiding is dus vereist om te voldoen aan het vereiste van 'onmiddellijke' rechterlijke toetsing.⁴⁹ Voor personen die op een andere grond van hun vrijheid zijn beroofd volgt dit uit het hierna verder te behandelen art. 5 lid 4 EVRM, zij het dat de bewuste termijn langer kan zijn dan die van art. 5 lid 1, onderdeel c ('onmiddellijk' versus 'op korte termijn'). Doorgaans gaat het hier om een toegestane termijn van enkele maanden, waarbij de concrete omstandigheden van het geval, de grond voor de detentie, het gedrag van de gedetineerde en van de betrokken autoriteiten, een rol spelen. In ieder geval moeten vastgelegde wettelijke termijnen worden gehaald.⁵⁰

⁴⁶ EHRM 1 december 2011, nrs. 8080/08 en 8577/08 (Schwabe & M.G. t. Duitsland). Vgl. EHRM 21 april 2011, nr. 42310/04 (Nechiporuk en Yonkola t. Oekraïne; onvoldoende grond voor administratieve detentie wegens verdacht gedrag).

⁴⁷ EHRM 23 september 1998, NJ 2000/29 (Steel e.a. t. Verenigd Koninkrijk), punt 54 en EHRM 6 maart 2001, EHRC 2001/29 (Dougoz t. Griekenland), punt 55.

⁴⁸ EHRM 28 maart 2000, EHRC 2000/38 (Baranowski t. Polen), punten 56-57.

⁴⁹ EHRM 29 november 1988, NJ 1989/815 (Brogan t. Verenigd Koninkrijk).

⁵⁰ Zie J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM, deel 2, vol. 1*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2004, p. 359-363 en de daar aangehaalde uitspraken. Zie bijv. EHRM 25 oktober 1991, NJ 1991/626 (Koendjibihari t. Nederland; bewaringszaak waarin het Hof van oordeel was dat de behandeling van een verzoek om verlenging van een TBS-maatregel waarmee vier maanden was gemoeid in strijd was met art. 5 lid 4 EVRM).

2.4.3. Omvang en intensiteit van de toetsing

Voor de bestuursrechtelijke gedetineerden, die rechtmatig van hun vrijheid zijn beroofd op een van de in art. 5 lid 1 genoemde gronden (bijvoorbeeld op grond van art. 5 lid 1 sub f in verband met de rechtmatige uitzetting van vreemdelingen) geldt de genoemde eis van art. 5 lid 4 EVRM, namelijk het recht om voorziening te vragen bij de rechter, opdat deze op korte termijn beslist over de rechtmatigheid van de detentie en de invrijheidstelling beveelt indien deze gevangenhouding onrechtmatig is. Belangrijk is dat de rechter een eigen oordeel kan vormen en ook zelfstandig de invrijheidsstelling kan bevelen.⁵¹ Van groot belang is verder dat de vrijheidsbeneming niet langer moet duren dan strikt noodzakelijk. Voor, bijvoorbeeld, vreemdelingenbewaringzaken vloeit daaruit voort dat de uitzettingsprocedure niet onredelijk lang mag duren, waarbij wel rekening wordt gehouden met het belang van een zorgvuldige toets.⁵²

2.4.4. Tussenbalans

Bestuursrechtelijke detentie, zoals de vreemdelingenbewaring, vereist volgens art. 5 EVRM geen voorafgaande rechterlijke toets. Dit geldt ook voor personen die in voorlopige hechtenis zitten wegens de verdenking van het plegen van een strafbaar feit, waarbij wel geldt dat dezen onverwijld (in ieder geval binnen vier dagen en zes uur) voor een rechter wordt geleid. Voor op een andere grond rechtmatig (bestuursrechtelijk) gedetineerden vereist art. 5 lid 4 EVRM dat betrokkene de mogelijkheid heeft zich tot de rechter te wenden, die op korte termijn beslist over de rechtmatigheid van de detentie en de bevoegdheid heeft. Daarbij kan het – afhankelijk van de omstandigheden – gaan om een termijn van enkele maanden. Van groot belang is in dit verband dat een vreemdelingenbewaring niet onredelijk lang mag duren. Deze rechter moet voorts zelf kunnen oordelen over de rechtmatigheid van de detentie en ook zelfstandig kunnen beslissen over de invrijheidsstelling van de betrokkene.

2.5. Veiligheidsrisicogebieden en fouillering

2.5.1. Introductie

Bij deze maatregel speelt art. 8 EVRM (juncto 13 EVRM) een rol. Fouillering in een aangewezen veiligheidsrisicogebied raakt immers het privéleven van de betrokkene. Daarom moet er voldaan worden aan de voorwaarden voor een gerechtvaardigde beperking. Mede op basis van art. 13 EVRM en in het kader van de vereisten van voorzienbaarheid bij wet en proportionaliteit speelt daarbij de effectiviteit van de geboden rechtsbescherming een rol.

51 J. vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM, deel 2, vol. 1*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2004, p. 359-363 en de daar aangehaalde uitspraken.

52 Vgl. EHRM 15 november 1996, NJ 1997/301 (Chahal t. Verenigd Koninkrijk), punten 112-113; EHRM 4 december 2001, nr. 36499/97 (Samy t. Nederland; ontvankelijkheidsbeslissing) en EHRM 27 november 2003, EHRC 2004/3 (Shamsa t. Polen).

2.5.2. Moment van toetsing

De spaarzame jurisprudentie die er is laat zien dat een voorafgaande rechterlijke toets van de aanwijzing van een gebied c.q. de inzet van de daaruit voortvloeiende fouilleringsbevoegdheid geen vereiste is voor een gerechtvaardigde beperking van het recht op privéleven van art. 8 EVRM (al dan niet in verband met art. 13 EVRM). Van een dergelijke preventieve toets kan echter alleen worden afgezien indien de overige (procedurele) waarborgen waarmee de inzet van het instrument is omgeven adequaat zijn. Dit blijkt onder meer uit jurisprudentie over de Nederlandse regeling terzake. Zo overwoog het EHRM in de zaak *Colon t. Nederland*:

'74. In so far as the applicant complains that the interference with his right to respect for his private life was not "in accordance with the law", his complaint is limited to what he submits is the ineffectiveness of the judicial remedies available. In particular, he argues that an essential guarantee in the form of prior judicial control was missing.

75. The Court has accepted in past cases that prior judicial control, although desirable in principle where there is to be interference with a right guaranteed by Article 8, may not always be feasible in practice; in such cases, it may be dispensed with provided that sufficient other safeguards are in place (see, *mutatis mutandis*, *Klass and Others*, cited above, § 56; and *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 59, ECHR 2000 V). In certain cases, an aggregate of non-judicial remedies may replace judicial control (see, *mutatis mutandis*, *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, §§ 64-65, Series A no. 116).⁵³

Al daarvoor oordeelde de rechtbank Breda op een vergelijkbare wijze:

'De rechtbank is echter van oordeel dat niet gesteld kan worden dat voor een inbreuk als beschreven in art. 8 EVRM altijd een voorafgaande rechterlijke toetsing vereist is. De rechtbank wijst in dit verband op de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 25 september 2001, NJ 2002/97. Een voorafgaande rechterlijke toetsing is slechts een element in de beoordeling of de toepassing van de bevoegdheid met voldoende waarborgen is omkleed. De rechtbank stelt vast dat de wettelijke regeling verscheidene andere waarborgen bevat. (...) Als vierde waarborg kan de rechtmatigheid van de fouillering, in geval van vervolging, achteraf door de strafrechter worden getoetst. Indien geen vervolging plaatsvindt kan een gefouilleerd persoon de rechtmatigheid van die fouillering in ieder geval door de civiele rechter doen toetsen. Daarin verschilt zijn positie niet van die van andere personen die van mening zijn dat jegens hen onrechtmatig is gehandeld door justitiële autoriteiten maar waarbij dat handelen niet heeft geleid tot strafvervolging.⁵⁴

Opvallend is dat met name het EHRM maar ook de rechtbank in navolging van de Hoge Raad toch een zekere voorkeur lijken uit te spreken voor preventieve, voorafgaande rechterlijke toetsing. Dit zal zeker te maken hebben met het feit dat het gaat om een relatief zware belangen aantasting die ook niet gemakkelijk achteraf kan worden gerepareerd. Tegelijk is er oog voor de praktische problemen die dit met zich mee kan brengen.

⁵³ EHRM 2 oktober 2012, AB 2012/304 (*Colon t. Nederland*).

⁵⁴ Rb. Breda 2 april 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AO4770.

2.5.3. Omvang en intensiteit van toetsing

Wanneer echter geen preventieve toets is voorzien, moeten wel voldoende compenserende (procedurele) waarborgen aanwezig zijn. Daarbij is het EHRM relatief streng, zoals de zaak *Gillan en Quinton* laat zien.⁵⁵ In deze zaak klaagden twee personen dat zij preventief werden staande gehouden en gefouilleerd toen zij op weg waren naar een betoging in verband met een internationale wapenbeurs. Het betrof hier een aan de hand van het criterium 'expediency' – dat wil zeggen geschiktheid of behulpzaamheid – met het oog op terrorismepreventie aangewezen risicogebied dat het Greater London omvatte. Het ging hier om een fouilleringsbevoegdheid van de Londense politie, welke bevoegdheid via voortdurende verlenging al jaren van toepassing was, waarbij de agenten naar eigen inzicht iedere willekeurige passant aan de kleding mochten fouilleren en hun bagage doorzoeken zonder dat er enige verdenking hoefde te zijn of de verwachting dat er voorwerpen zouden worden aangetroffen die in verband met terrorisme zouden kunnen worden gebruikt. Verder bleek dat rechtelijke controle vrijwel onmogelijk was vanwege de ruime discretie, de fouilleringen nimmer tot aanhoudingen wegens terroristische misdrijven resulteerden, maar wel wegens andere delicten en lange tijd vooral zwarte en Aziatische personen aan deze preventieve fouillering zijn onderworpen. Deze vrijwel onbegrensde fouilleringsmogelijkheden die ook hebben geleid tot willekeurige toepassing konden volgens het Hof niet door de beugel van art. 8 EVRM.

Overigens laat de hiervoor al genoemde zaak *Colon* tegen Nederland zien dat wel rechtsbescherming dient open te staan tegen de aanwijzing als veiligheidsrisicogebied. Is deze er namelijk niet, dan kan daarover rechtstreeks bij het EHRM worden geklaagd hetgeen in het licht van art. 13 EVRM problematisch is. Hierbij is van belang dat het EHRM korte metten maakt met het verweer van de regering dat de klager geen 'slachtoffer' zou zijn in de zin van art. 34 EVRM. Het Hof benadrukt dat het klachtrecht van art. 34 EVRM geen zogenoemde 'actio popularis' behelst. Het is onvoldoende dat klagers stellen dat het enkele bestaan van bepaalde wetgeving hun EVRM-rechten schaadt. Wel kunnen zij gerechtvaardigd claimen dat het bestaan van wetgeving, zelfs bij afwezigheid van een individuele implementatieregel, hun EVRM-rechten schendt, als zij het gevaar lopen direct geraakt te worden door de wetgeving. Dat is het geval als zij gedwongen zijn hun gedrag aan te passen, het risico lopen vervolgd te worden, of deel uitmaken van een deel van de bevolking dat het gevaar loopt direct geraakt te worden door de wetgeving. Het Hof is van oordeel dat de klager in casu het risico liep onderworpen te worden aan preventieve fouillering bij bezoek aan het als veiligheidsrisicogebied aangewezen centrum van Amsterdam. Het Hof stelt hier dus minder strenge eisen dan de Afdeling waar het de belanghebbendheid betreft.⁵⁶ De uitspraak inzake *Colon* roept de vraag op of de Afdeling haar strenge belanghebbendheidsjurisprudentie in zaken als deze niet zou moeten bijstellen om daarmee directe klachten in Straatsburg met overslaan van de nationale rechter te voorkomen. Tegelijk wordt de noodzaak om dit te doen minder, nu het Hof aan de toepassing van het preventief fouilleren materieel weinig in de

⁵⁵ EHRM 12 januari 2010, NJ 2010/325 (*Gillon en Quinton* t. Verenigd Koninkrijk).

⁵⁶ ABRvS 9 maart 2005, AB 2005/151.

weg lijkt te leggen. Dit laatste zou slechts anders worden indien nader onderzoek zou uitwijzen dat dit instrument in weerwil van het aangehaalde Crisis en Onderzoeks Team (COT)-onderzoek (toch) niet effectief zou zijn. Ook los daarvan is het belangrijk dat onderzoek naar de effectiviteit van dit soort ingrijpende maatregelen regelmatig en liefst van overheidswege plaatsvindt. Ten slotte komt ook vanuit puur nationaal perspectief urgentie toe aan een adequaat systeem van (preventieve) rechtsbescherming. Naast de genoemde verruiming van het belanghebbendebegrip bij het aanwijzingsbesluit, zou ook een extra waarborg kunnen worden gevonden door de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie te laten beslissen over de inzet van dit opsporingsinstrument. Op deze manier is onafhankelijk rechterlijk toezicht gegarandeerd voordat daadwerkelijk wordt overgegaan tot preventieve fouillering, waarmee ook wordt tegemoet wordt gekomen aan de voorkeur van het EHRM voor preventief rechterlijk toezicht als hiervoor aan de orde gesteld.⁵⁷

Voor de intensiteit van de rechterlijke toetsing kan verder worden verwezen naar de voorgaande paragrafen waar het betreft het vereiste van 'full jurisdiction' en effectieve rechtsbescherming van art. 6 EVRM en art. 13 EVRM. Deze laatste bepaling is hier temeer van belang, nu niet zeker is of art. 6 EVRM ook geschillen over aantasting van privacyrechten dekt. Overigens zijn de rechtsbeschermingsvereisten op basis van deze beide bepalingen vergelijkbaar.⁵⁸ Daarbij speelt de ingrijpendheid van de bewuste maatregel ook een rol.

2.5.4. Tussenbalans

De fouillering in een veiligheidsrisicogebied vormt een inbreuk op het door art. 8 EVRM beschermde recht op privacy van art. 8 EVRM. Ook hierbij vereist het EVRM geen voorafgaande rechterlijke toetsing, zij het dat het EHRM wel een voorkeur uitspreekt voor voorafgaande rechterlijke toetsing bij een dergelijke inbreuk op de privacy. De rechtsbescherming kan echter ook achteraf worden geboden als er dan maar voldoende waarborgen zijn. Daarbij spelen art. 6 en 13 EVRM een rol in combinatie met art. 8 EVRM.

2.6. Het binnentreden van woningen

2.6.1. Introductie

Het binnentreden van woningen tegen de wil van de bewoners raakt met name de door art. 8 EVRM geboden bescherming van de woning ('home'). Tegelijk zijn ook aspecten van art. 6 EVRM in het geding met name als het gaat om het gebruik van met het binnentreden verkregen (bewijs)materiaal. De bescherming van de woning onder art. 8 EVRM is relatief ruim. Om te beginnen valt niet alleen de eigenaar van een woning hieronder. Ook huurders, onderhuurders en zelfs krakers kunnen

⁵⁷ Zie Brouwer & Schilder in hun noot onder AB 2006/90.

⁵⁸ T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten*, Lelystad 1998, p. 180 en hoofdstuk 4.

bescherming ontleen aan art. 8 EVRM.⁵⁹ Verder moet het begrip woning ruim worden opgevat. Allerlei typen van (hoofd)verblijven worden er door beschermd, inclusief bijbehorende erven en tuinen. Verder is de bescherming ook uitgebreid naar bedrijfsruimten en bijbehorende terreinen, zij het dat ten aanzien daarvan mogelijk verdergaande beperkingen zijn toegestaan onder art. 8 EVRM.⁶⁰ Dat art. 6 EVRM in deze context van belang is, volgt uit relatief recente jurisprudentie van het EHRM. Daarin wordt het belang van rechterlijke controle voor, tijdens en na de doorzoeking van een woning benadrukt.⁶¹ Betreden van woningen met toestemming van de bewoners vereist op grond van de algemene jurisprudentie over afstand van recht een zogenaamde ‘informed consent’. Bovendien moet deze toestemming duidelijk en zonder voorbehoud zijn.⁶² In hoofdstuk 3 komt dit aan de orde.

2.6.2. *Moment van toetsing*

Met betrekking tot het betreden van woningen is onder art. 8 EVRM een uitgebreide jurisprudentie tot stand gekomen. Hieruit kan worden afgeleid dat een dergelijke maatregel met veel waarborgen omkleed moet zijn, hetgeen te meer geldt wanneer sprake is van ruime betredingsbevoegdheden. Daarbij gaat het om controle voorafgaand aan het onderzoek door een onafhankelijke autoriteit en supervisie tijdens de actie. Alleen rechterlijk toezicht achteraf wordt onder normale omstandigheden onvoldoende geacht als waarborg tegen willekeurig gebruik van de betredingsbevoegdheid.⁶³ Dat wordt alleen toegestaan wanneer er dusdanig veel andere waarborgen worden geboden dat misbruik kan worden uitgesloten.⁶⁴

In een *Human Rights Handbook* van de Raad van Europa wordt de vraag of voorafgaand rechterlijk verlof essentieel is voor art. 8-schendingen in lijn met het voorgaande als volgt beantwoord:

‘[a]nd domestic law permits home searches without requiring a prior judicial warrant – it will only be compatible with Article 8 where the other legal rules governing the search contain sufficient protection for the applicant’s rights under that provision. Thus, in *Funke v. France* the customs authorities had searched the applicant’s house in order to obtain information of his assets abroad and seized documents concerning foreign bank accounts in connection with customs offences, which were of a criminal character under French law. Under French law at the time, the customs authorities had very wide powers, including “exclusive competence to assess the expediency, number, length and scale of inspections”. Above all, the Court held that “in the absence of any

59 Zie J. Vande Lanotte en Y. Haecq, *Handboek EVRM, deel 2, vol. 1*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2004, p. 757-760 en de daar aangehaalde uitspraken.

60 Idem, p. 761-764. Een standaarduitspraak is hier EHRM 16 april 2002, AB 2002/277 (*Colas Est t. Frankrijk*). Die is bevestigd in onder meer EHRM 27 september 2005, nr. 50882/99 (*Petri Sallinen e.a. t. Finland*) en EHRM 16 oktober 2007, nr. 74336/01 (*Wieser & Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*).

61 EHRM 5 mei 2011, AB 2012/32 (*Société Metallurgique t. Frankrijk*).

62 Zie nader E.A. Alkema, ‘Contractsvrijheid als grondrecht: de vrijheid om over grond- en mensenrechten te contracteren of er afstand van te doen’, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractsvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 33-46.

63 EHRM 30 maart 1989, NJ 1991/552 (*Chappel t. Verenigd Koninkrijk*). In vergelijkbare zin voor bedrijfsruimten EHRM 16 april 2002, AB 2002/277 (*Colas Est t. Frankrijk*).

64 Vgl. EHRM 16 december 1997, NJ 1999/623 (*Camenzind t. Zwitserland*).

requirement of a judicial warrant the restrictions and conditions provided for in law (...) appear too lax and full of loopholes for the interferences with the applicant's rights to have been strictly proportionate to the legitimate aim pursued'.⁶⁵

Overigens is voorafgaand (rechterlijk) verlof – vanzelfsprekend – op zichzelf niet voldoende om aan art. 8 EVRM te voldoen. Ook anderszins moet aan de vereisten voor een gerechtvaardigde beperking worden voldaan, waarbij proportionaliteit een belangrijke rol speelt.⁶⁶

Art. 6 EVRM onderstreept het voorgaande. Het EHRM leidt de eis van rechterlijke controle op doorzoeken namelijk thans ook af uit art. 6 EVRM.⁶⁷ Daarmee is niet meer het probleem aan de orde in hoeverre het huisrecht van art. 8 EVRM daadwerkelijk geheel geldt ten aanzien van rechtspersonen.⁶⁸ In dat kader herhaalt het EHRM de eis dat effectieve rechterlijke controle van de wettigheid en gegrondheid zoveel mogelijk plaatsvindt voorafgaand aan de doorzoeking.⁶⁹

2.6.3. Omvang en intensiteit van toetsing

In het kader van de vraag of het betreden van een woning voldoet aan de beperkingsvereisten van art. 8 EVRM (wettelijke basis, legitiem doel en proportionaliteit) gaat het EHRM na of de wettelijke bevoegdheidsbasis met art. 8 EVRM verenigbaar is, of dat ook geldt voor het betrokken huiszoekingsbevel en of de concrete uitvoering in dat licht rechtmatig is. Nu het EHRM deze toets uitvoert, moet de nationale rechter deze op grond van art. 13 EVRM ook hanteren.⁷⁰

De eisen aan de rechterlijke controle onder art. 6 EVRM zijn iets strenger. Nog steeds eist het Hof effectieve rechterlijke controle van de wettigheid en gegrondheid zoveel mogelijk voorafgaand aan de doorzoeking en als dat niet meer mogelijk is een controle achteraf waarbij de onrechtmatigheid moet kunnen worden vastgesteld en eventueel schadevergoeding moet kunnen worden toegekend. De betreffende rechterlijke instantie moet zich zowel met de feiten als met het recht kunnen inlaten. Een extra eis onder art. 6 EVRM is dat de rechterlijke controle niet verricht mag worden door dezelfde rechter als die eerder toestemming voor de doorzoeking heeft gegeven. Dat zou in strijd komen met het vereiste van onafhankelijkheid.⁷¹

Overigens volgt uit de jurisprudentie van het EHRM niet dat materiaal dat in strijd met art. 8 EVRM is verkregen automatisch niet meer gebruikt zou mogen worden als

65 U. Kilkelly, 'The right to respect for private and family life', *Council of Europe* 2004, p. 65 e.v. (par. 56).

66 Zie bijv. EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993/400 (Niemietz t. Duitsland).

67 EHRM 5 mei 2011, *AB* 2012/32 (Société Metallurgique t. Frankrijk).

68 Vgl. M.M. Slotboom, 'De Nma staat voor de deur. Maar waar is haar rechterlijke machtiging?', *M&M* 2012, p. 110-115.

69 Vgl. in deze zin ook EHRM 21 februari 2008, nr. 18497/03 (Ravon e.a. t. Frankrijk).

70 Vgl. T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten*, Lelystad 1998.

71 Vgl. in deze zin ook EHRM 21 februari 2008, nr. 18497/03 (Ravon e.a. t. Frankrijk).

bewijs. Het hangt af van de omstandigheden van het geval of een dergelijk gebruik de procedure 'unfair' zou maken en daarmee in strijd met art. 6 EVRM zou doen zijn.⁷²

2.6.4. *Tussenbalans*

Het binnentreden van een woning vormt een inbreuk op het door art. 8 EVRM beschermde huisrecht, waarbij woning ruim wordt uitgelegd, zodat er ook bedrijfsruimten onder kunnen vallen. Een dergelijke inbreuk dient gepaard te gaan met voldoende waarborgen, in het bijzonder controle door een onafhankelijke autoriteit. Uitgangspunt hierbij is een voorafgaande (rechterlijke) toetsing, zij het dat deze eis niet onder alle omstandigheden geldt. Wel dienen er dan tijdens en na de binnentreding voldoende compenserende waarborgen te bestaan die misbruik voorkomen. Ook bij een voorafgaande (rechterlijke) toetsing dienen vanzelfsprekend daarna bij de uitvoering de eisen van art. 8 lid 2 EVRM in acht te worden genomen (in het bijzonder de proportionaliteit). De rechtsbescherming bij binnentreden wordt gezien recente Straatsburgse jurisprudentie nader aangescherpt door de eisen van art. 6 EVRM, met name waar het betreft de eis dat de controle achteraf niet door de autoriteit kan worden uitgevoerd die de oorspronkelijke toestemming voor het binnentreden gaf.

2.7. **De vordering van inlichtingen en gegevens**

2.7.1. *Introductie*

Bij het vorderen van inlichtingen en gegevens door toezichthouders op grond van hoofdstuk 5 van de Awb en bijzondere bestuurswetten kunnen in het bijzonder het zwijgrecht, dat wordt ingelezen in art. 6 EVRM, en het recht op privacy van art. 8 EVRM in het geding komen. Dit vanwege de in de Awb opgenomen medewerkingsplicht en de daaraan verbonden sancties (zoals een bestuurlijke boete). In deze paragraaf gaat het dus niet om het zojuist behandelde geval, waarin de overheid ergens binnentreedt en op die manier inlichtingen en gegevens verzamelt. Vooropgesteld moet worden dat het zwijgrecht, zoals dat door het Straatsburgse Hof in art. 6 EVRM wordt gelezen, zeker niet aan de orde is bij alle inlichtingen en gegevens die door toezichthouders worden gevorderd, zo zal blijken uit de hierna te bespreken rechtspraak.

Behalve de in art. 6 lid 3 EVRM genoemde verdedigingsrechten geldt bij het opleggen van een punitieve (bestuurlijke) sanctie ook het 'nemo tenetur'-beginsel, het recht om geen bewijs tegen zichzelf te hoeven leveren waaronder ook het zwijgrecht valt. Op grond van dit beginsel mag – naar het oordeel van het EHRM – de oplegging van de sanctie niet gebaseerd zijn op bewijsmateriaal dat tegen de wil van de overtreder door dwang- of drukuitoefening is verkregen.⁷³ Voor de precieze toepassing ervan

⁷² EHRM 12 mei 2000, NJ 2002/180 (Khan t. Verenigd Koninkrijk) en EHRM 25 september 2001, NJ 2003/670 (P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk).

⁷³ Zie met name EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk).

zijn de volgende punten van belang. Het 'nemo tenetur'-beginsel geldt pas vanaf het moment dat sprake is van een 'criminal charge', dat is het moment dat de overtreder aan een handeling van het bestuursorgaan redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat hem een punitieve sanctie zal worden opgelegd. Vóór dat moment gaat het om toezicht in de zin van de Awb en geldt voor betrokkene de genoemde medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb. Overigens kan materiaal dat onder druk van de medewerkingsplicht in de toezichtsfase is vergaard, in beginsel niet dienen als bewijs voor het opleggen van een punitieve sanctie.⁷⁴ Dit ligt alleen dan anders indien aannemelijk is dat de betrokkene het materiaal zonder medewerkingsplicht ook zou hebben verstrekt, dan wel indien materiaal ook zonder medewerking van betrokkene had kunnen worden verkregen.⁷⁵ Bovendien kan de boeteoplegging wel plaatsvinden op basis van onbesmet bewijsmateriaal.

Het 'nemo tenetur'-beginsel heeft niet alleen betrekking op mondelinge verklaringen, maar ook op schriftelijke verklaringen. Dit blijkt onder meer uit een arrest van de Hoge Raad, waarin het beginsel zelfs van toepassing wordt geacht op een bezwaarschrift. In casu brengt het beginsel in zaken waarin een bestuurlijke boete aan de orde is, met zich, dat de aanduiding van de gronden van het bezwaar summier mag zijn of zelfs achterwege kan blijven, wanneer de betrokkene stelt zijn standpunt niet nader te kunnen motiveren zonder zichzelf te incrimineren.⁷⁶

Het 'nemo tenetur'-beginsel geldt in beginsel niet voor materiaal dat onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat. In het EHRM-arrest Saunders worden als voorbeeld genoemd documenten, adem- en bloedmonsters en lichaamsweefsel voor DNA-testen. Dit materiaal kan derhalve in beginsel wel met behulp van dwang bij de overtreder worden verzameld. Dit kan overigens weer anders liggen wanneer het desbetreffende materiaal waarschijnlijk weliswaar onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat, maar zonder diens hulp niet kan worden verkregen. Naarmate in deze situatie het dwingende verzoek van de autoriteiten meer het karakter krijgt van een 'fishing expedition', kan er dan toch weer sprake zijn van een schending van het 'nemo tenetur'-beginsel. Of dat zo is, hangt af van diverse factoren, zoals de zwaarte van de uitgeoefende dwang, de informatiepositie van de autoriteiten, de vraagstelling die wordt gehanteerd (open of gesloten) en de volhardendheid waarmee de autoriteiten de informatie trachten te verkrijgen, zoals volgt uit de zaak J.B. tegen Zwitserland.⁷⁷

De zaak Chambaz lijkt in de lijn te liggen van het zojuist genoemde arrest J.B. tegen Zwitserland. Ook in deze zaak lijkt het te gaan om documenten die onafhankelijk van de wil van de belastingplichtige bestaan en die bij loutere toepassing van het Saunders-criterium (zwijgrecht geldt alleen ten aanzien van informatie die afhankelijk van de wil van betrokkene bestaat) geen problemen met het zwijgrecht

⁷⁴ Zie HR 27 juni 2001, AB 2002/342.

⁷⁵ Vgl. het KB-Luxarrest, HR 21 maart 2008, BNB 2008/159, waarin het onder meer ging om van de Belgische overheid verkregen gegevens over Nederlandse rekeninghouders bij de KB-Luxbank.

⁷⁶ HR 8 mei 2002, AB 2002/353.

⁷⁷ Vgl. EHRM 3 mei 2001, AB 2002/343 (J.B. t. Zwitserland).

zouden veroorzaken. Toch komt het Hof in deze zaak, net als in J.B., tot de conclusie dat de autoriteiten ongeoorloofde druk op de klager hebben uitgeoefend door hem in de procedure ten behoeve van de belastingoplegging diverse boetes op te leggen vanwege zijn weigering de verzochte documenten met betrekking tot zijn zakelijke transacties met bedrijven en banken over te leggen.⁷⁸ De fiscus had hierom gevraagd, aangezien de groei van het vermogen van de heer Chambaz niet in verhouding stond tot het door hem opgegeven belastbaar inkomen. Lopende de door de heer Chambaz tegen de belastingaanslag aangespannen procedure, startten de federale belastingautoriteiten een onderzoek tegen hem op verdenking van belastingontduiking. Het Hof constateert dat de door de fiscus gevraagde informatie ook opduikt in het rapport dat ten grondslag ligt aan het instellen van het onderzoek naar belastingontduiking. Het Hof merkt verder op dat de klager niet kon uitsluiten dat alle door hem te verstrekken informatie ten aanzien van niet opgegeven inkomsten, gebruikt zou worden in een daarop volgende strafrechtelijke procedure, waarmee hij zijn positie in die procedure onder druk zou zetten. Bovendien hebben de beslissingen van de bestuursrechters waarbij de door de fiscus in de belastingprocedure opgelegde boetes onherroepelijk werden, hem extra onder druk gezet de gevraagde informatie te verstrekken en daarmee aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Daar komt voor het Hof nog bij dat de betreffende Zwitserse belastingwetgeving inmiddels in die zin is gewijzigd dat de door een belastingplichtige in het kader van een procedure tot vaststelling van de belastingaangifte verstrekte informatie niet kan worden gebruikt in een latere strafzaak wegens belastingontduiking. Deze zaak wijkt volgens het EHRM af van een zaak waarin een belastingplichtige uit eigen beweging toegeeft te hebben gefraudeerd in de hoop minder zwaar te worden gestraft.⁷⁹

De zaak Chambaz schenkt allerm minst klare wijn over de precieze reikwijdte van het zwijgrecht, vooral in geval van informatie verstrekt op grond van de medewerkingsplicht in een reguliere, niet-punitieve bestuursrechtelijke procedure, die later gebruikt wordt in een 'criminal' procedure. Veilig is in ieder geval een regeling zoals die lopende de Straatsburgse procedure is ingevoerd in Zwitserland op grond waarvan de door een belastingplichtige in het kader van een reguliere belastingprocedure verstrekte informatie niet mag worden gebruikt in een daarop volgende 'criminal' procedure inzake belastingontduiking. Informatie waarover de fiscus uit andere hoofde beschikt, zou dan wel mogen worden gebruikt. De Chambaz-lijn wordt in ieder geval gevolgd in een recente uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, waarin informatie die in de toezichtfase is vergaard op grond van de medewerkingsplicht, niet gebruikt mag worden in de bestuurlijke boete fase.⁸⁰

Een vordering van inlichtingen en gegevens kan ook een inbreuk maken op het door art. 8 EVRM beschermde recht op privéleven. In dit verband kan worden gewezen op

78 EHRM 5 april 2012, AB 2012/32.

79 Zie EHRM 10 september 2002, no. 76574/01 (Allen t. Verenigd Koninkrijk).

80 CRvB 21 november 2012, AB 2013/27.

de jurisprudentie inzake maatregelen die een inmenging vormen in dit privéleven, zoals het vergaren en opslaan van persoonsgegevens,⁸¹ het vastleggen en vrijgeven van camerabeelden van een persoon⁸² en onderzoek van correspondentie.⁸³ Daaruit volgt dat moet zijn voorzien in een adequate wettelijke basis. Daarop wordt streng toezicht gehouden. Ook moet sprake zijn van een onder art. 8 lid 2 EVRM gerechtvaardigd doel, hetgeen in de jurisprudentie echter meestal wel wordt aangenomen. In de Straatsburgse jurisprudentie ligt het accent vaak op de beoordeling of de maatregelen noodzakelijk en proportioneel zijn. In dat kader speelt ook een rol in hoeverre er is voorzien in een adequaat systeem van controle en rechtsbescherming om misbruik te voorkomen en, bij registratie van gegevens, in het bieden van een inzage- en eventueel correctiemogelijkheid. Daarbij kan rekening worden gehouden met het bijzondere karakter van geheim onderzoek door inlichtingen- en veiligheidsdiensten, zij het dat ook daarop adequate controle moet bestaan en – zodra dat gelet op het belang van het onderzoek mogelijk is – er ook individuele rechtsbescherming mogelijk moet worden gemaakt. Dit laatste kan gebeuren door de betrokkene op een gegeven moment in te lichten over het feit dat er geheim onderzoek heeft plaatsgevonden. Staten komt daarbij een ‘margin of appreciation’ toe.⁸⁴

2.7.2. *Moment van toetsing*

Voor zover bij het vorderen van inlichtingen en gegevens het zwijgrecht van art. 6 EVRM in het geding komt, is niet vereist dat een rechter voorafgaand aan de vordering van dergelijke informatie een oordeel geeft over de rechtmatigheid van deze vordering. Betrokkene moet simpelweg deze informatie weigeren te geven en zich beroepen op zijn zwijgrecht. Voor zover hij wegens schending van zijn medewerkingsplicht bestuurlijk beboet wordt, kan hij deze boete bij de rechter aanvechten met een beroep op zijn zwijgrecht. Voor zover betrokkene in de toezichtfase bepaalde informatie heeft verstrekt, die later in de boetefase alsnog wordt gebruikt, kan hij een en ander aanvechten onder meer met een beroep op het arrest Chambaz.

Ten aanzien van art. 8 EVRM kan hier naar het voorgaande worden verwezen, waarbij het Hof een voorkeur heeft uitgesproken voor een voorafgaande rechterlijke toets bij inbreuk op het privéleven, maar dat passende waarborgen achteraf ook voldoende kunnen zijn. In dit verband is interessant te verwijzen naar de Telegraafzaak tegen Nederland, waarin het Hof een voorafgaande (rechterlijke) controle eist bij het verstrekken van bronnen door journalisten:

‘99. In contrast, in *Sanoma*, an order involving the disclosure of journalistic sources was given by a public prosecutor. The Court dismissed as inadequate in terms of Article 10 the involvement of an investigating judge, since his intervention, conceded voluntarily by the public prosecutor, lacked a basis in law and his advice was not binding. Judicial review post factum could not cure these

81 Bijv. EHRM 16 februari 2000, *EHRC* 2000/31 (*Amann t. Zwitserland*).

82 Bijv. EHRM 28 januari 2003, *EHRC* 2003/24 (*Peck t. Verenigd Koninkrijk*).

83 Bijv. EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993/400 (*Niemietz t. Duitsland*).

84 Bijv. EHRM 6 september 1978, *Series A vol. 28* (*Klass e.a. t. Duitsland*), punten 41-55; EHRM 26 maart 1987, *Series A vol. 25* (*Leander t. Zweden*), punten 48-59.

failings, since it could not prevent the disclosure of the identity of the journalistic sources from the moment when this information came into the hands of the public prosecutor and the police (loc. cit., §§ 96-99).

100. In the instant case, as the Agent of the Government admitted at the hearing in reply to a question from the Court, the use of special powers would appear to have been authorised by the Minister of the Interior and Kingdom Relations, if not by the head of the AIVD or even a subordinate AIVD official, but in any case without prior review by an independent body with the power to prevent or terminate it (section 19 of the 2002 Intelligence and Security Services Act, see paragraph 51 above).

101. Moreover, review post factum, whether by the Supervisory Board, the Committee on the Intelligence and Security Services of the Lower House of Parliament or the National Ombudsman, cannot restore the confidentiality of journalistic sources once it is destroyed.

102. The Court thus finds that the law did not provide safeguards appropriate to the use of powers of surveillance against journalists with a view to discovering their journalistic sources. There has therefore been a violation of Articles 8 and 10 of the Convention.⁸⁵

Van belang in deze zaak is dat het moeten prijsgeven van de bronnen door journalisten zonder voorafgaande (rechterlijke) toetsing tot onomkeerbare gevolgen leidt. Bovendien lijkt in deze zaak een rol te hebben gespeeld dat de (potentiële) sanctie op het niet vrijgeven van de bronnen zeer zwaar is, namelijk gijzeling van de betrokken journalisten.

Hoewel ons geen jurisprudentie op dit punt bekend is, zou in gevallen waarin bestuurlijke informatievorderingen dusdanig zwaar zijn gesanctioneerd, terwijl tegelijkertijd het vrijgeven van de informatie eveneens onomkeerbare effecten zou hebben, betoogd kunnen worden dat de Telegraaflijn van voorafgaande (rechterlijke) toestemming gevolgd zou moeten worden. Aangetekend moet daarbij wel worden dat deze laatste zaak met name speelde in de context van de vrijheid van meningsuiting van art. 10 EVRM.

2.7.3. *Omvang en intensiteit van toetsing*

Voor de omvang en intensiteit van toetsing bij een beroep op het zwijgrecht van art. 6 EVRM kan worden verwezen naar hetgeen hierover onder het kopje introductie is vermeld. Voor wat betreft de toetsing onder art. 8 EVRM gelden weer de bekende beperkingsvereisten (wettelijke basis, legitiem doel en proportionaliteit) en gaat het EHRM na of de wettelijke bevoegdheidsbasis met art. 8 EVRM verenigbaar is en of de concrete uitvoering in dat licht rechtmatig is. Ook hier moet de nationale rechter deze toets op grond van art. 13 EVRM hanteren.⁸⁶

2.7.4. *Tussenbalans*

Bij het vorderen van gegevens en inlichtingen vereist het zwijgrecht van art. 6 EVRM niet dat een voorafgaande rechterlijke toetsing plaatsvindt over de vraag of deze vordering al dan niet rechtmatig is. Betrokkene kan de gevraagde gegevens weigeren

⁸⁵ EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06 (Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland).

⁸⁶ Vgl. T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten*, Lelystad 1998.

te verstrekken met een beroep op zijn zwijgrecht. De daaropvolgende sanctie (bijvoorbeeld een bestuurlijke boete) kan hij vervolgens aanvechten bij de rechter met een beroep op zijn zwijgrecht. Ten aanzien van art. 8 EVRM kan worden verwezen naar de algemene voorkeur van het Hof voor een voorafgaande rechterlijke toetsing maar dat ook kan worden voorzien in adequate waarborgen achteraf. De uitspraak van het EHRM inzake *Telegraaf* laat zien dat bij grote en onomkeerbare gevolgen van het geven van informatie (in casu het prijsgeven van journalistieke bronnen) in combinatie met een zware sanctie op het niet prijsgeven daarvan een voorafgaande rechterlijke toets (of een vergelijkbare onafhankelijke autoriteit) onder art. 10 EVRM vereist is.⁸⁷ Onder omstandigheden zou een dergelijke lijn wellicht ook doorgetrokken kunnen worden naar bestuurlijke informatievorderingen buiten deze specifieke context.

2.8. Slotopmerkingen bij hoofdstuk 2

In deze slotopmerkingen plaatsen wij eerste enige concluderende opmerkingen met betrekking tot de EVRM-rechtsbeschermingseisen ter zake van de onderzochte maatregelen. Daarna plaatsen we enige kanttekeningen bij de verdragsconformiteit van rechtsbescherming. Ten slotte stippen we kort enige EU-ontwikkelingen aan.

2.8.1. Deelconclusie

Het geheel overziend kan – met de gepaste voorzichtigheid waartoe de casuïstische jurisprudentie van het EHRM noopt – het volgende algemene beeld worden geschetst.

Eigenlijk is voorafgaande rechterlijke toestemming (dan wel toestemming door een vergelijkbare onafhankelijke autoriteit) alleen het uitgangspunt bij het tegen de wil van betrokkenen betreden van woningen, zij het dat het ontbreken daarvan kan worden gecompenseerd met anti-misbruikwaarborgen in andere fasen van de procedure. De andere maatregelen (boetes, maatregelen op grond van antecedenten, vrijheidsbeneming, fouillering in een veiligheidsrisicogebied en het vorderen van gegevens) kunnen in beginsel worden genomen zonder een dergelijke voorafgaande toestemming, zij het dat het EHRM een voorkeur voor een voorafgaande (rechterlijke) toets lijkt uit te spreken bij fouillering en het vorderen van privé-informatie (hetgeen de vraag oproept waarom dat niet ook geldt bij de overige maatregelen die vaak een even grote of zelfs grotere impact hebben). Bij de vordering van gegevens zou dat anders kunnen liggen wanneer sprake is van zeer zware sancties en het afgeven van de gegevens tot onherstelbare gevolgen zou leiden. Mogelijk wordt dan ook een verplichting aangenomen van voorafgaande rechterlijke toestemming (dan wel een vergelijkbare onafhankelijke autoriteit), maar dat volgt niet uit jurisprudentie in de hier centraal staande bestuurlijke context maar uit de sfeer van het journalistieke verschoningsrecht. Voor de overige maatregelen kan wel worden

⁸⁷ Vgl. ook EHRM 18 december 2012, nr. 3111/10 (*Ahmet Yildirim t. Turkije*), punten 64 en 65: beperking van toegang tot internet vereist strikt wettelijk kader dat de reikwijdte van het verbod reguleert en rechterlijke toetsing ter voorkoming van misbruik mogelijk maakt.

aangenomen dat de tenuitvoerlegging daarvan in het kader van een voorlopige voorziening moet kunnen worden opgeschort, indien onherstelbare gevolgen dreigen. Hiermee is in feite sprake van een tussenvariant ten opzichte van preventieve toetsing en toetsing achteraf in het kader van een bodemprocedure. Verder geldt voor alle maatregelen dat naarmate het belang van betrokkene groter is, een rechterlijke bodemprocedure waarin de rechtmatigheid wordt getoetst sneller moet worden afgerond in het kader van het vereiste van de redelijke termijn.

Wat betreft de omvang en intensiteit van de toetsing is het uitgangspunt dat de rechterlijke instantie die de rechtmatigheid toetst dit met volledige rechtsmacht moet kunnen doen en in dat verband de betrokken maatregel ook moet kunnen laten verdwijnen uit de wereld van het recht. Daarbij is wel ruimte voor de rechter om gespecialiseerde feitenvaststellingen door het bestuur als uitgangspunt te nemen voor zijn beoordeling, zij het dat hij zich daar nooit geheel op mag verlaten. Deze ruimte is er echter niet dan wel in ieder geval veel minder als het gaat om bewaring. In boetezaken is deze ruimte in ieder geval beperkt. Ook verdient aandacht het feit dat uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de toetsing indringender moet zijn naarmate de gestelde belangen aantasting groter is.

Uiteindelijk gaat het er om dat betrokkene effectieve rechtsbescherming wordt geboden zowel wat betreft het moment waarop deze aan de orde is als de omvang en intensiteit ervan. Dat uitgangspunt moet leidend zijn bij de inrichting van het systeem van rechtsbescherming. In het kader van het onderzoek van de werkgroep zou ook nog aan de orde kunnen komen of de verschillen in rechtsbescherming ten aanzien van vergelijkbare maatregelen in het strafrecht en bestuursrecht wel gerechtvaardigd kan worden. Dat is een kwestie die op zich los staat van het hier besproken EVRM-kader. Er zijn echter wel raakvlakken onder meer via de gelijkebehandelingsnorm van art. 14 EVRM en het Twaalfde Protocol bij het EVRM.

2.8.2. *Kantttekeningen bij de verdragsconformiteit van rechtsbescherming; onder de streep telt alleen het materiële resultaat*

Bij de veronderstelde verdragsconformiteit van het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming moet een drietal nadere kanttekeningen worden geplaatst: hoofdstuk 2 onderzoekt slechts een zestal (weliswaar belangrijke) grondrechtenbeperkende maatregelen uit het bestuursrecht, maar laat andere inbreuken op grondrechten in het bestuursrecht buiten beeld, zoals inbreuken op het recht op meningsuiting en betoging;⁸⁸ hoofdstuk 2 richt zich zoals reeds opgemerkt slechts op de *minimum-eisen* die het EVRM stelt, zodat de conclusie over de verdragsconformiteit van bestuursrechtelijke rechtsbescherming in Nederland in die zin moet worden gelineariseerd; en de bevindingen uit de Straatsburgse rechtspraak zijn sterk casuïstisch van aard.

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 22 november 2012, nr. 39315/06 (Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. e.a. t. Nederland), welke zaak hiervoor is aangehaald.

Uitgangspunt in het EVRM is niet de verdragsconformiteit van het stelsel van rechtsbescherming in de lidstaat maar het uiteindelijke materiële resultaat dat rechtsbescherming biedt in een concrete zaak. Met name deze observatie is voor dit rapport van bijzonder belang. De vorige deelparagraaf besluit met de opmerking dat het er uiteindelijk om gaat dat de betrokkene effectieve rechtsbescherming wordt geboden, zowel wat betreft het moment waarop deze aan de orde is als de omvang en intensiteit ervan. Het EHRM heeft reeds vele malen⁸⁹ en uitdrukkelijk overwogen dat de inrichting van het staats- en bestuursrecht een zaak van de lidstaten is en dat het EVRM van de lidstaten geen theoretische, constitutionele concepten verlangt. Het Hof verricht geen externe kwaliteitsbeoordeling waarna het procesrecht van de lidstaat is gecertificeerd. Integendeel, de lidstaat staat in Straatsburg steeds opnieuw 'terecht'. Dat maakt het lastig (bijna onmogelijk) om in het algemeen iets over de verdragsconformiteit van een rechtssysteem, zoals het Nederlandse bestuursrecht, te zeggen. Voor Nederland overwoog het Hof dit nog eens helder in de zaak Kleyn (over de organisatie van de bestuursrechtspraak in hoger beroep):

'Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts (...). The question is always whether, in a given case, the requirements of the Convention are met.'⁹⁰

In zijn arrest van 13 december 2012 in de zaak Souza Ribeiro vatte het Hof zijn vaste jurisprudentie terzake nog eens kernachtig samen:

'Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they are secured in the domestic legal order.'⁹¹

Veel meer dan op de *inrichting* van het nationale (bestuursproces)recht, oriënteert het Hof zich op de vraag of de *uitkomst* in nationale procedures in een voorliggende zaak materieel in overeenstemming is met het verdrag. Dit ligt niet veel anders in de rechtspraak van het Luxemburgse Hof van Justitie van de EU. Ook daar gaat het in de kern steeds om de vraag of het 'effet utile', het nuttig effect, van het EU-recht (daaronder begrepen het EU-Handvest) gewaarborgd wordt.⁹² De Europese rechtspraak moet daarom zo worden begrepen dat het concept van grondrechtenbescherming in het bestuursrecht vooral niet te beperkt wordt opgevat, bijvoorbeeld als het bieden van enkel 'procedural justice' (dat wil zeggen een procedure die fair is in termen van transparantie, integriteit en onpartijdigheid). De eisen die het EVRM (en het EU-Handvest) stelt aan de effectiviteit van grondrechtenbescherming gaan

89 Laatstelijk EHRM 9 januari 2013, no. 21722/11 (Olexander Volkov t. Oekraïne).

90 EHRM 6 mei 2003, nrs. 39343/98, 39651/98, 43147/98 en 46664/99 (Kleyn e.a. t. Nederland), par. 193.

91 EHRM 13 december 2012, nr. 22689/07 (De Souza Ribeiro t. Frankrijk), par. 78.

92 Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8389, die refereert aan HvJ EG 18 december 2008, AB 2009/29 (Sopropé). De Afdeling merkt daar op dat eerbiediging van de rechten van de verdediging een algemeen beginsel van het recht van de Unie is dat van toepassing is wanneer de administratie voornemens is een bezwarend besluit jegens een bepaalde persoon te nemen en waarvan het nuttig effect door de nationale rechter dient te worden bewaakt.

veel verder dan het garanderen van procedurele randvoorwaarden. Ontoelaatbare inbreuken door het bestuur op grondrechten en vrijheden van burgers moeten waar mogelijk voorkomen worden en uiteindelijk uit de wereld van het recht verdwijnen.

2.8.3. EU-ontwikkelingen; horizontale en verticale verdragsverplichtingen

Ook vanuit de Europese Unie worden initiatieven ondernomen ter versterking van grondrechten en persoonlijke vrijheden. Met name het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon per 1 december 2009 rechtskracht kreeg, speelt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie een steeds nadrukkelijker rol. Steeds vaker zien we dat secundair EU-recht invulling geeft aan het EU-Handvest (en daarmee ook aan het EVRM). Die initiatieven komen soms uit een onverwachte hoek: namelijk die van het vrij verkeer van burgers in de EU. Die wordt – zo is de gedachte – bevorderd door harmonisatie van de rechtssystemen van de lidstaten omdat dáárdoor het vertrouwen van burgers in andere rechtssystemen in de EU toeneemt waardoor bijvoorbeeld het economisch verkeer zal toenemen. Een goed voorbeeld is de richtlijn minimumrechten verdachten (in het spraakgebruik de ‘Salduz-richtlijn’) die een codificatie bevat van onder meer de Straatsburgse Salduz-jurisprudentie. Die richtlijn, die nu wordt geïmplementeerd in de lidstaten, dwingt juist wél tot organisatorische aanpassingen in de (28) nationale rechtssystemen (zoals de Nederlandse die niet richtlijn-proof is).⁹³ Omdat ook het bestuursrecht steeds vaker sprake is van een ‘criminal charge’ in de zin van artikel 6 van het EVRM moet men ook daar beducht zijn voor de relevantie van wat vroeger ‘strafvorderlijke vraagstukken’ heetten, zoals in deze richtlijn: de verdedigingsrechten van de burger.

De voor het bestuursrecht relevante ontwikkelingen – binnen de Raad van Europa en in EU-verband – zijn, ook voor ingewijden, niet altijd voorspelbaar of zelfs maar overzichtelijk. Politieke en economische agenda's buitelen over elkaar. In Brussel heeft de coherentie van een stelsel van Europees bestuursrecht zacht gezegd niet de hoogste prioriteit. De ontwikkelingen kenmerken zich door ad hoc initiatieven en zijn in hoge mate resultaatgericht. Net als het EHRM bekreunt men zich in EU-verband niet om het rechtsgebied waar de beperking van een grondrecht ‘toevallig’ geregeld is (bestuurs- of strafrecht) in een lidstaat. Een en ander doet echter niet af aan het verplichtende karakter van het internationale en Europese recht. Dat dwingt de lidstaten om de stelsels van rechtsbescherming niet alleen te toetsen aan het EVRM maar óók aan het Unierecht. Dit vraagt niet alleen een grote inspanning van bijvoorbeeld wetgevingsjuristen, maar vooral ook van (bestuurs)rechters die verantwoordelijk zijn dat in concrete gevallen daadwerkelijk rechtsbescherming wordt geboden. Meer in het algemeen heeft de Europese Commissie ambities om de rechtssystemen van de lidstaten organisatorisch op één lijn te krijgen. Actueel op dit moment is het *EU Justice Scoreboard*; een systeem waarmee in de toekomst de efficiëntie van de nationale (bestuurs)rechtspraak in EU-verband gemonitord wordt,

⁹³ Maar zie ‘abstinerend’ het arrest van de Hoge Raad, die regeling terzake vooralsnog aan de wetgever laat: HR 1 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:770.

daaronder begrepen de effectiviteit van rechtsbescherming op grond van het EU-Handvest.⁹⁴ Zowel de rechtspraak van het EHRM als deze initiatieven in EU-verband wijzen er op dat het Nederlandse bestuursrecht, wil het gelijke tred houden met internationale (Europese) verplichtingen, zich sterk extern moet oriënteren.

Hoewel van strijd met de verdragseisen (nog) geen sprake is, moet worden opgemerkt dat de ondergrens voor rechtsbescherming in het EVRM niet alleen wordt bepaald door de minimumeisen in het EVRM, maar tevens door het recht van de lidstaat. Immers, waar de lidstaat voor gelijksoortige (bestuurs- of strafrechtelijke) inbreuken op grondrechten reeds méér bescherming biedt dan de huidige stand van de Straatsburgse rechtspraak, is dat de minimumnorm. Dit 'EVRM-plus' is geregeld in art. 53 EVRM⁹⁵ en heeft een pendant in art. 53 EU-Handvest.⁹⁶ Als bijvoorbeeld verdachten bij strafvorderlijke inbreuken op grondrechten op méér rechtsbescherming aanspraak kunnen maken dan het EVRM strikt genomen waarborgt, zal ook het bestuursrecht bij soortgelijke inbreuken op grondrechten in het bestuursrecht bij die plus moeten 'aanklikken'. Die verschillen kunnen diep verstopt in details liggen.

94 Zie Europese Commissie, *The EU Justice Scoreboard. A tool to promote effective justice and growth, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, COM(2013) 160 final

95 Art. 53 EVRM: 'Geen bepaling van dit Verdrag zal worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij of ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is.'

96 Art. 53 EU-Handvest: 'Geen van de bepalingen van dit Handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve toepassingsgebieden worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede door de grondwetten van de lidstaten.' Maar vergelijk HvJ EU 26 februari 2013, AB 2013/132, m.nt. Widdershoven (Melloni): geen verdergaande nationale grondrechtenbescherming bij Europees arrestatiebevel; zie nader hierover o.m. T. Barkhuysen, 'De rechter en het Europese maaiveld', *NJB* 2013/210.

HOOFDSTUK 3

HET NATIONALE RECHT EN DE TOEGANG TOT DE NATIONALE RECHTER

3.1. Inleiding

In deze deelbijdrage van het rapport staat het nationale recht centraal. In de volgende paragrafen komen de volgende deelonderwerpen achtereenvolgens aan de orde: (2) de bestuurlijke boete en de strafrechtelijke geldboete; (3) de onthouding of intrekking van vergunningen en licenties op grond van antecedenten die bestaan uit vastgestelde overtredingen of vermoedens en de strafrechtelijke gevolgen van dergelijke antecedenten; (4) de vreemdelingenbewaring en strafrechtelijk voorarrest; (5) het aanwijzen van een veiligheidsgebied door burgemeester na verordening raad en de fouillering door politieambtenaren; (6) het binnentreden van woningen in het kader van het bestuurlijk toezicht en strafvordering; en (7) de vordering van inlichtingen en gegevens door toezichthouders en opsporingsambtenaren. Per deelonderwerp zal steeds worden gestart met een introductie waarin een casus wordt geschetst. Vervolgens komt het wettelijke kader aan de orde waarin de betreffende maatregel of sancties worden gereguleerd. Daarna komt de toegang tot de rechter aan de orde en de eventuele schorsende werking van rechtsmiddelen. Elke paragraaf wordt afgesloten met een bespiegeling van de toetsingsintensiteit van de straf- en bestuursrechter (en in enkele gevallen ook de civiele rechter).

Wij merken vooraf op dat de volgende paragraaf inzake de boetes langer is dan de daaropvolgende paragrafen. Dit komt omdat in de volgende paragraaf (het moment van) de toegang tot de rechter en intensiteit van toetsing in algemene zin uitgebreid aan de orde komen, zodat in de daaropvolgende paragrafen veelal naar die beschrijving kan worden verwezen.

3.2. De bestuurlijke boete en de strafrechtelijke geldboete

3.2.1. Introductie: Het Financieele Dagblad tegen Nederland

Het Financieele Dagblad B.V. (FD), had het drukken en de distributie van haar krant uitbesteed aan Telegraaf media Groep N.V. De daadwerkelijke distributie van de krant was in handen van een subsidiair bedrijf genaamd DistriQ B.V. Dit bedrijf leverde de kranten aan depotmanagers die de krantenjongens in dienst namen om de krant te bezorgen. Tijdens arbeidsinspecties in april, mei en juni 2005 bleken 39 krantenjongens zonder tewerkstellingsvergunning te werken. Het FD kreeg daarvoor op 30 oktober 2006 door de staatssecretaris van SZW bestuurlijke boetes opgelegd van € 8000 per krantenjongen, in totaal € 312.000. Op 31 augustus 2007 verklaarde de staatssecretaris het

bezwaar ongegrond. In beroep heeft het FD onder meer aangevoerd dat zij ten onrechte als werkgever is aangemerkt en dat de redelijke termijn is overschreden. De rechtbank Amsterdam verklaarde in haar uitspraak van 30 september 2009 het beroep gegrond, omdat het FD volgens de rechtbank niet als de werkgever van de krantenjongens kon worden aangemerkt. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State deed op 23 juni 2010 uitspraak in deze zaak.¹ De Afdeling oordeelde dat het FD, die voor de duur van zeven jaar een contract was aangegaan voor het drukken en verspreiden van haar dagblad, als werkgever van de krantenjongens moest worden aangemerkt. Vanwege het tijdsverloop tussen het boetevoornemen en de uitspraak in eerste aanleg verminderde de Afdeling de boete, door die vast te stellen op totaal € 298.000. Op 1 september 2007 heeft de FD een contract afgesloten met een nieuwe distributeur. Het is haar niet gelukt in het contract op te nemen dat deze distributeur de volledige verantwoordelijkheid op zich wil nemen voor de consequenties van gebreken van leidinggevenden en subgecontracteerden om aan de regels van de Wet arbeid vreemdelingen te voldoen. Na inspecties in 2006-2009 zijn nieuwe boetes opgelegd voor een totaal van € 246.000. Het FD diende naar aanleiding van de Afdelingsuitspraak van 23 juni 2010 een klacht in bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Daarbij klaagde het FD onder meer over schending van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Het Hof wijst de klacht van FD af. Het Hof overweegt daarbij onder meer dat de Staat bij boeteoplegging een ruime beoordelingsmarge toekomt, dat van een inbreuk op art. 1 Eerste Protocol sprake kan zijn als een boete duidelijk buiten iedere proportie is in het licht van de af te wegen belangen en dat daarvan niet is gebleken.²

Met het oog op het zogenoemde handhavingstekort³ heeft de wetgever vanaf begin jaren negentig van de vorige eeuw de handhaving van een aantal ordeningswetten overgeheveld van het strafrecht naar het bestuursrecht. Het startsein vormde de administratieve handhaving van verkeersvoorschriften in 1990 en 1992. Daarna volgden onder meer het mededingingsrecht in 1998 en de wetgeving tegen illegale tewerkstelling van vreemdelingen door invoering van de bestuurlijke boete in de Wav in 2005. De wetgever heeft op deze terreinen gekozen voor gehele of vrijwel gehele overheveling van de strafrechtelijke afdoening naar een bestuurlijke afdoening.

In de meeste bestuurswetten die de bestuurlijke boete kennen als handhavingsinstrumenten is echter tevens voorzien in strafbaarstelling van bepaalde gedragingen. Een bekend voorbeeld vormt het fiscale recht. Diverse verzuimen en vergrijpen kunnen met een fiscale boete worden afgedaan door de belastinginspecteur, maar kunnen ook strafrechtelijk worden afgedaan.⁴ Een ander voorbeeld is de Wet op het financieel toezicht. Diverse marktordeningsbepalingen, waaronder het verbod van

1 ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8823.

2 EHRM 28 juni 2011, AB 2012/15 (FD t. Nederland).

3 Zie o.m. R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, hoofdstuk 1 en S. Flight, A. Hartmann en O. Nauta, *Bestuurlijke strafbeschikking en bestuurlijke boete overlast. Evaluatie na drie jaar*, Amsterdam: WODC 2012, par. 2.2.

4 Vgl. art. 67a e.v. en art. 68 e.v. AWR.

diverse vormen van marktmisbruik en het verbod van krediet aantrekking zonder te beschikken over een bankvergunning, kunnen zowel bestuursrechtelijk worden afgedaan door de financiële toezichthouders AFM (gedragstoezicht) en DNB (prudentieel toezicht) als worden vervolgd als economisch delict.⁵ Om te voorkomen dat zowel een bestuurlijke boete als strafvervolgning is in art. 5:44 Awb en art. 243 Sv het una via-beginsel gecodificeerd. Er moet (per geval) een keuze worden gemaakt tussen de bestuursrechtelijke weg en de strafrechtelijke weg.

De Rijksuniversiteit Groningen, die in opdracht van het ministerie van Veiligheid en Justitie onderzoek heeft verricht naar de vraag hoe de boetehoogte in het bestuursrecht en het strafrecht wordt bepaald en op welke wijze meer eenheid kan worden gebracht in de systematiek waarmee de boetehoogte wordt vastgesteld, trekken twee conclusies in hun rapport.⁶ Op beide terreinen gaat het in essentie om dezelfde strafmaatbepalende factoren, te weten: (1) de aard van de overtreding, ofwel het betrokken rechtsgoed; (2) de aard van de overtreder; (3) behaald profijt, herstel van gevolgen en samenhang met andere sanctiemogelijkheden; en (4) recidive. De tweede conclusie van de onderzoekers was dat het algemene beeld van de bestraffende rechtshandhaving van het ordeningsrecht op het punt van de boetehoogte en de vormgeving er één is van grote verscheidenheid, zelfs van willekeur. Naast begrijpelijke redenen voor differentiatie bestaan er volgens de onderzoeksgroep ook niet uit te leggen verschillen. De minister van Veiligheid en Justitie merkt naar aanleiding hiervan op dat weliswaar dient te worden onderzocht hoe ongerechtvaardigde verschillen kunnen worden weggenomen, maar tevens merkt hij op:

'Iedere wet en ieder sanctiestelsel heeft zijn eigen juridische en politiek-beleidsmatige rationaliteit, die maakt dat – naast de overeenkomsten – de verschillen met andere wetten en stelsels van belang zijn. Een bepaalde mate van verscheidenheid in boetestelsels en boetehoogtes zal dan ook zeker blijven bestaan.'⁷

Juist omdat er in veel gevallen een zekere willekeur besloten ligt in de keuze tussen strafrechtelijke afdoening en bestuurlijke afdoening is het van belang om de beide wijzen van afdoening te vergelijken alsook de strafmaat. Voor wat betreft het strafrecht zal daarbij de vergelijking worden beperkt tot de geldboete, omdat die straf correspondeert met de bestraffende sanctie in het bestuursrecht; de bestuurlijke geldboete. Daar komt bij dat vermogensstraffen kunnen vallen onder bescherming van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM, een van de vier grondrechten die maatstaf vormt in deze studie.

5 Vgl. art. 1:80 Wft en art. 1 WED.

6 H.E. Bröring, M. den Uijl, A. Tollenaar, N.J.M. Kwakman, B.F. Keulen, *Referentiekader geldboetes. Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht* (rapport 2012), rijksoverheid.nl.

7 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 VI, nr. 77.

3.2.2. Het wettelijk kader

Strafrecht

Het opportuniteitsbeginsel is neergelegd in de art. 167 lid 2 en 242 lid 2 Sv. Deze discretionaire bevoegdheid om al dan niet van vervolging af te zien is niet onbegrensd. De minister van Veiligheid en Justitie kan een aanwijzing geven om wel of juist niet te vervolgen (art. 127 Wet RO). Daar de minister hier zeer terughoudend mee om gaat, zijn in de praktijk de bezwaar- en de klachtprocedure van groter belang. De verdachte kan namelijk trachten verdere vervolging te voorkomen door tegen de kennisgeving daarvan bezwaar te maken bij de rechtbank of, indien daarvan geen sprake is maar direct tot dagvaarding wordt overgegaan, rechtstreeks tegen de dagvaarding (de art. 250 en 262 Sv). Verder kan een rechtstreeks belanghebbende een klacht bij het gerechtshof indienen, indien de officier van justitie niet tot vervolging overgaat (art. 12 Sv).

Art. 23 Sr bevat algemene bepalingen over de geldboete. Er zijn zes boetecategorieën. Per 1 januari 2014 zijn die als volgt vastgesteld: de eerste categorie, € 405; de tweede categorie, € 4.050; de derde categorie, € 8.100; de vierde categorie, € 20.250; de vijfde categorie, € 81.000; de zesde categorie, € 810.000. Het gaat hier om maximumbedragen. Op deze categorieën bestaan de nodige uitzonderingen en aanvullingen. Zo kan bij veroordeling van een rechtspersoon, indien de voor het feit bepaalde boetecategorie geen passende bestraffing toelaat, een geldboete worden opgelegd tot ten hoogste het bedrag van de naast hogere categorie. Art. 6 WED sluit aan bij de vierde en vijfde categorie, afhankelijk van de soort gedraging en de aanwezigheid van opzet, waarbij voor een aantal overtredingen geldt dat kan worden aangesloten bij een naast hogere categorie, indien de opbrengst hoger is dan een vierde gedeelte van het toepasselijke boetemaximum. Kabinetsplannen voorzien in een verhoging van de geldboete in financieel-economische criminaliteit. Beoogd wordt een flexibel boeteplafond gerelateerd aan 10 % van de jaaromzet net als in mededingingszaken.⁸ In het Wetboek van Strafrecht is niet volstaan met het opnemen van strafmaxima. Er zijn diverse wettelijke bepalingen die strafverhogend of -verlagend kunnen werken.

Het College van procureurs-generaal heeft diverse aanwijzingen gegeven en richtlijnen voor strafvordering vastgesteld. Het gaat hier om beleidsregels, met dien verstande dat de Awb toepassing mist (art. 1:6 Awb).

Bestuursrecht

Er zijn inmiddels ongeveer 130 wetten die de bestuurlijke boete kennen.⁹ De bevoegdheid van het bestuursorgaan om een bestuurlijke boete op te leggen is

⁸ Zie daarover Th. de Roos, 'Kroniek van het strafrecht en het strafprocesrecht', *NJB* 2012/2011, p. 2407-2408.

⁹ Aldus een quickscan van wetten op overheid.nl. Zie voor eerdere overzichten H.E. Bröring, M. den Uijl, A. Tollenaar, N.J.M. Kwakman, B.F. Keulen, Referentiekader geldboetes. Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht (rapport 2012), rijksoverheid.nl. en O.J.D.L.M. Jansen, 'Bestuurlijk en justitieel straffen in Nederland – op zoek naar (nog) meer eenheid' in: R.C. van Houten (red.), *Economisch strafrecht en bestuurlijke boete*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 21-79. Zie voorts Bijlage 1 vanaf p. 189.

meestal van discretionaire aard. Ingeval van een overtreding mag het bestuur dan een boete opleggen, maar het hoeft dit niet te doen. De vraag of gebruikmaking daarvan redelijk is, kan worden beoordeeld aan de evenredigheidsmaatstaf van art. 3:4 Awb en aan andere beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁰ In de sociale zekerheidswetten geldt een verplichting tot boeteoplegging ingeval van een verwijtbare overtreding. Hier is dus geen ruimte voor een evenredigheidstoets als bedoeld in art. 3:4 lid 2 Awb ter zake van de inzet van het boete-instrument.¹¹ In die gevallen kan alleen worden afgezien van boeteoplegging indien iedere verwijtbaarheid ontbreekt (thans art. 5:41 Awb), indien het inlichtingenverzuim niet tot benadeling heeft geleid of ingeval van dringende redenen.¹²

Met betrekking tot de hoogte van de bestuurlijke boete wordt onderscheid gemaakt tussen een systeem van vaste boetetarieven, waarbij op grond van bijzondere omstandigheden kan worden gematigd (art. 5:46 lid 3 Awb) en een systeem waarin de wet voorziet in een maximumboete, waarbij het bestuursorgaan tot een afstemming aan de hand van de ernst van de overtreding, de verwijtbaarheid van de overtreder en diens omstandigheden dient te komen (art. 5:46 lid 2 Awb). In de gevallen waarin de wet zelf enkel voorziet in boetemaxima, wordt via lagere regelgeving of beleidsregels die afstemming grotendeels of geheel gefixeerd door de hoogte van de boete te koppelen aan de hoogte van hetgeen ten onrechte aan uitkering is betaald. Als de lagere regeling leidt tot een gefixeerde boete, dan gaat het toch om een vast tarief in de zin van art. 5:46 lid 3 Awb, ook al lijkt de wet in formele zin juist aanknopingspunten te bieden voor een flexible boete in de zin van art. 5:46 lid 2 Awb. Als de boete wordt gefixeerd via een beleidsregel blijft het een flexible boete, want van beleidsregels kan ten gunste van de overtreder worden afgeweken (art. 4:84 Awb). Gelet hierop is niet altijd duidelijk van welk systeem sprake is en kunnen combinaties van beide systemen voorkomen.¹³ Uitgangspunt is dat het in art. 8:69 lid 1 Awb besloten liggende verbod van reformatio in peius met zich brengt dat de bestuursrechter het boetebedrag niet op een hoger bedrag kan stellen dan het bestuursorgaan heeft gedaan.¹⁴ In een aantal materiële wetten – zie ook hierna – is hierop een uitzondering gemaakt.

Wij noemen hier een drietal boeteregelingen, die in de praktijk, gelet op de voorhanden jurisprudentie, vaak worden toegepast, namelijk de bestuurlijke boete in de socialezekerheidswetten, de Wav en de Mw. In de meeste gevallen gaat het om flexibele boetes.

In diverse socialezekerheidswetten was tot 1 januari 2013 voorzien in een bestuurlijke boete van maximaal € 2.269 wegens het niet nakomen van de verplichting om voor het recht op uitkering of toeslag relevante informatie te verstrekken aan het

10 Zie o.m. R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 260-270.

11 R. Stijnen, 'Evenredigheidstoetsing door de bestuursrechter', *NJB* 2003/37, p. 1949.

12 Zie bijv. art. 14a Toeslagenwet en art. 18a WWB. Zie voorts CRvB 30 juni 2004, RSV 2004/274 en 27 mei 2010, AB 2010/229.

13 Zie bijv. CBb 6 maart 2008, JB 2008/119.

14 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 141 en CBb 30 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:25.

uitkeringsorgaan.¹⁵ Per 1 januari 2013 is de boete verhoogd tot maximaal 100% van het bruto-benadelingsbedrag. Daarbij is de bestuurlijke boete ook weer heringevoerd in de WWB.¹⁶ Deze sanctie komt niet in de plaats van, maar naast de terugvordering.¹⁷ Zowel in het oude als het nieuwe boetestelsel is bepaald dat bij AMvB nadere regels worden gesteld over de hoogte van de bestuurlijke boete. In het oude stelsel gold een boetetarief van 10% van het benadelingsbedrag. In art. 2 Boetebesluit socialezekerheidswetten is nu als hoofdregel neergelegd dat de bestuurlijke boete wordt vastgesteld op 100% van het benadelingsbedrag. Het wettelijke boetemaximum is dus tevens het vaste boetebedrag. Bij verminderde verwijtbaarheid kan op grond van art. 2a matiging plaatshebben. Andere matigingsmogelijkheden kent het Boetebesluit niet. Toch is het de wens van de wetgever dat – vooral gelet op de gezinssituatie van de overtreder – een nadere redelijkheids- en billijkheidstoets plaatsheeft.¹⁸ Omdat het Boetebesluit deze aanvullende matigingsgrond niet kent, zal deze aanvullende evenredigheidstoetsing zich daarom moeten gaan voltrekken in het kader van art. 5:46 lid 3 Awb. Onder het oude stelsel voltrok die toetsing zich overeenkomstig art. 5:46 lid 2 Awb.¹⁹ Bij recidive voorziet de wet in een boetemaximum van 150% van het benadelingsbedrag. In het Boetebesluit is aanvankelijk verzuimd dit uit te werken, zodat een boete van meer dan 100% van het (bruto)benadelingsbedrag niet tot de mogelijkheden behoorde. Dit is met ingang van 12 maart 2014 met het Remigratiebesluit gewijzigd. Bij recidive volgt nu in beginsel een boete van 150%. De vrijwel nimmer gebruikte bevoegdheid dat de bestuursrechter in afwijking van art. 8:69 Awb de boete kan verhogen,²⁰ is gehandhaafd in het nieuwe boetestelsel. Omdat deze bestuurlijke handhaving fors is, is besloten het – volgens de regering te milde – strafrecht hier wat meer op afstand te zetten door de aangiftegrens op te trekken naar een fraudebedrag van € 50.000.²¹

Art. 19d Wav voorziet in maximumboetes. De beleidsregels voorzagen tot januari 2013 ingeval van het laten werken van een vreemdeling in Nederland zonder benodigde tewerkstellingsvergunning in een boete van € 4.000 voor een natuurlijk persoon en van € 8.000 voor een rechtspersoon. Het wettelijke maximum is per 1 januari 2013 verhoogd door aansluiting bij de strafrechtelijke vijfde geldboetecategorie.²² Het beleid voorziet thans ingeval van het laten werken van een vreemdeling in Nederland zonder benodigde tewerkstellingsvergunning in een boete van € 6.000 voor een natuurlijk persoon en van € 12.000 voor een rechtspersoon. Bij recidive volgt ingevolge de wet en de beleidsregel een verhoging van het boetebedrag. Er worden lagere bedragen gehanteerd ter zake van het niet naleven van een aantal administratieve verplichtingen. Eventuele matiging vindt op grond van art. 10 van de beleidsregel plaats aan de hand van vaste percentages. Ook hier is de mogelijkheid dat de bestuursrechter in afwijking van art. 8:69 Awb de boete kan verhogen

15 Zie o.m. art. 22a WW, art. 45a ZW, art. 14a TW en art. 17a Algemene Kinderbijslagwet.

16 Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (Stb. 2012, 462).

17 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3 en *Kamerstukken I* 2011/12, 33 207, A.

18 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 12-13.

19 Zie o.m. CRvB 27 mei 2010, AB 2010/229 en CRvB 20 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2494.

20 De werkgroep heeft een enkel geval aangetroffen, namelijk CRvB 21 december 2004, RSV 2005/76.

21 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 13.

22 Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (Stb. 2012, 462).

gehandhaafd. Bij herhaalde recidive was vanouds de strafrechter en niet de bestuursrechter bevoegd. De wetgever heeft dit per 1 januari 2013 aangepast: voortaan geldt voor overtreding van de Wav alleen de bestuurlijke route, want de strafrechter legde lagere straffen op dan het bestuur.²³

Gelet op art. 57 Mw bedraagt de bestuurlijke boete wegens een inbreuk (kartelvorming of misbruik van een economische machtspositie) ten hoogste € 450.000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming dan wel, indien de overtreding door een ondernemersvereniging is begaan, van de gezamenlijke omzet van de ondernemingen die van de vereniging deel uitmaken, in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Voor een feitelijke leidinggevende geldt een maximale boete van € 450.000. De Minister van Economische Zaken heeft voor het opleggen van bestuurlijke boetes beleid vastgesteld. De vaststelling van beleid door een hoger bestuursorgaan en niet de ACM zelf, heeft een wettelijke basis: art. 21 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Bij een kartel geldt als uitgangspunt dat de boete wordt vastgesteld op 10% van de omzet die gedurende de gedraging is gegenereerd. Hierop kunnen verhogingen en kortingen worden toegepast, dit uiteraard met inachtneming van het wettelijke boetemaximum.²⁴ De minister komt bij de vaststelling van dit beleid een ruime beleidsmarge toe.²⁵

3.2.3. De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen

Strafrecht

Hoofdregel in het strafrecht is dat een strafzaak aanhangig worden gemaakt met de dagvaarding van de verdachte om op een bepaald tijdstip ter zitting van de strafrechter te verschijnen (art. 258 Sv). De dagvaarding bevat hetgeen de verdachte ten laste wordt gelegd. In zijn requisitoir vordert de officier van justitie een straf. Eerst nadat de strafrechter in zijn vonnis een straf oplegt wordt deze ten uitvoer gelegd. Hier heeft dus preventieve toetsing plaats, of beter: de strafrechter beslist omtrent strafoplegging. De verdachte kan strafvervolgning proberen te voorkomen door bezwaar aan te tekenen tegen de dagvaarding (art. 262 Sv). Indien daaraan een kennisgeving van verdere vervolging is voorafgegaan kan de verdachte slechts tegen die kennisgeving bezwaar maken (art. 250 Sv). De grond voor het openstellen van dit rechtsmiddel voor de verdachte is dat hij kan voorkomen dat hij op ontoereikende gronden in het openbaar terecht moet staan. Daartoe dient de vervolging in raadkamer, dus achter gesloten deuren (art. 21 en 22 Sv) op haalbaarheid te worden getoetst. Inzet is dus slechts of er voldoende rechtvaardiging is om de verdachte in het openbaar terecht te laten staan. Het gaat derhalve om een summier beoordeelende door de raadkamer van feitelijke en juridische verweren.²⁶

²³ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 19.

²⁴ Zie hierover A.P. Klap, 'Boeteoplegging in het economische bestuursrecht: afschrikking versus evenredigheid?', *SEW* 2012/132, p. 322-335.

²⁵ Zie bijv. CBb 7 juli 2010, AB 2010/235 en CBb 18 maart 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM2423.

²⁶ HR 11 april 2006, NJ 2006/261.

Op het systeem van preventieve toetsing door de strafrechter bestaan wel uitzonderingen. Art. 74 Sr biedt de officier van justitie vanouds de mogelijkheid om voorwaarden te stellen ter voorkoming van de strafvervolgning voor wat betreft overtredingen en misdrijven met een maximumstraf van niet meer dan zes jaar. Een van de voorwaarden die de officier kan stellen is de betaling van een geldsom aan de Staat die niet meer bedraagt dan de wettelijke boete voor het betreffende feit. De transactie is een voorwaardelijk sepot. Als aan de voorwaarden is voldaan vervalt het recht tot strafvordering.²⁷ Vergelijkbaar met de transactie is de schikking. De officier kan ingevolge art. 551c Sv, zolang het onderzoek op de terechtzitting niet is gesloten, met de verdachte of veroordeelde een schriftelijke schikking aangaan tot betaling van een geldbedrag aan de Staat of tot overdracht van voorwerpen ter gehele of gedeeltelijke ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het gaat hier niet om een voorwaardelijk sepot. De strafvervolgning is hier immers al in een ver stadium. De schikking komt aldus in de plaats van de uitspraak van de rechter.

Art. 257a Sv biedt de officier van justitie de mogelijkheid een strafbeschikking uit te vaardigen indien hij vaststelt dat een overtreding is begaan dan wel een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf is gesteld van niet meer dan zes jaar. Een van de straffen die met de strafbeschikking kan worden opgelegd is de geldboete. De door politiefunctionarissen uit te vaardigen strafbeschikking kan – vergelijkbaar met de politietransactie – slechts bestaan uit de geldboete (art. 257b lid 2 Sv). Verder kan bij AMvB aan daartoe aan te wijzen lichamen of personen, met een publieke taak belast, binnen daarbij gestelde grenzen de bevoegdheid worden verleend een strafbeschikking uit te vaardigen (art. 257ba Sv). De uitoefening van die bevoegdheid heeft dan plaats onder toezicht van en volgens richtlijnen vast te stellen door het College van procureurs-generaal. In dit verband zullen dan voorts regels worden gesteld bij AMvB, hetgeen is geschied met het Besluit OM-afdoening. De politiestrafbeschikking kan worden opgelegd door gemeentelijke bijzondere opsporingsambtenaren ter zake van overlast in de openbare ruimte, terwijl de bestuurlijke strafbeschikking is opengesteld voor de fiscus.²⁸ Met betrekking tot de politiestrafbeschikking ter zake van overlast in de openbare ruimte, wat onder meer ziet op niet aangelijnde honden, hondenpoep en onjuist aanbieden van huishoudelijk afval, geldt dat die de mogelijkheid van de bestuurlijke boete geheel heeft overvleugeld. Dit hangt samen met de omstandigheid dat de politiestrafbeschikking voor de gemeenten financieel veel voordeliger uitpakt. Daar komt bij dat het hier gaat om handhaving niet in een besloten context,²⁹ maar in de openbare ruimte, bij uitstek een politietaak waarbij strafrechtelijk wordt gehandhaafd. Uit een oogpunt van kostenbeheersing en uniforme afdoening heeft daarom geen enkele gemeente gekozen voor de bestuurlijke boete voor deze categorie zaken.³⁰

27 Een bevel als bedoeld in art. 12k Sv doet echter het recht tot strafvervolgning herleven.

28 Zie daarover A.R. Hartmann, 'De strafbeschikking: naar nieuwe grenzen van buitengerechtelijke afdoening binnen het strafrecht', *Sanctierecht & Compliance* 2012/2, p. 56-62.

29 Zie over de zogenoemde besloten en open context en de deels daarmee samenvallende keuze van een sanctiestelsel *Kamerstukken I* 2008/09, 31 700 VI, D.

30 Zie over het voorgaande ook S. Flight, A. Hartmann en O. Nauta, *Bestuurlijke strafbeschikking en bestuurlijke boete overlast. Evaluatie na drie jaar*, Amsterdam: WODC 2012, hoofdstuk 2 en 3.

Indien de verdachte in verzet is gekomen tegen een strafbeschikking wordt hij niet gedagvaard maar opgeroepen, tenzij de officier de strafbeschikking intrekt. De omschrijving van de gedraging in de oproeping wordt daarbij als tenlastelegging aangemerkt (art. 257f Sv). 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). De schorsende werking van rechtsmiddelen kan wel van zijn scherpste randen worden ontdaan. Ten eerste kan het OM, gelet op art. 257g lid 2 en 557 lid 3 Sv, 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 door de rechter een vrijheidsbenemende straf is opgelegd (art. 66 lid 2 en 75 Sv).

Gelet op art. 257e lid 1 Sv moet binnen 14 dagen verzet worden ingesteld tegen de uitgereikte strafbeschikking. Voor lage boetes wegens recent gepleegde gedragingen geldt echter een verzettermijn van zes weken na toezending van de strafbeschikking. Een overschrijding van de termijn waarbinnen een rechtsmiddel dient te worden ingesteld, kan volgens de Hoge Raad onder bijzondere, de verdachte niet toe te rekenen, omstandigheden verontschuldikbaar zijn.³¹ 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.³² Voor de ontvankelijkheid van rechtsmiddelen geldt overigens wel het vereiste dat de verdachte (nog) een rechtens te honoreren belang heeft bij het instellen van rechtsmiddelen.³³ Verder kan een rechtsmiddel worden ingetrokken en kan afstand worden gedaan van de bevoegdheid een rechtsmiddel in te stellen (art. 453 en 257e Sv). De vraag naar de ontvankelijkheid van een rechtsmiddel wordt als kwestie van openbare orde door de strafrechter ambtshalve beoordeeld.³⁴

Gelet op art. 6 lid 1 EVRM dient een strafzaak binnen een redelijke termijn te worden afgedaan. In zijn standaardarrest van 17 juni 2008 heeft de Hoge Raad algemene uitgangspunten geformuleerd omtrent het bepalen van de aanvang van de redelijke termijn in straf- en ontnemingszaken, de duur van de redelijke termijn in die zaken en wat te doen bij overschrijding van die termijn.³⁵ De redelijke termijn vangt aan op het moment dat vanwege de Nederlandse Staat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat tegen hem ter zake van een bepaald strafbaar feit door het openbaar ministerie een strafvervolgning zal worden ingesteld. Wat is de duur van de redelijke termijn in strafzaken? In zijn standaardarrest van 17 juni 2008 is door de Hoge Raad de vuistregel gehanteerd dat de berechting in eerste aanleg in beginsel binnen twee jaar te

31 HR 20 december 1994, NJ 1995/253 en HR 1 februari 2005, NJ 2005/194.

32 HR 30 oktober 2001, NJ 2002/130 en HR 9 mei 2006, NJ 2006/296.

33 HR 22 februari 1994, NJ 1994/306 en HR 2 oktober 2007, NJ 2007/545.

34 HR 11 december 2007, NJ 2008/22.

35 HR 17 juni 2008, NJ 2008/358.

rekenen vanaf de charge diende te zijn afgerond. Bij overschrijding van de redelijke termijn volgt zo nodig een beperkte korting op de straf die de rechter wilde opleggen.

Bestuursrecht

In het bestuur heeft de toegang tot de bestuursrechter op getrapte wijze plaats, dus achteraf. De oplegging van een bestuurlijke boete door een bestuursorgaan levert een beschikking op in de zin van art. 1:3 Awb.³⁶ Tegen dat besluit staat bezwaar bij het bestuursorgaan dat de beschikking heeft genomen voor de belanghebbende open, terwijl vervolgens tegen de beslissing op bezwaar beroep bij de bestuursrechter open staat voor de belanghebbende (art. 8:1 en 7:1 Awb).³⁷ De belanghebbende is degene die rechtstreeks door het besluit wordt getroffen (art. 1:2 Awb). Dat is in elk geval de persoon of onderneming aan wie de bestuurlijke boete is opgelegd.³⁸ Een partner, familielid of zakenrelatie van de adressant heeft normaliter geen rechtstreeks belang bij het besluit.³⁹ Gewoonlijk wordt een boetebesluit ambtshalve genomen door een bestuursorgaan. Het is echter denkbaar dat een derde een besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete uitlokt. Te denken valt aan een concurrent die een klacht indient bij de ACM inzake misbruik van een economische machtspositie of een verboden kartel.⁴⁰ Indien de verzoeker geen rechtstreeks belang heeft zal geen sprake zijn van een aanvraag (art. 1:3 lid 3 Awb) en zal de schriftelijke afwijzing van het bestuursorgaan op het verzoek geen besluit zijn.⁴¹ Dit ligt natuurlijk anders als de klacht voor het bestuursorgaan aanleiding geeft tot een ambtshalve onderzoek naar wetsnaleving en een daaropvolgende sanctie. Tegen dat besluit zal echter alleen een belanghebbende op kunnen komen en, zoals zojuist is aangegeven, is de 'tipgever' niet altijd belanghebbende.⁴² De kennisgeving van een bestuursorgaan in de zin van art. 5:50 Awb dat het geen bestuurlijke boete oplegt levert volgens de wetgever een besluit op, want daarmee gaat de bevoegdheid tot boeteoplegging teniet. Een eventuele derde belanghebbende kan die beslissing dan aanvechten.⁴³

De termijn voor het maken van bezwaar en het instellen van beroep of hoger beroep is, gelet op art. 6:7 Awb, zes weken. De termijn vangt aan een dag na verzending van het besluit (art. 6:8 en 3:41 Awb) en het moet uiterlijk ter post worden bezorgd op de laatste dag van de zes wekentermijn, met dien verstande dat het uiterlijk binnen een week nadien moet zijn ontvangen door het orgaan (art. 6:9 Awb). Anders dan

36 Indien een beslissing wordt genomen door een organisatie die geen publiekrechtelijke taak heeft zal geen sprake zijn van een besluit met publiekrechtelijk rechtsgevolg. De bestuursrechter is dan niet bevoegd kennis te nemen van het geschil (vgl. HR 20 december 2002, AB 2003/344 (SKV III) en ABRvS 3 mei 2006, AB 2006/231).

37 Sprongberoep is gelet op art. 7:1a Awb mogelijk, maar komt weinig voor.

38 *Parl. Gesch. Awb I*, p. 148.

39 Bijv. ABRvS 20 oktober 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR4300; ABRvS 29 september 2006, AB 2006/402 en CRvB 18 mei 1999, RSV 1999/213.

40 Vgl. CBb 28 mei 2004, AB 2004/449 (Norsk Hydro) en CBb 3 juli 2008, AB 2009/305 (Dierenartsencoöperatie).

41 Bijv. ABRvS 22 november 2005, AB 2006/18 en CBb 12 maart 2004, AB 2004/160.

42 CBb 2 juni 2005, *ABkort* 2005/473.

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

het Wetboek van Strafvordering bevat de Awb een wettelijke regeling voor premature rechtsmiddelen (art. 6:10), verschoonbare termijnoverschrijding (art. 6:11) en conversie (art. 6:15). De hoogste bestuursrechters maken de laatste jaren veel werk van rechtseenheid. Waar in de eerste tien jaar van inwerkingtreding van de Awb nog veel verschillen waren in beoordeling van de vereisten van bekendmaking van besluiten (aan gemachtigden), de tijdigheid van rechtsmiddelen en de bewijsvoering en bewijslastverdeling op dit vlak, is er thans veel meer rechtseenheid te bespeuren.⁴⁴ Er blijft echter een opmerkelijk verschil. Anders dan de andere bestuursrechters neemt de Hoge Raad aan dat in fiscale boetezaken een beroep op verschoonbaarheid dient te slagen, tenzij het bestuursorgaan dit beroep kan ontzenuwen.⁴⁵ Een omgekeerde bewijslast dus. Wij vinden geen aanwijzingen in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat deze rechtspraak van de Hoge Raad dwingend voortvloeit uit art. 6 EVRM.⁴⁶

Er gelden nog meer vereisten voor een ontvankelijk beroep. Voor bezwaar is weliswaar geen recht verschuldigd (art. 7:15 lid 1 Awb), maar voor beroep en hoger beroep is wel griffierecht verschuldigd. De hoogte van het griffierecht in relatie tot de toegang tot de bestuursrechter vormt geen onderdeel voor deze studie, maar vooropgesteld zij dat een zeer hoog griffierecht een onaanvaardbare belemmering kan vormen tot die toegang.⁴⁷ Een andere eis is dat het bezwaar of beroep wordt gemotiveerd door indiening van gronden (art. 5:6 lid 1, onderdeel d, Awb). Indien dit niet gebeurt binnen de daarvoor geboden hersteltermijn kan het rechtsmiddel niet ontvankelijk worden verklaard (art. 6:6 Awb). Dit is echter geen dwingende bepaling, zodat het bestuur en de rechter de vrijheid hebben om een ongemotiveerd bezwaar respectievelijk beroep te ontvangen en dit ambtshalve te beoordelen.⁴⁸ In boetezaken kan het zelfs voorkomen dat de betrokkene zich in dit verband beroept op zijn zwijgrecht. De Hoge Raad gaat hier soepeler mee om dan de Centrale Raad van Beroep.⁴⁹ Verder is nog vermeldenswaard dat een rechtsmiddel kan worden ingetrokken (art. 6:21 Awb).

De toegang tot de rechter is een kwestie van openbare orde. Dit betekent dat de bestuursrechter onder meer ambtshalve beoordeelt of tijdig griffierecht is voldaan, of hij bevoegd is, of een voor beroep vatbaar besluit voorligt, of de aanlegger

44 Vgl. HR 14 oktober 2011, AB 2011/340 en ABRvS 10 mei 2011, AB 2011/159. Zie voor een weergave van de vaak tegengestelde rechtspraak in de jaren daarvoor R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 292-295.

45 HR 22 juni 1988, NJ 1988/955; HR 26 september 2003, BNB 2004/42 en HR 10 april 2009, BNB 2009/148.

46 Zie ook H.E. Bröring en N.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. Den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 459-460.

47 Vgl. EHRM 30 juni 2009, no. 49852/06 (Schneider); EHRM 10 januari 2012, AB 2012/31; HvJ EU 22 december 2010, zaak C-279/09; ABRvS 4 juli 2011, JB 2011/188 en CRvB 13 mei 2011, RSV 2011/221.

48 HR 29 september 2012, BNB 2012/303.

49 Vgl. HR 8 maart 2002, AB 2002/353 en CRvB 20 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS6249.

belanghebbende is, of procesbelang bestaat, of een rechtsmiddel tijdig is ingesteld en – zo niet – of dit verschoonbaar te laat (of te vroeg) is gebeurd.⁵⁰

Tenzij anders is bepaald moet de boete binnen zes weken worden betaald (art. 4:87 Awb). Hoofregel 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 de literatuur is wel kritiek geuit op het onthouden van schorsende werking aan het bezwaar ingeval van bestraffende sancties.⁵¹ In de Wft, de Mw 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.⁵² Het wetsvoorstel tot wijziging van de Instellingswet ACM voorziet in opschorting van de werking van een besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete, totdat de termijn voor het maken van bezwaar is verstreken, en voorziet ingeval tijdig bezwaar is gemaakt in een totale opschortingstermijn van maximaal 24 weken (art. 12p Instellingswet ACM). Het instellen van beroep levert dus niet langer een opschorting van rechtswege op. Een alternatief vormt de in de WAHV opgenomen ontvankelijkheidseis zekerheidsstelling te bieden.⁵³ Het gaat hier om uitzonderingen.

Indien schorsende werking ontbreekt kan wel hangende bezwaar worden gevraagd om een voorlopige voorziening bij de bestuursrechter (art. 8:81 Awb). De verschuldigdheid van een bestuurlijke boete wordt beschouwd als een zuiver financieel belang, waarbij niet snel spoedeisendheid als bedoeld in art. 8:81 Awb wordt aangenomen.⁵⁴ 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.⁵⁵ De recente ophogingen van de bestuurlijke boetes in de sociale zekerheid kunnen wellicht aanleiding geven tot meer verzoeken om een voorlopige voorziening. Een alternatief kan zijn het verzoeken om uitstel van betaling van de boete hangende bezwaar. De schuldenaar kan een voor bezwaar vatbare beschikking inzake het al dan niet verlenen van uitstel van betaling uitlokken (art. 4:94 Awb). Voorzien is 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

50 O.m. HR 13 mei 2011, AB 2011/158; ABRvS 15 december 2004, AB 2005/254; CRvB 13 november 2007, RSV 2008/16 en CBb 16 januari 2004, AB 2004/101.

51 O.m. C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, 'De bestuurlijke boete: een koekoeksei in het bestuursprocesrecht?', *NTB* 2002/7, p. 189-190.

52 Zie bijv. art. 1:85 lid 2 Wft en HR 11 juli 2008, *JB* 2008/229.

53 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. In HR 31 januari 1995, *NJ* 1995/598 werd een verplichting tot zekerheidsstelling van totaal fl. 800 in strijd bevonden met art. 6 lid 1 EVRM.

54 Zie bijv. ABRvS (vz.) 17 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX4378; ABRvS (vz.) 9 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1798 en ABRvS (vz.) 9 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3045.

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

rente, verrekening, uitstel van betaling en kwijtschelding, voor zover de belanghebbende deze beschikking betwist (art. 4:125 Awb). Tegen dwanginvordering bij dwangbevel staat echter geen bezwaar en beroep open doch verzet bij de burgerlijke rechter (art. 4:123 Awb en art. 438 en 438a Rv).

Ook voor de bestuurlijke boete geldt dat de zaak binnen een redelijke termijn door de rechter moet worden beoordeeld. Het aanvangsmoment van de redelijke termijn in de zin van art. 6 lid 1 EVRM vangt volgens vaste rechtspraak in de hoofdregel aan op het moment dat de betrokkene de kennisgeving ontvangt dat het bestuursorgaan voornemens is hem een bestraffende sanctie op te leggen.⁵⁶ Wat is een redelijke termijn in het bestuursrecht? Pas nadat de wettelijke beslistermijnen ruimschoots zijn overschreden zal worden geoordeeld dat de overschrijding van de redelijke termijn in zicht komt.⁵⁷ Inzake bestuurlijke boeten wordt – net als in strafzaken – behoudens bijzonderheden⁵⁸ uitgegaan van een maximale termijn van twee jaar per instantie als een redelijke termijn, waarbij geldt dat alleen de appel- en cassatierechter daar ten volle van profiteren. De eerste lijnsrechter zal de zaak namelijk moeten afdoen binnen twee jaar nadat de ‘criminal charge’ aanving.⁵⁹ In bestuurlijke boetezaken zal een overschrijding van de redelijke termijn net als in strafzaken worden gecompenseerd door een (beperkte) matiging van de boete.⁶⁰ In de fiscale rechtspraak wordt ambtshalve toepassing gegeven aan deze grondslag voor boetematiging.⁶¹ De Afdeling meent daarentegen dat in boetezaken slechts ruimte is voor ambtshalve toetsing aan de redelijke termijn indien ten tijde van de sluiting van het onderzoek door de rechter niet was te voorzien dat niet binnen redelijke termijn uitspraak zou worden gedaan.⁶²

Buiten boetezaken wordt indien wordt geklaagd over overschrijding van de redelijke termijn gewoonlijk een schadevergoeding wegens immateriële schade toegekend door de bestuursrechter door verdragsconforme toepassing van de schadevergoedingsregeling in de Awb.⁶³ Voor de bestuurlijke vertraging draait in die zaken het bestuursorgaan op en voor de rechterlijke traagheid de Staat. De hoogte van de vergoeding bedraagt € 500 per half jaar overschrijding van die termijn.⁶⁴ Omdat de

56 ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2556 en CBb 24 april 2012, RF 2012/54 (Muller).

57 Zie ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2556.

58 In mededingingszaken worden langere termijnen gehanteerd. Zie o.m. CBb 3 juli 2008, AB 2009/305; CBb 7 juli 2010, AB 2010/235 en CBb 20 december 2012, AB 2013/92.

59 HR 22 april 2005, JB 2005/166.

60 O.m. HR 19 december 2008, AB 2009/230 en CBb 8 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1588.

61 HR 22 april 2005, JB 2005/166; HR 16 september 2011, AB 2012/149 en HR 4 mei 2012, BNB 2012/195.

62 ABRvS 10 februari 2010, AB 2010/340.

63 ABRvS 4 juni 2008, AB 2008/229 en CRvB 11 juli 2008, RSV 2008/317. Het ging destijds om verdragsconforme toepassing van art. 8:73 Awb. Met de gedeeltelijke inwerkingtreding van de Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten per 1 juli 2013 gaat het om verdragsconforme toepassing van titel 8.4 Awb. Zie ook onderdeel 4 van de toelichting bij het inwerkingtredingsbesluit (Stb. 2013/162) en Rb. Rotterdam 29 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6515.

64 ABRvS 24 december 2008, JB 2009/42; CRvB 26 januari 2009, RSV 2009/86 en CBb 3 maart 2009, AB 2009/304.

overschrijding van de redelijke termijn zich oplost in matiging van de boete, is in boetezaken in beginsel geen plaats voor een dergelijke schadevergoeding.⁶⁵ Indien in een boetezaak de rechter zelf in de zaak voorziet door de boete te herroepen omdat de overtreding niet is komen vast te staan, terwijl wel sprake is van schending van die termijn kan analoog aan 'burgerlijke zaken' schadevergoeding plaatshebben.⁶⁶

3.2.4. *Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter*

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 rechtszitting buigt over de voorvragen (zijn bevoegdheid, de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie 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 bewezenverklaarde 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 verweren 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? De Hoge Raad heeft in dit verband beslist dat niet alleen ingeval de zaak strandt op een van de voorvragen 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 ernstige en rechtstreekse 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.⁶⁷ Omdat een en ander in de sleutel van de motiveringsplicht is gegoten kan daaruit worden afgeleid dat de strafrechter zich hoe dan ook over deze kwesties moet buigen, maar niet altijd gehouden is dit gemotiveerd te doen.

De toetsing van de vervolgingsbeslissing van het OM is deels vol en deels marginaal. Waar aan de ene kant een klacht bij het gerechtshof de vrijheid van het openbaar ministerie om niet te vervolgen kan begrenzen (art. 12i Sv), wordt de vrijheid van het OM wel tot vervolging over te gaan aan de andere kant begrensd door de behoorlijke procesorde (art. 359a lid 1, onderdeel c, Sv). In de literatuur en rechtspraak worden de volgende beginselen van een behoorlijke procesorde onderscheiden: het beginsel van zuiverheid van oogmerk; het beginsel van een redelijke en billijke

⁶⁵ ABRvS 4 mei 2010, AB 2010/184 en ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8823.

⁶⁶ ABRvS 15 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN7011.

⁶⁷ HR 29 april 2008, NJ 2008/482.

belangenafweging; het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.⁶⁸ Wellicht kan daar het beginsel van *fair play* of het verdedigingsbeginsel aan worden toegevoegd.⁶⁹ Indien deze beginselen in het voorbereidend onderzoek in ernstige mate zijn geschonden kan het OM niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn vervolging. Het plaatsvinden van deze toetsing is niet volstrekt afhankelijk van de wil van de verdediging.⁷⁰ Voorts is de toetsing door de strafrechter hier niet een louter marginale. Het marginale aspect van de beoordeling door de strafrechter ziet slechts op de belangenafweging zelf om al dan niet te vervolgen. Voor zover bijvoorbeeld een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt zal vervolging onredelijk zijn. Het gaat hier dus om een volle beoordeling.⁷¹ Wel moet bedacht worden dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel in het strafrecht wellicht minder snel zal slagen dan in het bestuursrecht. Dit hangt samen met de beperkte opsporings- en vervolgingscapaciteit: 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).⁷²

De strafrechter buigt zich gelet op art. 350 Sv ten volle over de vragen of het ten laste gelegde is bewezen, welke kwalificatie het bewezenverklaarde oplevert en de strafbaarheid van de dader. Indien met betrekking tot de wijze van bewijsvergaring dermate twijfel rijst omtrent de rechtmatigheid ervan zal de strafrechter zich ambtshalve moeten uitlaten over de toelaatbaarheid ervan.⁷³ De rechter kan ook pas tot een bewezenverklaring van het feit komen indien hij dit wettig en overtuigend acht bewezen (art. 338 Sv). De strafrechter zal zich in dit verband hoe dan ook expliciet moeten buigen over de bevoegdheid van het bestuursorgaan of over de bevelsbevoegdheid van een politieambtenaar, indien die bevoegdheid een rol speelt bij de delictsomschrijving (vgl. art. 184 en 197 Sr).⁷⁴ Verder ligt ook de geldigheid van de gebods- of verbodsnorm die is overtreden ter (exceptieve) ambtshalve toetsing voor aan de strafrechter, net als de vraag of er een meer specifieke bepaling is waarop de tenlastelegging zou moeten zijn toegesneden (*lex specialis*), alsmede de vraag of er inmiddels een voor de verdachte gunstiger strafbepaling is gaan gelden die zou moeten worden toegepast (*lex mitior*).⁷⁵ De strafrechter zal zich over deze laatstgenoemde drie kwesties slechts expliciet hoeven uit te laten indien een

68 Bijv. J.H. Crijns, 'Beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.) *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu 2006, p. 60-77.

69 R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 411-412. Zie ook O.J.D.L.M. Jansen, *Het handavingsonderzoek*, Nijmegen 1999, p. 211-219. Laatstgenoemde onderscheidt in dit verband het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel als 'beginselen van een behoorlijke opsporing'.

70 Zie de overwegingen van het gerechtshof 's-Hertogenbosch in HR 18 februari 1997, NJ 1997/411.

71 HR 13 januari 1998, NJ 1998/407.

72 Zie ook P.W. van der Kruijs, 'Flutzaken en het gelijkheidsbeginsel', *Strafblad* 2010, p. 230-245.

73 HR 17 mei 1988, NJ 1989/142 en HR 9 oktober 1990, NJ 1991/152. Zie voorts Hof 's-Gravenhage 2 oktober 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK2814 en Rb. Arnhem 21 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK7288.

74 O.m. HR 27 maart 2007, AB 2007/144; HR 13 juli 2010, AB 2010/286 en HR 24 januari 2012, AB 2012/112.

75 Zie ook D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter*, Bju 2010, p. 201-203.

verweer is gevoerd (art. 358 lid 3 en 359 lid 2 Sv) of indien geen verweer voorligt, maar een dergelijk verweer wel zou slagen. Met betrekking tot verweren ter zake van strafuitsluitingsgronden ligt het in de rede dat daarop een beroep wordt gedaan door de verdachte. Op het OM rust althans geen bewijslast dat zich geen exceptie voordoet, tenzij die onderdeel uitmaakt van het tenlastegelegde feit.⁷⁶ Dit laat onverlet dat de rechter wanneer hij uit het dossier zelf kan opmaken dat er twijfels rijzen omtrent de strafbaarheid van de verdachte, hij daarop ambtshalve een gemotiveerde beslissing neemt.⁷⁷ De bewijsmaatstaf bij het beroep op excepties en de weerlegging van bewijsvermoedens is overigens een lichtere dan voor de bewezenverklaring van het strafbare feit zelf.⁷⁸

Met betrekking tot de strafmaat is de strafrechter (ambtshalve) beslisser. Hij kan daarbij ambtshalve rekening houden met een eventuele overschrijding van de redelijke termijn.⁷⁹

In art. 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. Deze evenredigheidsbepaling ziet op de verhouding tussen de individuele financiële draagkracht en de op te leggen straf. Van de rechter wordt niet verlangd dat hij onderzoek doet naar de werkelijke draagkracht.⁸⁰ Voorts worden geldboetes meestal tariefmatig opgelegd aan de hand van oriëntatiepunten.⁸¹ Er geldt daarom een beperkte motiveringseis inzake de draagkracht.⁸² Indien het gerechtshof stelt bij de geldboete rekening te hebben gehouden met art. 24 Sr en er geen draagkrachtverweer is gevoerd, dan zal snel aangenomen worden dat de boete naar behoren is gemotiveerd.⁸³ Indien echter wel zo'n verweer wordt gevoerd zal de strafrechter verdergaand moeten motiveren waarom toch een (zeer) hoge boete passend is.⁸⁴

Bestuursrecht

Ingevolge art. 8:69 Awb doet de bestuursrechter uitspraak op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting (lid 1), vult hij ambtshalve de rechtsgronden aan (lid 2) en kan hij ambtshalve de feiten aanvullen (lid 3). Vooropgesteld moet worden dat

⁷⁶ Vgl. HR 9 maart 2010, NJ 2010/159.

⁷⁷ G.J.M. Corstens/M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 760.

⁷⁸ Zie ook D.J.P. van Omme, 'Vermoedens van gebruik maken, gebruik maken van vermoedens', in: R.C.P. Haentjens en M. Jurgens, m.m.v. M. Bijleveld (red.), *Fraude op de financiële markten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 63-64 en M. Nelemans, 'Marktmisbuik', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 290. Zij spreken in dit verband over de (beperkte) bewijsvoeringslast van de verdachte.

⁷⁹ HR 3 oktober 2000, NJ 2000/721 en HR 17 juni 2008, NJ 2008/358.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 1977/78, 15 012, nr. 3, p. 42-43.

⁸¹ P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, Deventer: Kluwer 2009, p. 113.

⁸² *Kamerstukken II* 1977/78, 15 012, nr. 3, p. 37. Zie voorts HR 2 juli 1990, NJ 1991/67.

⁸³ HR 25 september 2007, NJ 2007/530.

⁸⁴ HR 16 oktober 2001, NJ 2002/201 en HR 3 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8652.

art. 8:69 lid 1 Awb niet los kan worden gezien van het onderwerp en de (absolute) buitengrens van de rechtsstrijd: het bestreden besluit, dat gelet op art. 8:1 lid 1 in verbinding met art. 7:1 lid 2 Awb, meestal de beslissing op bezwaar van het bestuursorgaan behelst. Een uitgebreid onderzoek naar de omvang van het geding in het bestuursrecht valt buiten het bestek van dit onderzoek.⁸⁵ Niettemin is het op deze plaats noodzakelijk om hier iets over art. 8:69 Awb te zeggen. Blijkens de wetsgeschiedenis dient de bestuursrechter binnen het door de aanlegger afgebakende geschil – hij mag niet *ultra petita* gaan – de rechtsgronden aan te vullen, waarbij het resultaat daarvan niet een *reformatio in peius* mag opleveren. De bestuursrechter zal zo nodig wel buiten de beroepsgronden en de vordering treden wanneer hij ambtshalve toetsend kwesties van openbare orde aansnijdt die niet ter vrije beschikking staan van partijen. Het derde lid is ten slotte bewust als een kanbepaling geformuleerd, zodat de rechter zijn attitude kan aanpassen aan de feitelijke verhouding tussen partijen (ongelijkheidscompensatie).⁸⁶

In de objectieve visie, die past bij een tekstuele benadering van art. 8:69 lid 1 Awb, zal de buitenrand van het geschil veelal samenvallen met het bestreden besluit dat de aanleeger vernietigd wil zien. Een meer subjectieve visie, voorkomend uit de wens van de Awb-wetgever om het primaat van de taak van de bestuursrechter te leggen bij rechtsbescherming (lees: geschilbeslechting) en niet (langer) bij de objectieve handhaving van het recht,⁸⁷ brengt met zich dat de bestuursrechter zich in beginsel dient te beperken tot een beoordeling van de beroepsgronden die zijn ingebracht tegen het bestreden besluit. In dit verband is van belang dat in art. 6:5 lid 1, onderdeel d, Awb is neergelegd dat het bezwaar- of beroepsschrift de gronden van het bezwaar of beroep dient te bevatten.⁸⁸ In de praktijk zien we dat de bestuursrechter de feitelijke grondslag van het geding veelal aan de hand van de aangevoerde gronden bepaalt.⁸⁹ De ambtshalve aanvulling van gronden ziet dan slechts (of vooral) op de juiste juridische vertaalslag van de (feitelijke) beroepsgronden.⁹⁰ Deze subjectivering van het bestuursprocesrecht speelt overigens sterker in het omgevingsrecht, waarin derdenbelangen spelen en de wetgever inmiddels ook kwantitatieve en kwalitatieve beperkingen heeft willen stellen aan de

85 Zie daarover o.m. R. Kooper, 'Wie is er bang voor aanvulling van rechtsgronden? Over de terminologie van artikel 8:69 Awb', *NTB* 2000/6; idem, 'Ambtshalve toetsing en aanvulling van rechtsgronden', *JBplus* 2002/2; D.A. Verburg, *De bestuursrechtelijke uitspraak en het denkmodel dat daaraan ten grondslag ligt*, Zeist: Kerckebosch 2008; D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht? De omvang van toetsing aan recht door de bestuursrechter*, Den Haag: Bju 2010; M. Schreuder-Vlasblom, 'Tweepolig procesrecht; over de aanvulling van rechtsgronden en feiten in het geding volgens het procesrecht van de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010 en R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, hoofdstuk 5.

86 *Parl. Gesch. Awb II*, p. 463-464.

87 *Parl. Gesch. Awb II*, p. 174 en 463-464.

88 Het niet indienen van gronden – zo nodig binnen een geboden hersteltermijn – hoeft overigens niet noodzakelijkerwijs tot een niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar of beroep te leiden. Zie art. 6:6 Awb en HR 29 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8547.

89 HR 16 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6477; ABRvS 26 november 2003, AB 2004/154; CRvB 29 april 2008, AB 2008/242; CRvB 22 oktober 2008, JB 2009/43 en CBb 27 mei 2003, AB 2003/456.

90 ABRvS 19 oktober 2005, JB 2005/329 en CRvB 15 november 2005, JB 2006/35.

mogelijkheid om beroepsgronden in te dienen,⁹¹ dan in twee partijengeschillen. Vooral in boetezaken zien we wel een actieve bestuursrechter.⁹² Het verschil in rechterlijke activiteit naargelang de soort zaak kan wellicht worden gefundeerd op het discretionaire karakter van art. 8:69 lid 3 Awb, op het met dit artikellid samenhangende leerstuk van de ongelijkheidscompensatie en voor wat betreft bestuurlijke boetes op de strafrechtelijke taakstelling van de bestuursrechter.⁹³

Voor zowel de (gematigd) objectieve als de meer subjectieve benadering geldt dat de bestuursrechter kwesties van openbare orde ambtshalve aan de orde stelt, waarbij het uitgangspunt van het verbod van reformatio in peius niet geldt en hij ook zelf zo nodig (op de voet van het derde lid van art. 8:69 Awb) de feiten vaststelt.⁹⁴ Deze kwesties raken grofweg aan kwesties met betrekking tot de toegang tot de rechter, de harde grenzen van de bestuursbevoegdheid en grondregels voor een behoorlijk proces.⁹⁵ Bij boetezaken zien we de grenzen tussen een ruimhartige aanvulling van rechtsgronden en ambtshalve toetsing aan kwesties van openbare orde vervagen waar de bestuursrechter de grenzen van de ambtshalve toetsing van de bevoegdheid van het bestuur ruim trekt.⁹⁶ Verder wordt ook met betrekking tot de ambtshalve toetsing een grote rol toegekend aan het verdedigingsbeginsel, dat wordt afgeleid van art. 8:69 lid 1 Awb.⁹⁷ Partijen zullen zich over de ambtshalve door de rechter ingeroepen kwesties en rechtsregels moeten kunnen uitlaten in die zin dat zij daar een verweer op moeten kunnen voeren.⁹⁸ Dit vereiste van hoor en wederhoor geldt in gelijke zin indien de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult binnen de omvang van het geschil.⁹⁹

De vrij-bewijsleer in het bestuursrecht doet er niet aan af dat de bestuursrechter vol toetst of het bewijs door het bestuursorgaan is geleverd voor het nemen van een

91 Zie art. 1.6 lid 2, 1.6a Chw en art. 8:69a Awb. Daaruit volgt dat alle beroepsgronden binnen de beroepstermijn moeten zijn ingediend en dat voorts een relativiteitsvereiste geldt. Een aanvulling van rechtsgronden door de rechter buiten de tijdig aangevoerde gronden ligt dan niet voor de hand.

92 Hier doen zich wel verschillen voor. De Afdeling is passiever dan andere appelcolleges. Vgl. ABRvS 16 maart 2011, AB 2011/251 en CBb 1 maart 2012, AB 2012/121. Zie voorts R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 372-382.

93 Zie voor dit laatste *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 128; VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag: Bju 2004, p. 137 en R. Stijnen, 'Een procedure op tegenspraak of ambtshalve toezicht door de rechter? De ambtshalve toepassing van unierecht door de unierechter en de nationale rechter', in: R. Stijnen en M. Jurgens (red.), *Toepassing van Europees Recht. Wat doet de Nederlandse rechter met het Europees Recht?*, Deventer: Kluwer 2012, p. 50-51.

94 O.m. HR 13 mei 2011, AB 2011/158.

95 Zie o.m. de noot van Widdershoven bij ABRvS 11 februari 2005, JV 2005/172.

96 Vgl. HR 29 april 2011, JB 2011/130 (vervaltermijn); HR 16 september 2011, BNB 2011/286 (redelijke termijn); CRvB 15 juni 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ8654 (lex mitior) en CBb 26 juni 2008, RF 2008/66 (toerekening).

97 *Parl. Gesch. Awb II*, p. 463. Zie ook M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011, p. 570.

98 ABRvS 3 oktober 2007, JB 2008/1 en CRvB 17 juli 2007, RSV 2007/268.

99 ABRvS 21 februari 2007, JB 2007/74 en CBb 29 juni 2012, JB 2012/217.

belastend besluit en stelt bij bestuurlijke boetes hoge eisen aan de bewijslevering. Waar in gewone bestuursrechtelijke zaken de aannemelijkheid maatstaf vormt, lijkt bij boetebesluiten in hoge mate de overtuiging van de rechter een rol te spelen.¹⁰⁰ Jurisprudentie van het EHRM en de Unierechter – en in het voetspoor daarvan van de nationale rechter – bieden hiervoor ook aanknopingspunten: uit de onschuldpresumptie volgt niet alleen dat op het bestuursorgaan de bewijslast rust, maar voorts dat de beboete (rechts)persoon zal moeten profiteren van twijfel omtrent het bewijs.¹⁰¹ Voorts brengt het verdedigingsbeginsel met zich dat inzake bestuurlijke boetes de belanghebbende de mogelijkheid wordt geboden het bewijs aan te vechten en zo nodig getuigen te horen (vgl. art. 6 lid 3 EVRM).¹⁰² Bij een beroep door de belanghebbende op excepties of weerlegging van causaliteitsvermoedens geldt overigens de lichtere bewijsvoeringslast van aannemelijk maken.¹⁰³

De vraag naar de inzet van het boete-instrument wordt door de rechter op redelijkheid getoetst aan de hand van art. 3:4 lid 2 Awb. Deze toetsing lijkt meer terughoudend te zijn dan de beoordeling van de hoogte van de boete. Dogmatisch is dit juist, maar die beoordeling bevat wel een aantal ‘volle’ aspecten. Als de beginselen van behoorlijk bestuur – waaronder het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en beginsel van fair play – zijn geschonden zal gebruikmaking van de boetebevoegdheid hoe dan ook onredelijk zijn. Dit is dus een volle beoordeling,¹⁰⁴ net als in het strafrecht. Indien de inzet van het boete-instrument een gebonden bevoegdheid behelst, zoals in de sociale zekerheid, volgt geen redelijkheidstoets, maar wordt uitsluitend beoordeeld of zich een wettelijke exceptie voordoet, waaronder de vraag of dringende redenen zich verzetten tegen boeteoplegging.¹⁰⁵

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), welke boetesystemen hiervoor meer uitgebreid aan de orde zijn gekomen. In de sociale zekerheid werd tot 1 januari 2013 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 in die zaken 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

100 Zie A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 183-187 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 131.

101 EHRM 6 december 1988, *NCJM-bulletin* 1989/90 (Barberà, Messegué en Jabardo t. Spanje); EHRM 23 juli 2002, *EHRC* 2002/88 (Janosevic t. Zweden); GvEA 12 september 2007, zaak T-36/05 (Coats Holdings); HR 15 april 2011, *BNB* 2011/206 en *ABRvS* 10 juli 2013, *AB* 2013/274.

102 *ABRvS* 3 juli 2013, *AB* 2013/275 en *CBb* 13 maart 2007, *AB* 2007/322.

103 Zie ook voor wat betreft een beroep op het gelijkheidsbeginsel Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 118. Zie voor wat betreft causaliteit *CBb* 12 augustus 2010, *AB* 2010/342 (T-Mobile).

104 Vgl. *ABRvS* 2 juli 2008, *JB* 2008/182; *CBb* 12 januari 2010, *JOR* 2010/100 en Rb. Rotterdam 8 april 2010, *JOR* 2010/158.

105 *Bijv.* *CRvB* 30 juni 2004, *RSV* 2004/274 en *CRvB* 27 mei 2010, *AB* 2010/229.

beoordeeld of die toepassing strookt met de afstemmingseisen die volgen uit art. 5:46 lid 2 Awb. De Centrale Raad van Beroep is echter 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,¹⁰⁶ terwijl ook de Hoge Raad de fiscale feitenrechter die mogelijkheid biedt.¹⁰⁷ Daarbij geldt, zo heeft de Hoge Raad recent beslist, dat de rechter die zich over een bestuurlijke boete buigt, zich desgevraagd ook zal moeten buigen over de vraag of het boetebedrag evenredig is in het licht van de draagkracht van de overtreder op het tijdstip waarop die toetsing door de rechter plaatsheeft.¹⁰⁸

De Afdeling neemt eigenlijk telkens de beleidsregels tot uitgangspunt. Het aantal vreemdelingen dat zonder tewerkstellingsvergunning is aangetroffen bij de werkgever wordt eenvoudig vermenigvuldigd met het vaste boetebedrag.¹⁰⁹ Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt tot matiging overgegaan. Die matiging is dan ook vaak beperkt tot een halvering, zodat nog steeds relatief zware boetes resterend.¹¹⁰ Gebrek aan financiële draagkracht vormde voor de Afdeling in veel gevallen geen grond voor matiging, maar hier lijkt wel een zekere kentering gaande.¹¹¹ Ruimhartig stelde de Afdeling zich voorts op inzake overtreding van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. In voorkomende zaken vond de Afdeling het beleid te ongedifferentieerd en maakte zij van matiging niet de uitzondering, maar de regel.¹¹² De Centrale Raad gaat aanzienlijk verder. Hij ziet in voorkomende gevallen aanleiding tot matiging tot het wettelijke minimumbedrag en gaat soms zelfs daaronder zitten. Hierbij laat de Centrale Raad het gebrek aan draagkracht, de beperkte ernst van de

¹⁰⁶ Zie de casestudies in het pre-advies van M.L. van Emmerik en C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', in: C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR-reeks 152), Bju: Den Haag 2014, p. 157-185.

¹⁰⁷ Zie HR 22 januari 2010, *BNB* 2010/163 en HR 7 juni 2013, *BNB* 2013/183. Zie voorts F.J.P.M. Haas, 'Fiscale boeten', in: C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR-reeks 152), Bju: Den Haag 2014, p. 246-254.

¹⁰⁸ HR 28 maart 2014, *ECLI:NL:HR:2014:685*.

¹⁰⁹ *ABRvS* 11 november 2009, *ECLI:NL:RVS:2009:BK2951*. Zie ook *ABRvS* 15 september 2010, *JB* 2010/238. De Afdeling vindt hier overigens het EHRM aan haar zijde. Zie EHRM 28 juni 2011, *AB* 2012/15 (FD t. Nederland).

¹¹⁰ Bijv. *ABRvS* 16 januari 2008, *AB* 2008/50 en *ABRvS* 4 april 2012, *LJN* *ECLI:NL:RVS:2012:BW0763*.

¹¹¹ Een strenge lijn zien we onder meer in *ABRvS* 11 juli 2007, *AB* 2007/312; *ABRvS* 10 september 2008, *AB* 2009/132; *ABRvS* 28 januari 2009, *ECLI:NL:RVS:2009:BH1144*; *ABRvS* 10 augustus 2011, *ECLI:NL:RVS:2011:BR4655* en *ABRvS* 12 oktober 2012, *ECLI:NL:RVS:2012:BY1747*. Matiging wegens beperkte financiële draagkracht zien we onder meer in *ABRvS* 11 maart 2009, *AB* 2009/143; *ABRvS* 27 juni 2012, *AB* 2012/387 en *ABRvS* 12 oktober 2012, *AB* 2012/385. Indien wordt gematigd neemt de Afdeling de matigingspercentages uit de beleidsregels tot uitgangspunt. In *ABRvS* 6 februari 2013, *JV* 2013/124 wordt echter zelfs een matiging door de rechtbank tot nihil in stand gelaten. Indien niet of niet afdoende financiële gegevens worden verstrekt dan ligt matiging wegens gestelde financiële hardheid niet in de rede, zo is te zien in *ABRvS* 29 mei 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:CA1360*; *ABRvS* 11 september 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:1082* en *ABRvS* 9 oktober 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:1474*. Bij hardnekkige recidive zullen financiële omstandigheden in beginsel geen gewicht in de schaal leggen, omdat de financiële positie (ten gevolge van eerdere boetes) dan blijkbaar (mede) het gevolg is van de ongewijzigde bedrijfsvoering. Zie *ABRvS* 12 juni 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:CA2869* en *ABRvS* 2 oktober 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:1404*.

¹¹² *ABRvS* 16 november 2011, *JB* 2012/3 en *ABRvS* 14 maart 2012, *AB* 2012/98.

gedraging en eventueel de weifelende houding van het bestuursorgaan uitdrukkelijk meewegen.¹¹³ De verwachting lijkt dan ook gerechtvaardigd dat de Centrale Raad flink zal snijden in bestuurlijke boetes die worden opgelegd onder toepassing van het nieuwe tarief, dat 100% van het benadelingsbedrag bedraagt. 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.¹¹⁴ In het mededingingsrecht wordt de toezichthouder echter binnen het maximum (een percentage van de omzet) veel beleidsvrijheid gegund.¹¹⁵ In deze op het Europese Unierecht gestoelde jurisprudentie spelen dan ook overwegingen van voordeelontneming een grote rol.¹¹⁶

Tot slot nog iets over de toetsing van boetebesluiten in de voorlopige voorziening-procedure. Omdat het gaat om een financieel belang en de gevolgen zijn te repareren in de bodemprocedure is de voorzitter van de Afdeling zeer terughoudend in het beoordelen van de vraag of een boetebesluit (of de beslissing tot invordering) moet worden geschorst.¹¹⁷ Er ligt in die zaken al een bodemuitspraak van de rechtbank, zodat niet kan worden uitgesloten dat in die gevallen waarin nog geen rechterlijke toetsing heeft plaatsgevonden wel een voorlopig rechtmatigheidsoordeel door de

113 CRvB 27 mei 2010, AB 2010/229; CRvB 8 december 2010, USZ 2011/23; CRvB 25 mei 2011, USZ 2011/219 en CRvB 27 maart 2013, AB 2013/412. In de meeste gevallen wordt overigens niet gematigd. Vaak laat de Centrale Raad de boete als (beperkt) percentage van het benadelingsbedrag, met inachtneming van het boetemaximum, in stand. Bijv. CRvB 24 september 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN8396; CRvB 13 april 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ1226; CRvB 1 februari 2012, AB 2012/303 en CRvB 9 mei 2012, RSV 2012/234.

114 Het kwam tot verregaande matiging in o.m. CBb 15 december 2006, AB 2007/280 (Hajenius en Ritmeester); CBb 7 juni 2007, JOR 2007/185 (Les Amis de France); CBb 12 januari 2010, RF 2010/49 (Intertirion); CBb 16 september 2010, ECLI:NL:CBb:2010:BO5320 (Agio); CBb 24 april 2012, RF 2012/54 (Muller) en CBb 26 maart 2013, JOR 2013/172. Zeker niet altijd wordt een boete naar het standaardtarief onevenredig bevonden. Zie bijv. CBb 1 april 2008, AB 2010/143 (ABP) en CBb 1 september 2011, AB 2011/310. In warenwetzaken wordt de hardheidsclausule beperkt opgevat, omdat het daar gaat om vrij lage boetes. Zie o.m. CBb 5 april 2005, AB 2006/82 en CBb 24 december 2009, ECLI:NL:CBb:2009:BL4453. Vgl. ABRvS 26 februari 2014, JB 2014/68 inzake overtreding van de Huisvestingswet en CRvB 22 januari 2014, AB 2014/159 inzake de Zorgverzekeringswet.

115 Bijv. CBb 7 juli 2010, AB 2010/235. Wel wordt in mededingingszaken strak de hand gehouden aan het gelijkheidsbeginsel ter zake van de boetehoogte. Zie CBb 14 maart 2012, AB 2012/225 (Noord-Holland Acht). Voorts kan beperkte ernst of verminderde verwijtbaarheid leiden tot ingrijpen door de bestuursrechter. Zie bijv. CBb 4 april 2012, AB 2012/340, een spoorwegwetzaak waarin een zelfde boetesystematiek geldt als in de Mw. Zie verder R. Stijnen, 'Menarini en KME: marginale of volle toetsing van mededingingsboetes door de rechter?', *NtER* 2012/4, p. 119-125; R. Stijnen, 'Klimop en Noord-Holland Acht: de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke afdoening van vastgoed- en bouwfraude', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance* 2012/3-4, p. 121-129 en A.P. Klap, 'Boeteoplegging in het economische bestuursrecht: afschrikking versus evenredigheid?', *SEW* 2012/132, p. 322-335.

116 Zie o.m. R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, par. 3.9 en 3.12.

117 Zie bijv. ABRvS (vz.) 17 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX4378; ABRvS (vz.) 9 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1798 en ABRvS (vz.) 9 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3045.

voorzieningenrechter van de rechtbank plaatsheeft¹¹⁸ of dat bij twijfel of de beboete (rechts) persoon de boete kan voldoen wordt geschorst.¹¹⁹ 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.¹²⁰

3.3. De bestuurlijke en strafrechtelijke gevolgen van antecedenten

3.3.1. Introductie: Bingöl tegen Nederland

Klager die woonachtig is in Den Haag vraagt in 2004 een exploitatievergunning aan voor een partycentrum. De burgemeester vraagt op grond van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob) om een advies voor het al dan niet verlenen van de vergunning. Klager is in het verleden namelijk een vergunning op grond van de Drank- en Horecawet geweigerd, op grond van strafrechtelijke veroordelingen vanwege het in dienst nemen van illegale immigranten. Op grond van art. 3 Wet Bibob is het Bureau Bibob van oordeel dat een serieus gevaar bestaat dat klager de gevraagde vergunning zal gebruiken om de uit de gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten, of om strafbare feiten te plegen. De burgemeester volgt het advies en weigert de vergunning. Het bezwaar en beroep van klager falen. In hoger beroep, op 22 november 2006, overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat de instrumenten op grond van de Wet Bibob geen criminal charge vormen in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Aldus geldt de onschuldpresumptie uit art. 6 lid 2 EVRM niet in Bibob-zaken. Klager wendt zich tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Hij klaagt dat er wel degelijk sprake was van schending van de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM door hem de gevraagde vergunning te weigeren. Het EHRM wijst de klacht af. Het Hof heeft namelijk eerder het standpunt ingenomen dat bij een veroordeling en strafoplegging door nationale rechters art. 6 EVRM er niet aan in de weg staat om een strafblad te betrekken in het eindoordeel. Het Hof ziet niet in waarom art. 6 lid 2 EVRM het autoriteiten zou verbieden dit ook te doen bij de beoordeling of iemand voldoet aan de voorwaarden van rechtschapenheid voor een bepaald doel.¹²¹

Waar sprake is van een vergunningensysteem kan een persoon die bij een of meer strafbare feiten betrokken is geweest worden geconfronteerd met de weigering of intrekking van een vergunning. Indien het gaat om een misdrijf heeft een

118 Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch (vznr.) 21 december 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ5928; Rb. Arnhem (vznr.) 2 augustus 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB1949; Rb. Haarlem (vznr.) 28 juni 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR0211 en Rb. 's-Gravenhage (vznr.) 12 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2867.

119 Ruimhartig toonde zich Rb. Amsterdam (vznr.) 9 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW4293. Hoewel de boete 'slechts' € 4.000 bedroeg, volgde een schorsing op een draagkrachtberoep.

120 ABRvS 11 maart 2009, AB 2010/78. Indien de boete achteraf wordt herroepen moeten naast de ingevorderde boete wel alle in rekening gebrachte invorderingskosten worden terugbetaald, aldus HR 9 maart 2012, NJ 2012/379. Het ontbreken van schorsende werking doet daar dus niet aan af.

121 EHRM 20 maart 2012, AB 2012/284 (Bingöl t. Nederland).

strafrechtelijke veroordeling een bijkomend gevolg: de veroordeelde krijgt een zogenoemd strafblad. De wetgeving op dit vlak wordt besproken onder de rubriek bestuursrecht, omdat beslissingen omtrent gegevensverstrekking, de wijziging van gegevens en de verklaringen omtrent gedrag besluiten opleveren in de zin van art. 1:3 Awb. De voordeelontnemingsprocedure die volgt op en een gevolg is van een strafprocedure wordt hierna besproken onder de rubriek strafrecht. In dit hoofdstuk noemen we een aantal van deze bestuurlijke en strafrechtelijke maatregelen die al dan niet hun basis vinden in een onherroepelijke uitspraak van de straf- of bestuursrechter of slechts in een verdenking van een laakbare gedraging. Voor wat betreft de bestuurlijke maatregelen speelt daarbij vaak dat het bestuursorgaan een (subjectieve) beoordelingsruimte heeft. Dit komt ook aan de orde. De hier in geding zijnde grondrechten zijn – in onderling verband – de onschuldpresumptie en het recht op eigendom.

3.3.2. Het wettelijk kader

Strafrecht

De art. 7 en 8 WED bevatten de volgende (bijkomende) straffen en maatregelen die een aantasting vormen van het eigendomsrecht in ruime zin:

- gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming van de veroordeelde, waarin het economische delict is begaan, voor een tijd van ten hoogste een jaar;
- gehele of gedeeltelijke ontzetting van bepaalde rechten of gehele of gedeeltelijke ontzegging van bepaalde voordelen, welke rechten of voordelen de veroordeelde in verband met zijn onderneming van overheidswege zijn of zouden kunnen worden toegekend, voor een tijd van ten hoogste twee jaren.
- de maatregel van onderbewindstelling van de onderneming van de veroordeelde, waarin het economisch delict is begaan (bij een misdrijf maximaal drie jaar en bij een overtreding maximaal twee jaar);
- de verplichting tot verrichting van hetgeen wederrechtelijk is nagelaten, tenietdoening van hetgeen wederrechtelijk is verricht en verrichting van prestaties tot het goedmaken van een en ander, alles op kosten van de veroordeelde, voor zover de rechter niet anders bepaalt.¹²²

De WED kent ook voorlopige maatregelen. Die komen hierna bij de toegang tot de rechter aan de orde.

Art. 36e Sr voorziet in de mogelijkheid dat op vordering van het openbaar ministerie bij een afzonderlijke rechterlijke beslissing aan degene die is veroordeeld wegens een strafbaar feit de verplichting kan worden opgelegd tot betaling van een geldbedrag aan de Staat ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. De voordeelontneming hoeft niet per definitie gerelateerd te zijn aan het feit waarvoor de verdachte is veroordeeld.

¹²² Zie over deze bedrijfssancties ook A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, 88-95.

Bestuursrecht

Het bestuursrecht kent diverse wetten en regelingen die tot gevolg hebben dat strafrechtelijke of andere antecedenten kunnen doorwerken in de bestuurlijke besluitvorming die raken aan het recht van eigendom. Wij noemen de volgende wetgeving:

- de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens voorziet in het bewaren van justitiële documentatie omtrent een strafrechtelijke veroordeling wegens een misdrijf en in de verstrekking van die gegevens aan derden. Deze wet voorziet voorts in de afgifte en onthouding van een verklaring omtrent het gedrag (VOG) door de minister van Veiligheid en Justitie, welke verklaring mede samenhangt met het wel of niet zijn veroordeeld voor strafbare feiten en het (daaruit afgeleide) risico voor de samenleving;
- de Wet politiegegevens biedt eveneens een basis voor de verstrekking van politiegegevens aan derden, onder wie de burgemeester (met het oog op de handhaving van de openbare orde);
- de Wet Bibob voorziet in de weigering of intrekking van vergunningen, onthefingen en subsidies indien wordt gevreesd dat de beschikking wordt gebruikt om op geld waardeerbare voordelen die via strafbare feiten zijn of worden verkregen te benutten of om strafbare feiten te plegen;¹²³
- de Wft voorziet in een betrouwbaarheidstoets van beleidsbepalers (en commissarissen) van financiële ondernemingen. Bij de beoordeling of de betrouwbaarheid van de persoon in kwestie niet langer buiten twijfel staat nemen de AFM en DNB op basis van krachtens de Wft vastgestelde algemene maatregelen van bestuur onder meer strafrechtelijke en bestuurlijke antecedenten in aanmerking.¹²⁴

Voorts wijzen wij op de wijzigingen in de Wav per 1 januari 2013. Omdat ook bij herhaalde recidive uitsluitend nog wordt bestraft door middel van een bestuurlijke boete, is thans voorzien in de mogelijkheid dat een bestuurlijk bevel tot tijdelijke bedrijfstilllegging wordt uitgevaardigd door de minister van SZW, zo nodig door middel van een last onder bestuursdwang (art. 17b Wav).

3.3.3. De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen*Strafrecht*

Hoofregel in het strafrecht is dat een strafzaak aanhangig worden gemaakt met de dagvaarding van de verdachte om op een bepaald tijdstip ter zitting van de strafrechter te verschijnen (art. 258 Sv). De dagvaarding bevat hetgeen de verdachte ten laste wordt gelegd. In zijn requisitoir vordert de officier van justitie een straf. Eerst

¹²³ Zie daarover A.E.M. van den Berg, A. Tollenaar en R.W. Veldhuis, *Beoordelen van integriteit met de Wet Bibob* (Preadviezen Jonge VAR 2009), Den Haag: Bju 2009, p. 15-16, 29-32 en 111-114. Zie voorts de brochure *De Wet Bibob: wat is er gewijzigd?* (juni 2013, publicatienr: j-19529), www.rijksoverheid.nl/venj.

¹²⁴ Zie daarover R. Stijnen, '(Her)toetsing van geschiktheid en betrouwbaarheid', in: D.R. Doorenbos en M.J.C. Somsen (red.), *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht, in het bijzonder onder de Wft en Pw*, Deventer: Kluwer 2013, hoofdstuk 18.

nadat de strafrechter in zijn vonnis een straf oplegt wordt deze ten uitvoer gelegd. De straffen en maatregelen uit de WED die hiervoor zijn genoemd worden opgelegd door een economische straffkamer van de rechtbank, dit behoudens de mogelijkheid dat bij gevoegde zaken een gewone kamer de zaak afdoet (art. 38 en 39 WED). Niet altijd komt de strafrechter er aan te pas. Ingevolge art. 36 WED kan de officier van justitie bij de strafbeschikking de aanwijzing geven dat wordt verricht hetgeen wederrechtelijk is nagelaten, tenietgedaan hetgeen wederrechtelijk is verricht en dat prestaties tot het goedmaken van een en ander worden verricht, alles op kosten van de verdachte, voor zover niet anders wordt bepaald. Voorts geldt ook voor de afdoening van economische delicten de algemene transactiefiguur van het Wetboek van Strafvordering.

Gelet op art. 28 WED kunnen bij ernstige bezwaren tegen de verdachte, terwijl onmiddellijk ingrijpen wordt vereist voorafgaand aan de terechtzitting aan hem voorlopige bevelen worden opgelegd zich te onthouden van bepaalde handelingen of zorg te dragen, dat in het bevel aangeduide voorwerpen, welke vatbaar zijn voor inbeslagname, opgeslagen en bewaard worden ter plaatse, in het bevel aangegeven. Een dergelijk bevel kan door het gerecht ambtshalve, op de voordracht van de rechter-commissaris of op het verzoek van de verdachte worden ingetrokken of gewijzigd. Gelet op art. 29 WED kan de rechtbank ook voorafgaande aan de terechtzitting op vordering van de officier de onderneming voorlopig stilleggen indien de gronden van art. 28 WED zich voordoen. Hij kan dit ook ambtshalve ter zitting doen. Het opzettelijk handelen of nalaten in strijd met of het ontduiken van een hiervoor genoemde bijkomende straf of een maatregel, of een voorlopige maatregel, is een economisch delict (art. 33 WED).¹²⁵ Bij ingrijpende al dan niet voorlopige maatregelen op grond van de WED is aldus voorzien in voorafgaande of snelle rechterlijke toetsing gedurende de maatregel. Dergelijke (voorlopige) maatregelen hebben directe werking.¹²⁶

Ook als een voorlopige maatregel in de zin van art. 28 en art. 29 WED is opgelegd, hanteert de Hoge Raad als uitgangspunt dat de redelijke termijn in de zin van art. 6 lid 1 EVRM niet is overschreden als binnen twee jaar na aanvang van de in ogenschouw te nemen periode eindvonnis is gewezen en als in hoger beroep binnen twee jaar na het instellen van het appel eindarrest is gewezen.¹²⁷

De regeling van het in art. 36e Sr genoemde strafrechtelijk financieel onderzoek is neergelegd in de art. 126-126f Sv. De art. 511c-511i Sv handelen over strafvordering met betrekking tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. De vordering, die wordt ingesteld binnen twee jaren na de uitspraak in eerste aanleg, behelst mede de oproeping om op het daarin vermelde tijdstip ter terechtzitting te verschijnen (art. 511b Sv). De rechtbank beraadslaagt over de vraag of de in art. 36e Sr bedoelde maatregel moet worden opgelegd en zo ja, op welk bedrag de

¹²⁵ Zie over de voorlopige maatregelen voorts A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 112-119.

¹²⁶ HR 7 december 2004, NJ 2008/299.

¹²⁷ HR 3 juni 2008, NJ 2008/330.

omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel is te schatten. De officier van justitie kan, zolang het onderzoek op de terechtzitting niet is gesloten, met de verdachte of veroordeelde een schriftelijke schikking aangaan tot betaling van een geldbedrag aan de staat of tot overdracht van voorwerpen ter gehele of gedeeltelijke ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel (art. 511 Sv). Gelet op art. 257a Sv kan de voldoening aan de staat van een geldbedrag of overdracht van in beslag genomen voorwerpen ter gehele of gedeeltelijke ontneming van het ingevolge art. 36e Sr voor ontneming vatbare wederrechtelijk verkregen voordeel ook bij strafbeschikking worden opgelegd. Voor wat betreft de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel geldt de hoofdregel van de art. 257g en 557 Sv dat tenuitvoerlegging (in beginsel) eerst volgt na onherroepelijkheid van zowel de uitspraak inzake de voordeelontneming als de onderliggende strafrechtelijke veroordeling, danwel na het onherroepelijk worden van de strafbeschikking.

Het aanvangsmoment van de redelijke termijn in de zin van art. 6 lid 1 EVRM zal volgens de Hoge Raad in ontnemingszaken in de regel niet samenvallen met dat waarop de onderliggende strafzaak begint.¹²⁸ Het is aan de feitenrechter om, gelet op de omstandigheden van het geval, vast te stellen wanneer de betrokkene in redelijkheid kan verwachten dat tegen hem een vordering tot voordeelontneming aanhangig zal worden gemaakt. In ontnemingszaken wordt het vastgestelde ontnemingsbedrag op dezelfde wijze als bij geldboetes verminderd, met dien verstande dat de vermindering in beginsel niet meer dan € 5.000 bedraagt.

Bestuursrecht

In het bestuursrecht geldt een getrapte toetsing door de bestuursrechter, zodat die toetsing achteraf plaatsheeft. Gelet op art. 23 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens en art. 29 Wet politiegegevens gelden de beslissingen als beschikkingen in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb. Het achterwege laten van een mededeling, omdat dit noodzakelijk is in het belang van de veiligheid van de staat (art. 21 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens), mondt a contrario niet uit in een aanvechtbaar besluit. Er is dan geen rechterlijke toetsing mogelijk. Gelet op art. 29 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens is de beslissing omtrent de afgifte van de VOG voorts een beschikking in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb. Daarvoor geldt dan wel dat op grond van art. 21 voornoemd geheimgehouden gegevens niet worden betrokken bij de beslissing inzake de afgifte van de VOG.¹²⁹ Voorts kan ter zake van de afgeschermdede informatie een beslissing tot bekendmaking uit hoofde van de Wet openbaarheid van bestuur worden uitgelokt.¹³⁰

Een negatieve Bibob-beoordeling zal uitmonden in een weigering of intrekking van een vergunning, ontheffing of subsidie. Dit zijn telkens beschikkingen in de zin van art. 1:3 Awb. Het uitsluiten van een overheidsopdracht vanwege een negatief

¹²⁸ HR 17 juni 2008, NJ 2008/358.

¹²⁹ Zie Rb. Breda 24 februari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL6722.

¹³⁰ Zie de weigeringsgrond van art. 10 lid 1, onder b, Wob. Zie voorts ABRvS 7 november 2007, AB 2008/11; ABRvS 14 mei 2008, AB 2008/215; ABRvS 5 december 2012, JB 2013/124 en de noot van Overkleef-Verburg bij laatstgenoemde uitspraak.

Bibob-advies kan wellicht worden aangemerkt als een voorbereidingsbeslissing in de zin van art. 6:3 Awb waardoor de betrokken onderneming rechtstreeks in haar belang wordt getroffen los van het voor te bereiden besluit. Waar het omslagpunt ligt is gelet op de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven niet helemaal duidelijk.¹³¹ In ieder geval kan de betrokken onderneming bezwaar aantekenen tegen de uiteindelijke gunning.¹³² Voor zover een inrichting wordt gedreven zonder vergunning of ontheffing zal het bevoegde bestuursorgaan kunnen optreden met een last onder bestuursdwang of een last onder dwangsom. Tegen die beslissingen, evenals die inzake kostenverhaal of invordering, staat bezwaar en beroep open. Voorts is voorzien in concentratie van het beroep, mits de bezwaarmaker die bijkomende beslissingen aan wil vechten (art. 4:125, 5:31c en 5:39 Awb).

Een oordeel van de AFM of DNB omtrent de betrouwbaarheid van een zittende (mede)beleidsbepaler heeft als zodanig niet een rechtsgevolg, zodat de betrokken onderneming of (mede)beleidsbepaler daar geen rechtsmiddel tegen kan instellen,¹³³ tenzij het gaat om een betrouwbaarheidstoetsing in het kader van een voorgenomen benoeming van een nieuwe (mede)beleidsbepaler.¹³⁴ In de overige gevallen zal dus moeten worden gewacht op de rechtsgevolgen die de toezichthouder daar zelf aan verbindt. Bij eenmanszaken zal het niet voldoen aan de eisen van betrouwbaarheid betekenen dat geen vergunning wordt verleend voor financiële dienstverlening. Indien na vergunningverlening antecedentvorming plaats heeft of eerdere antecedenten aan het licht komen kan dit tot intrekking van de vergunning leiden.¹³⁵ Bij grotere financiële ondernemingen zal het bij een kandidaat beleidsbepaler of commissaris ontbreken van betrouwbaarheid niet een dergelijk gevolg hoeven te hebben. Die kandidaat zal niet worden benoemd en indien de (mede)beleidsbepaler na benoeming niet betrouwbaar blijkt zal de toezichthouder een aanwijzing kunnen geven aan de onderneming om zich te ontdoen van de (mede)beleidsbepaler.¹³⁶ De recente invoeging van art. 1:47c Wft en wijziging van art. 1:49 Wft voorzien er in dat als de toezichthouder de betrouwbaarheid dient te beoordelen van een (beoogd) dagelijks beleidsbepaler of een commissaris, hij daarover advies vraagt aan de andere toezichthouder indien hij voornemens is tot een positieve beoordeling te komen en dat de AFM de bindende aanbeveling kan doen dat zijn geschiktheid niet (langer) vaststaat. De vraag is of de bindende aanbeveling ter zake van de betrouwbaarheidstoetsing en de op grond daarvan te nemen maatregel niet reeds het besluit oplevert.¹³⁷

131 Vgl. CBb 27 augustus 2003, AB 2003/435 en CBb (vznr.) 26 maart 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BC7696.

132 CBb 5 april 2011, AB 2011/112.

133 CBb 28 december 2007, JOR 2008/48 (LTO Noord).

134 Het tweede lid van de art. 95 en 103 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft spreekt in dit verband ook uitdrukkelijk van een besluit van de AFM omtrent de betrouwbaarheid.

135 Bij de intrekking van de vergunning komt de toezichthouder anders dan bij vergunningverlening een discretionaire bevoegdheid (beleidsvrijheid) toe. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 15 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9027.

136 In de VPV-zaak was een dergelijke aanwijzing de inzet. Zie CBb 12 september 2006, JOR 2007/14.

137 Zie S.M.C. Nuyten en A.J.P. Tillema, 'Geschikt en betrouwbaar?', FR 2011/9, p. 253-254. Zij wijzen op ABRvS 20 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR2291.

Het maken van bezwaar en het instellen van beroep heeft gelet op art. 6:16 Awb geen schorsende werking. Gelet op art. 8:81 Awb kan een voorlopige voorziening worden gevraagd bij de voorzieningenrechter van de rechtbank. Omdat de afwijzing of intrekking van een vergunning vrij ingrijpende maatregelen behelzen – een economische activiteit zal niet kunnen plaatsvinden of moeten worden gestaakt – zal in deze gevallen gewoonlijk worden aangenomen dat spoedeisend belang niet ontbreekt, zodat een belangenafweging of voorlopige rechtmatigheidstoets plaats heeft.¹³⁸

Voor de besluiten die worden genomen op aanvraag gelden wettelijke beslistermijnen, die gewoonlijk termijnen van orde behelzen.¹³⁹ Indien de bijzondere wet of regeling daar niet in voorziet geldt de algemene termijn van art. 4:13 Awb, die ten hoogste acht weken bedraagt, behoudens schorsing of verlenging. Bij niet tijdig beslissen verbeurt het bestuurorgaan na ingebrekestelling dwangsommen (art. 4:17 Awb) en kan tevens beroep worden ingesteld wegens niet tijdig beslissen (art. 6:12 Awb).¹⁴⁰

De beschikkingen die hier aan de orde zijn vallen onder het civiele hoofd van art. 6 lid 1 EVRM. Bezwaar en beroep zullen derhalve binnen een redelijke termijn moeten worden afgedaan. Die termijn vangt meestal aan met het maken van bezwaar, want dan blijkt dat er een geschil is, terwijl het volgen van de bezwaarprocedure meestal een voorwaarde is om een beroep bij de bestuursrechter in te kunnen stellen.¹⁴¹ In zaken waarop deze paragraaf ziet werd tot voor kort uitgegaan van een bestuurlijke fase van een jaar en gold zowel in beroep als in hoger beroep een termijn van twee jaar (in totaal dus vijf jaar met dezelfde mogelijkheid van compensatie). Naar aanleiding van de conclusie van Staatsraad A-G Widdershoven¹⁴² heeft de grote kamer van de Afdeling besloten vanaf 1 februari 2014 aansluiting te zoeken bij de rechtspraak van de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep, namelijk door een totale redelijke termijn van vier jaar te hanteren (half jaar bezwaarfase, anderhalf jaar beroep in eerste aanleg en twee jaar hoger beroep).¹⁴³ De termijn die is gemoeid met het stellen en beantwoorden van prejudiciële zaken (ook in vergelijkbare zaken) kan bij de berekening buiten beschouwing worden gelaten. Indien de zaak niet finaal wordt afgedaan geldt voor de nieuwe besluit- en beroepsronde geen nieuwe redelijke termijn, zodat de eventuele overschrijding dan zal oplopen. Vuistregel is dat

138 CbB (vznr.) 31 maart 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI7285 en CbB (vznr.) 24 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ7882.

139 Die zijn niet fataal (en dus niet van openbare orde). Zie bijv. ABRvS 2 maart 2005, AB 2005/123 en CRvB 8 december 2004, AB 2005/73.

140 Zie daarover o.m. R. Stijnen, 'Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen' (I en II), *NJB* 2010/32, p. 65-70 en *NJB* 2010/377, p. 468-474 en C. Lagerweij-Duits, *Tijdsdruk in het bestuursrecht*, Leiden: Periti Juris 2010. Deze wetgeving heeft geleid tot de veelvuldige indiening van (groot-schalige) Wob-verzoeken, dit zuiver met het oog op het innen van dwangsommen. Zie daarover Rb. Rotterdam 21 maart 2013, AB 2013/151; Rb. Oost-Brabant 26 april 2013, AB 2013/323; Rb. Den Haag 17 juli 2013, AB 2013/322 en de noten van Stijnen daarbij.

141 Uitzonderingen zijn mogelijk, bijvoorbeeld als is verzocht om een voor bezwaar vatbaar besluit en dit uitblijft. Zie CRvB 13 maart 2008, RSV 2008/125. Zie voorts CbB 3 maart 2009, AB 2009/304.

142 Conclusie Staatsraad A-G van 23 oktober 2013, ECLI:NL:RSV:2013:1586.

143 ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188.

voor elk half jaar of gedeelte daarvan vertraging een vergoeding van € 500 is verschuldigd wegens immateriële schade, welke in beginsel wordt verondersteld. Daarbij geldt dat het bestuursorgaan opdraait voor de schadevergoeding wegens traagheid in de bestuurlijke fase en de Staat voor schadevergoeding wegens rechterlijke traagheid.¹⁴⁴

3.3.4. *Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter*

Strafrecht

Met betrekking tot het beslissingsmodel van art. 348-350 Sv verwijzen wij naar de bespreking van de rechterlijke activiteiten inzake de geldboete.

In een geval waarin de verdachte werd vervolgd omdat hij wegens strijd met de bijkomende straf van algehele stillegging van de onderneming niettemin vee had gehouden oordeelde de Hoge Raad dat voor het houden van vee niet de eis geldt dat dit heeft plaatsgevonden om er geldelijk voordeel mee te behalen. Hij overwoog verder dat de klacht dat de straf van algehele stillegging van een onderneming als de onderhavige, niet kan meebrengen dat het vee de noodzakelijke verzorging moet worden onthouden, zodat de verdachte, die zich heeft beperkt tot voedings- en verzorgingsactiviteiten, niet heeft gehandeld in strijd met de opgelegde straf, miskent dat een zodanig verweer, dat een onderzoek vergt van feitelijke aard, niet voor het eerst in cassatie kan worden gevoerd.¹⁴⁵ Indien een dergelijk verweer in de feitelijke instanties was gevoerd had de strafrechter zich dus wel daarover moeten buigen.

Art. 36e lid 3 Sr verzet zich er niet tegen dat de verdachte die is veroordeeld voor een feit dat hem geen wederrechtelijk voordeel heeft opgeleverd met voordeelontneming wordt geconfronteerd ter zake van een feit waarvan hij juist is vrijgesproken. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stak daar echter een stokje voor. Een voordeelontnemingsmaatregel die voortborduurt op een strafrechtelijke veroordeling levert volgens het EHRM weliswaar geen nieuwe 'criminal charge' op,¹⁴⁶ maar dit betekent niet dat art. 6 lid 2 EVRM geen betekenis meer heeft. Indien de voordeelontnemingsmaatregel namelijk volgt op een vrijspraak dan is die 'penalty' in strijd met de onschuldpresumptie.¹⁴⁷ Deze terechte beperking leidde uiteraard tot vragen omtrent wat nog wel kan. Zo is geoordeeld dat een nietigverklaring van de dagvaarding niet is gelijk te stellen aan een vrijspraak.¹⁴⁸ Een zogenoemde technische vrijspraak wel.¹⁴⁹ Indien de betrokkene is veroordeeld voor deelneming aan een criminele organisatie kan de profijtontneming worden gebaseerd op die deelname, ook indien het voordeel voor die organisatie mede is verkregen uit concrete

144 ABRvS 24 december 2008, AB 2009/213 en ABRvS 5 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4607.

145 HR 17 oktober 2006, NJ 2006/574.

146 EHRM 5 juli 2001, EHRC 2001/56 (Phillips) en 5 juli 2005, no. 19581/04 (Van Offeren).

147 EHRM 1 juni 2007, no. 30810/03 (Geerings). Zie in het verlengde hiervan HR 21 april 2009, NJ 2009/208.

148 EHRM 7 april 2009, NJ 2009/189.

149 HR 9 september 2008, NJ 2008/497.

strafbare feiten waarvoor de betrokkene zelf juist is vrijgesproken, omdat voor deelneming aan een criminele organisatie niet is vereist dat de deelnemer strafbaar betrokken is geweest bij strafbare feiten waarop het oogmerk van de organisatie is gericht en waarmee die organisatie daadwerkelijk voordeel heeft behaald.¹⁵⁰

De rechter stelt ingevolge art. 36e lid 4 Sv het bedrag vast waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat. Onder voordeel is de besparing van kosten begrepen. De waarde van voorwerpen die door de rechter tot het wederrechtelijk verkregen voordeel worden gerekend, kan worden geschat op de marktwaarde op het tijdstip van de beslissing of door verwijzing naar de bij openbare verkoop te behalen opbrengst, indien verhaal moet worden genomen.¹⁵¹ Ook 'vervolgprofijt' kan bij de berekening van het wederrechtelijke verkregen vermogen worden betrokken, ook indien dit met legaal verworven vermogen is vermengd. Keyser-Ringnalda noemt het voorbeeld dat met drugsgeld onroerend goed wordt gekocht dat vervolgens wordt verhuurd. De huuropbrengst van de woning vormt dan een vermogensbestanddeel dat kan worden meegenomen.¹⁵² De rechter kan het te betalen bedrag lager vaststellen dan het geschatte voordeel. Op het gemotiveerde verzoek van de verdachte of veroordeelde kan de rechter, indien de huidige en de redelijkerwijs te verwachten toekomstige draagkracht van de verdachte of veroordeelde niet toereikend zullen zijn om het te betalen bedrag te voldoen, bij de vaststelling van het te betalen bedrag daarmee rekening houden. Op een dergelijk verweer dient hij een uitdrukkelijk gemotiveerd antwoord te geven (art. 359 lid 2 en lid 5 en 511e lid 1 Sv).¹⁵³ Bij het ontbreken van zodanig verzoek kan de rechter ambtshalve of op vordering van de officier van justitie deze bevoegdheid toepassen.

De rechter kan de schatting van het op geld waardeerbare voordeel als bedoeld in art. 36e Sr slechts ontleen aan de inhoud van wettige bewijsmiddelen, zo volgt uit art. 511f Sv. Hoewel de rechter ingevolge art. 511f Sv ook ter zake van de schatting van het op geld waardeerbare voordeel dient aan te knopen bij de wettige bewijsmiddelen, zijn de bijzondere bewijsregels ter zake van de bewijskracht niet van toepassing op de schatting.¹⁵⁴ Zo kan de schatting bijvoorbeeld wel worden gebaseerd op de verklaring van de veroordeelde.¹⁵⁵ Verder is aan de voordeelontneming inherent dat het een schatting betreft, zo volgt reeds uit de tekst van art. 36e Sr. Ten slotte bevat het derde lid het criterium dat aannemelijk is dat het desbetreffende feit of andere strafbare feiten er op enigerlei wijze toe hebben geleid dat de veroordeelde wederrechtelijk voordeel heeft verkregen.

150 HR 8 juli 2008, NJ 2008/495.

151 Zie over de concrete en de abstracte methode inzake de berekening van het wederrechtelijk verkregen voordeel punt 28 van de conclusie van A-G Jörg bij HR 18 maart 2003, NJ 2003/528.

152 L.F. Keyser-Ringnalda, *Boef en buit. De ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 42.

153 Zie de conclusie van A-G Schipper bij HR 21 oktober 2008, NJ 2008/610.

154 HR 22 januari 2008, NJ 2008/406.

155 Indien de veroordeelde geen verklaring kan geven omtrent de herkomst van vermogensbestanddelen kan de rechter ook betekenis toekennen aan zijn zwijgen. Zie EHRM 5 juli 2001, EHRC 2001/56 (Phillips).

Bestuursrecht

Met betrekking tot het toetsingsmodel van art. 8:69 Awb verwijzen wij naar de bespreking van die bepaling bij de bestuurlijke geldboete.

In een zaak die zag op het met art. 29 Wet politiegegevens vergelijkbare art. 87 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 was de Afdeling enerzijds op grond van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van oordeel dat indien de veiligheid van de staat in het geding is, het belang van die veiligheid een gerechtvaardigde grond kan zijn om de wederpartij kennisneming te onthouden van bewijsstukken waarvan de rechter wel kennisneemt. Anderzijds, zo oordeelde de Afdeling verder, volgt uit die rechtspraak evenwel dat zo een beperkte kennisneming, in het licht van de eisen die in art. 6 EVRM aan de eerlijkheid van het proces zijn gesteld, slechts toelaatbaar is als is voldaan aan de volgende voorwaarden. De rechter moet bevoegd zijn en in de gelegenheid worden gesteld te onderzoeken en te beslissen of zo een beperkte kennisneming noodzakelijk en gerechtvaardigd is. Hij dient daarbij een afweging te maken tussen het belang van de staatsveiligheid dat wordt gediend met vertrouwelijkheid en het belang van de wederpartij bij kennisneming van het tegen haar ingebrachte bewijs. Bij die afweging betreft de rechter de aard van de zaak en de resterende mogelijkheden voor de wederpartij om, overeenkomstig de eisen van een procedure op tegenspraak en gelijkheid van processen, zijn standpunt in het geding te bepalen en naar voren te brengen. Aan de hand van die afweging dient de rechter te beoordelen of de onthouding van kennisneming is gerechtvaardigd. De beslissing die de rechter op basis van die beoordeling neemt, dient toereikend te zijn gemotiveerd.¹⁵⁶

Het vorenstaande laat onverlet dat in Bibob-zaken wordt gewerkt met deels afgeschermd informatie. Het bestuursorgaan dat de beslissing neemt heeft geen inzage in de bronnen die het Bureau als bedoeld in art. 8 Wet Bibob, dat om advies wordt gevraagd, heeft geraadpleegd voor het advies.¹⁵⁷ Zo volgt uit art. 14 lid 1 Wet Bibob dat het Bureau in het advies geen gegevens opneemt waarvan: (a) de verstrekker heeft aangegeven dat deze, gelet op het karakter van die gegevens, niet aan de desbetreffende persoon ter kennis mogen worden gebracht, of (b) de officier van justitie heeft aangegeven dat deze niet mogen worden gebruikt in verband met een zwaarwegend strafvorderlijk belang. Voorts kan een verantwoordelijke in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens dan wel de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens of de Wet politiegegevens aan het Bureau zelf gegevens onthouden onder meer indien een zwaarwegend (strafvorderlijk) belang aan de verstrekking in de weg staat (art. 27 lid 2 Wet Bibob). De betrokkene die geconfronteerd wordt met een negatief Bibob-advies krijgt met het oog op het kunnen geven van een zienswijze wel een afschrift van het Bibob-advies (art. 28 lid 3 Wet Bibob; tot 1 juli 2013 betrof het een inzagerecht¹⁵⁸), maar niet van de afgeschermd gegevens. Hij mag de

¹⁵⁶ ABRvS 30 november 2011, AB 2012/142.

¹⁵⁷ Zie daarover R.W. Veldhuis, 'Besluitvorming op basis van een Bibob-advies', in: A.E.M. van den Berg, A. Tollenaar en R.W. Veldhuis, *Beoordelen van integriteit met de Wet Bibob* (Preadviezen Jonge VAR 2009), Den Haag: Bju 2009, p. 75-77.

¹⁵⁸ Zie over de wijzigingen van de Wet Bibob de brochure *De Wet Bibob: wat is er gewijzigd?* (juni 2013, publicatienr: j-19529), www.rijksoverheid.nl/venj.

informatie uit het advies kenbaar maken aan de bestuursrechter indien hij het uiteindelijke daarop gebaseerde besluit aanvecht (art. 28 lid 4 Wet Bibob). De rechterlijke controle op de juistheid van de gebruikte gegevens is dus aan beperkingen onderhevig.

De toetsingsmaatstaf die de Afdeling aanlegt is dat het bestuursorgaan in beginsel mag afgaan op de gegevens die worden genoemd in het Bibob-advies van het Bureau. Het bestuursorgaan hoeft zich niet zelf te vergewissen van de juistheid van die gegevens. Dit kan het ook niet, want het kan niet (zonder meer) zelf aan die gegevens komen. Op de expertise van het Bureau mag het bestuursorgaan afgaan, tenzij de in het advies vermelde gegevens de bevindingen duidelijk niet kunnen dragen, bijvoorbeeld omdat ze daarvoor te weinig of te weinig directe aanwijzingen bieden of omdat ze in verschillende richtingen wijzen, onderling tegenstrijdig zijn of niet stroken met hetgeen overigens bekend is. Hier geldt de zorgvuldigheidstoets van art. 3:9 Awb. Het bestuursorgaan (en het om advies gevraagde Bureau) heeft beoordelingsruimte ten aanzien van het antwoord op de vraag of de vastgestelde feiten en omstandigheden maken dat zich een weigerings- of intrekkinggrond in de zin van art. 3 Wet Bibob voordoet.¹⁵⁹ Er is wel kritiek op het door de Afdeling soms zeer snel aannemen van een grond voor het weigeren of intrekken van een vergunning en het niet kenbaar verrichten van een evenredigheidstoets.¹⁶⁰

Ook met betrekking tot de weigering van een VOG en met betrekking tot de weigering of intrekking van een exploitatievergunning uit een oogpunt van openbare orde komt het bestuursorgaan beoordelingsruimte toe. De bestuursrechter toetst dan of het bestuur in redelijkheid tot zijn oordeel heeft kunnen komen.¹⁶¹ Uit het vorenstaande volgt niet dat het bevoegde bestuursorgaan (of het Bureau) ook beoordelingsruimte toekomt bij de feitenvaststelling zelf. Toch is oordeelsvorming soms moeilijk te scheiden van de blote feitenvaststelling. Vooral als een negatief oordeel is gebaseerd op een verdenking (van een strafbaar feit) en het negatieve oordeel steunt op een advies (zie nogmaals art. 3:9 Awb). De bestuursrechter zal dan ter zake van de feitenvaststelling een zorgvuldigheidstoetsing aanleggen, die veel wegheeft van de terughoudende toetsing die past bij beoordelingsruimte (inzake de kwalificatie van de feiten). Bedacht moet wel worden dat die verdenking zelf zal zijn gebaseerd op feiten en omstandigheden die zullen veelal zijn neergelegd in een proces-verbaal van een opsporingsambtenaar of in officiële verslaglegging door andere instanties.¹⁶² Voor zover de betrokkene geen tegenbewijs aanlevert zal van de juistheid van die informatie kunnen worden uitgegaan.¹⁶³

Uit art. 4:10 lid 1 Wft in verbinding met art. 2:83 lid 1 Wft, volgt dat de aanvrager om een vergunning voor bemiddeling ten genoegen van de AFM zal moeten aantonen

¹⁵⁹ ABRvS 18 juli 2007, AB 2007/357.

¹⁶⁰ Zie de noten van Van der Vorm bij ABRvS 17 juli 2013, AB 2014/67 en ABRvS 20 november 2013, AB 2014/3.

¹⁶¹ ABRvS 3 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ5490 en ABRvS 24 april 2012, AB 2012/250.

¹⁶² Zie bijv. ABRvS 16 november 2011, JB 2012/5.

¹⁶³ Zie daarover de aangehaalde rechtspraak en literatuur in R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, 584-588.

dat zijn (mede)beleidsbepalers voldoen aan de betrouwbaarheidseisen. Het is echter de toezichthouder AFM die zal moeten beoordelen of de betrouwbaarheid van de (mede)beleidsbepaler niet (langer) buiten twijfel staat. Op de toezichthouder rust dan ook de bewijslast en geldt een volle toetsing door de rechter ter zake van de feitenvaststelling door de toezichthouder. Voor zover een negatief betrouwbaarheidsoordeel niet (mede) is gestoeld op een onherroepelijke uitspraak of beslissing, maar slechts op een verdenking, zullen de AFM en DNB niet blind kunnen varen op een verdenking van het openbaar ministerie, maar zullen zij tot een zelfstandige beoordeling moeten komen aan de hand van een eigen onderzoek naar de feiten en omstandigheden.¹⁶⁴ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven vereist in dit verband voorts dat de toezichthouder zich hierbij baseert op verifieerbare informatie.¹⁶⁵ Het vorenstaande neemt niet weg dat de (mede)beleidsbepaler in het kader van de vergunningaanvraag en nadien de financiële onderneming in het kader van incidentmelding aan de toezichthouder de nodige gegevens zal moeten verstrekken. Het verzuim om in de vergunningaanvraag antecedenten te vermelden kan bijdragen aan een negatief betrouwbaarheidsoordeel,¹⁶⁶ terwijl het door een onder toezicht staande onderneming niet melden van incidenten en/of antecedenten boetewaardige gedragingen opleveren.¹⁶⁷

De toezichthouder komt beoordelingsruimte toe bij de vraag of de voorliggende handelingen en antecedenten tot het oordeel moeten leiden dat de betrouwbaarheid van de betrokken (mede)beleidsbepaler niet (langer) buiten twijfel staat.¹⁶⁸ De toezichthouder dient bij de vaststelling van de betrouwbaarheid de gedraging en overige omstandigheden van het geval, de belangen die wet beoogt te beschermen en de overige belangen van de onderneming en de betrokkene in aanmerking te nemen. Het gaat hier om een beperkte belangenafweging in het kader van de oordeelsvorming.¹⁶⁹ Met betrekking tot bepaalde strafrechtelijke antecedenten valt dit oordeel volgens de wet per definitie negatief uit voor de (mede)beleidsbepaler, zodat dan beoordelingsruimte ontbreekt.¹⁷⁰ In het geval van een besluit, dat is gebaseerd op een gefixeerd negatief betrouwbaarheidsoordeel, is naar onze mening sprake van een bestraffende sanctie. Wij lichten dit hieronder toe.

164 Zie o.m. CBb van 27 september 2005, *JOR* 2006/11 (VPV) en CBb 12 september 2006, *JOR* 2007/14 (VPV).

165 CBb 12 november 1996, *Rawb* 1997/50 en CBb 16 april 1998, *AB* 1998/265.

166 Onder meer Rb. Rotterdam 9 december 2010, *RF* 2011/22 en Rb. Rotterdam (vznr.) 24 maart 2011, *JOR* 2011/255.

167 Rb. Rotterdam 18 november 2010, *JOR* 2011/48 en Rb. Rotterdam 17 november 2011, *JOR* 2011/372. Zie daarover voorts C.A. Doets, 'Het ken-uzelf-beginsel: een interne zorgplicht' in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.) *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 142-147.

168 CBb 9 oktober 2008, *JOR* 2008/342 (Geldwijzer) en 4 maart 2010, *JOR* 2010/156 (Van Leeuwen).

169 In CBb 1 maart 2007, *JOR* 2007/121 (Amstel Capital Management) zag de verwijzing naar art. 3:4 Awb op de te nemen beslissing nadat het negatieve betrouwbaarheidsoordeel was gevormd. Zie verder R. Stijnen, 'De betrouwbaarheidstoetsing van bestuurders van financiële instellingen door de AFM en DNB', *FR* 2007/1-2, p. 16 en idem, 'Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders. Ontwikkelingen gezien vanuit de financiële toezichtswetgeving', *NJB* 2008/169, p. 209-210.

170 Eerder anders: CBb 4 maart 2010, *JOR* 2010/156 (Van Leeuwen). Met een wetswijziging heeft het kabinet alsnog een basis geschapen voor de gefixeerde toetsingsmaatstaf. Daartoe is medio 2012 een zinsdeel aan art. 3:9 lid 3, 3:99 lid 3 en 4:10 lid 3 Wft toegevoegd.

Voorop moet worden gesteld dat de weigering of intrekking van een vergunning, de sluiting van een inrichting of de ontneming van een andere aanspraak normaliter geen sanctie, laat staan een bestraffende sanctie oplevert.¹⁷¹ Op dit uitgangspunt bestaat een belangrijke uitzondering. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft inzake puntenaftrek van rijbewijzen en intrekking van rijbewijzen voor langere duur als automatische sanctie op een strafrechtelijke veroordeling wegens een verkeersmisdrijf bepaald dat dergelijke sancties delen in het strafrechtelijke karakter van de oorspronkelijke veroordeling, dit ook mede gelet op de zwaarte van de sanctie. Deze sancties zijn het gevolg van een 'criminal charge' en vormen zelf ook een 'penalty'.¹⁷² Niet valt in te zien dat buiten het verkeersrecht voor een zware bestuurlijke maatregel als automatische reactie op een strafrechtelijke veroordeling een andere maatstaf zou moeten gelden, zodat volgens ons ook in die gevallen sprake kan zijn van een bijkomende bestraffende sanctie. Hoewel deze sancties door de wetgever zijn gefixeerd, kunnen dergelijke sancties wel standhouden indien de rechter meent dat de wetgever zelf een toereikende evenredigheidstoets heeft verricht. Indien de rechter tot die afweging komt heeft hij voldaan aan het vereiste van een zogenoemde 'full jurisdiction'.¹⁷³

Hoe verhoudt de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM zich tot een negatieve toetsing uit hoofde van de Wet Bibob of enige andere bestuurswet? De Afdeling heeft recentelijk geoordeeld dat uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt dat de reikwijdte van art. 6 lid 2 EVRM zich kan uitbreiden tot een bestuursrechtelijke procedure indien er een zodanige band bestaat tussen die procedure en een parallel daarmee plaats hebbende strafrechtelijke procedure dat de bestuursrechtelijke procedure in feite leidt tot een vaststelling van de schuld van betrokkenen, terwijl die niet onherroepelijk in de strafrechtelijke procedure is komen vast te staan. De toepassing van art. 3 lid 1 Wet Bibob is evenwel niet gericht op het bestraffen van personen, maar op het voorkomen dat het plegen van strafbare feiten door de overheid wordt gefaciliteerd. Bestuursorganen onderzoeken zelf op basis van de op dat moment bekende gegevens, aangedragen door het Bureau Bibob, of sprake is van ernstig gevaar in de zin van art. 3 lid 1 Wet Bibob. Voor

171 Vgl. EHRM 7 juli 1989, *Series A. vol. 159* (Tre Traktörer); EHRM 20 maart 2012, AB 2012/284 (Bingöl t. Nederland); HvJ EU 5 juni 2012, AB 2012/315 (Bonda); ABRvS 3 februari 2010, JB 2010/67; CRvB 24 november 2009, USZ 2009/380 en CBb 25 juli 2013, AB 2013/414. Zie voorts F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Bju 2007, p. 27-30.

172 EHRM 23 september 1998, nr. 27812/95 (Malige t. Frankrijk); EHRM 13 december 2005, AB 2006/285 (Nilsson t. Zweden); EHRM 21 september 2006, nr. 59892/00 (Maszni t. Roemenië) en EHRM 24 januari 2012, nr. 1051/06 (Mihai Toma t. Roemenië). Ook de Afdeling is op basis van deze rechtspraak – op grond van het zwaartecriterium – van oordeel dat het voor (ten minste) vierentwintig maanden ongeldig verklaren van het rijbewijs voor motorrijtuigen van de categorie C, waarvan de betrokkene voor zijn inkomen afhankelijk is, een 'criminal charge' vormt. Zie ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1643; ECLI:NL:RVS:2013:1604 en ECLI:NL:RVS:2013:1671. Voor de maatregel van een alcoholslot trekt de Afdeling deze lijn niet door. Dit kan wellicht omdat in de nationale regelgeving geen koppeling wordt gelegd met een strafrechtelijke veroordeling, maar met de constatering van een te hoog alcoholpromillage, en ook de toepassing van het zwaartecriterium hier anders uitvalt.

173 Zie vooral EHRM 23 september 1998, nr. 27812/95 (Malige t. Frankrijk) en ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1643.

zover bij de vaststelling van ernstig gevaar strafbare feiten in de besluitvorming worden betrokken, is niet vereist dat betrokkenen ter zake van die strafbare feiten zijn veroordeeld, maar is slechts vereist dat voldoende aannemelijk is dat betrokkenen die strafbare feiten hebben gepleegd. Daarbij kan worden gelet op antecedenen die blijken uit een strafblad of andere politiegegevens. Is echter op het moment van het nemen van het besluit sprake van een onherroepelijke vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging in de strafrechtelijke procedure ten aanzien van de in het advies genoemde feiten, dan mag niet worden uitgegaan van voldoende aannemelijkheid van deze feiten. Anders zou er gelet op de rechtspraak van het EHRM wel sprake zijn van schending van art. 6 lid 2 EVRM, aldus de Afdeling.¹⁷⁴ Wij gaan ervan uit dat voor een negatief betrouwbaarheidsoordeel in het kader van de Wft eenzelfde begrenzing zal gelden. In het strafrecht kwamen we iets soortgelijks tegen bij de voordeelontneming.

Indien de bestuursrechter de weigering of intrekking van een vergunning, van een ontheffing of van een ander begunstigend besluit onrechtmatig acht kan bij de bestuursrechter worden verzocht om schadevergoeding.¹⁷⁵ Voorts kan via een onrechtmatige daadsactie schade worden gevorderd bij de burgerlijke rechter.¹⁷⁶ Met betrekking tot de financiële toezichthouders AFM en DNB is het thans bijna onmogelijk geworden in die zin onrechtmatige besluitvorming te repareren, want medio 2012 is art. 1:25d Wft ingevoerd. Die bepaling voorziet er in dat alleen aansprakelijkheid voor schade bestaat indien sprake is van opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijke onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of de schade in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld. Het ligt wellicht in de rede dat de voorzieningenrechter een dergelijke vrijwaring laat meewegen bij de vraag of ten aanzien van een belastend besluit van de toezichthouder een voorziening in de zin van art. 8:81 Awb moet worden getroffen.¹⁷⁷

3.4. De bewaring van vreemdelingen en verdachten

3.4.1. *Introductie: De zaak Schijnheilig*

Op 5 juli 2011 heeft een zogenaamde 'Ontruimingsdag' van onder meer het kraakpand 'Schijnheilig' te Amsterdam plaatsgevonden. Bij deze ontruimingsactie zijn de daar aanwezige – circa 150 – demonstranten, onder wie appellante, op grond van overtreding van art. 2.2 lid 1 Algemene Plaatselijke Verordening gemeente Amsterdam aangehouden in verband met het verstoren van de openbare orde. Om de identiteit van de demonstranten te achterhalen is een identiteitsbewijs gevorderd. Van deze groep weigerden 52

174 ABRvS 9 mei 2012, JB 2012/161. Zie voorts ABRvS 13 november 2013, AB 2014/47. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven nam nog wel enige ruimte voor een afwijkende beoordeling door het bestuursorgaan aan, namelijk als er sprake is van nieuw gebleken feiten waarmee de strafrechter geen rekening heeft gehouden. Zie CBb 12 maart 2012, AB 2013/41.

175 Bijv. CBb 12 april 2007, JOR 2007/148, (Quinta) en CBb 21 augustus 2008, JOR 2008/307 (Quinta). Zie thans art. 8:88 Awb (tekst vanaf 1 juli 2013).

176 Bijv. HR 24 februari 1984, NJ 1984/669 (St. Oedenrode-Driessen) en HR 1 oktober 1999, AB 2000/5 (Van Dijk-Venray).

177 Zie in bevestigende zin Rb. Rotterdam (vznr.) 22 november 2012, JOR 2013/244.

demonstranten, onder wie appellante, zich te identificeren. Zij zijn vervolgens overgebracht naar het Cellencomplex Zuid-Oost te Amsterdam en voorgeleid aan de dienstdoende hulpofficier van justitie. Tijdens de strafrechtelijke ophouding is het niet gelukt om de identiteit van deze 52 demonstranten vast te stellen. Vervolgens zijn zij heen gezonden door de hulpofficier van Justitie en direct aansluitend op grond van art. 50 lid 2 Vreemdelingswet 2000 (Vw 2000) opgehouden voor verhoor en ter beschikking gesteld van de vreemdelingenpolitie. Tijdens de vreemdelingenrechtelijke ophouding zijn de persoonsgegevens van appellante geverifieerd, waarbij bleek dat zij niet voorkwam in de Basis Voorziening Vreemdelingen. Appellante is vervolgens op 6 juli 2011 gehoord, waarbij zij heeft verklaard niets te willen zeggen zonder de aanwezigheid van haar advocaat. Appellante is aansluitend op dit gehoor in vreemdelingenbewaring gesteld. Het beroep daartegen in eerste aanleg wordt ongegrond verklaard door de rechtbank. Appellante stelt vervolgens hoger beroep in bij de Afdeling, die het hoger beroep gegrond verklaard, omdat in feite misbruik van bevoegdheden is gemaakt.¹⁷⁸

Het zogenoemde habeas corpus-principe dat terugvoert tot de late middeleeuwen is thans neergelegd in art. 5 EVRM. In deze paragraaf staan we in dit verband stil bij de vreemdelingenbewaring afgezet tegen de inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis in strafzaken. Bij deze vrijheidsontneming is de bril vooral gericht op de snelle toegang tot de rechter.

3.4.2. *Het wettelijk kader*

Strafrecht

Gewoonlijk zal het de hulpofficier van justitie zijn voor wie de aangehouden verdachte is geleid. Hij zal zich dan buigen over de inverzekeringstelling van de verdachte. Bij het verhoor dat voorafgaat aan de inverzekeringstelling heeft de verdachte het recht zich te laten bijstaan door een advocaat. (art. 57 Sv). Inverzekeringstelling is slechts mogelijk voor die strafbare feiten waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten en kan maximaal tweemaal drie dagen van kracht zijn (art. 58 Sv).

Aansluitend aan de verzekeringstelling kan de verdachte in bewaring worden gesteld voor de duur van maximaal veertien dagen (art. 64 Sv). Een bevel tot voorlopige hechtenis is mogelijk in gevallen waarin verdenking bestaat van een misdrijf waarop een maximumstraf staat van ten minste vier jaar gevangenisstraf of van onder meer de lichtere misdrijven haat zaaien, eenvoudige mishandeling, verduistering, witwassen, wiet telen en gebruik maken van voorwetenschap. Het bestaan van ernstige bezwaren voorts een bijkomende voorwaarde is voor het kunnen geven van een bevel tot voorlopige hechtenis (art. 67 lid 3 Sv). Dit is een zwaarder criterium dan de enkele verdenking.¹⁷⁹

¹⁷⁸ ABRvS 1 februari 2012, JV 2012/130 (Schijnheilig).

¹⁷⁹ Vgl. HR 14 februari 2006, NJ 2006/167.

Verder is al dan niet in aansluiting op de inbewaringstelling gevangenneming of -houding van maximaal mogelijk voor de duur van negentig dagen met de mogelijkheid van verlenging (art. 66 Sv).

Bestuursrecht

Hoofdstuk 5 van de Vw 2000 bevat vrijheidsbeperkende en vrijheidsontnemende maatregelen. Wij beperken ons hier tot de zogenoemde vreemdelingenbewaring, die is geregeld in art. 59 Vw 2000. Met het oog op uitzetting kan een (illegale) vreemdeling in bewaring worden gesteld. Daarbij geldt dat indien de voor de terugkeer van de vreemdeling noodzakelijke bescheiden voorhanden zijn, dan wel binnen korte termijn voorhanden zullen zijn, het belang van de openbare orde geacht wordt de bewaring van de vreemdeling te vorderen. De duur van de vreemdelingenbewaring verschilt per status van de vreemdeling, doch duurt in elk geval niet langer dan zes maanden. Maar die termijn kan de bewaring met nog eens twaalf maanden worden verlengd. Het gaat hier dus om een ingrijpende vorm van vrijheidsontneming.

Hoofdstuk 5 van het Vb 2000 voorziet in nadere regels. De bewaring wordt opgeheven zodra er geen grond meer aanwezig is (art. 52 lid 3 Vb 2000). Gelet op art. 5.4 en 5.5 Vb 2000 wordt de bewaring ten uitvoer gelegd op een politiebureau, een cel van de Koninklijke marechaussee, in een huis van bewaring, in een ruimte in een grenspost of een ruimte die is beveiligd tegen ongeoorloofd vertrek. Voorts kan de vreemdeling voor korte duur naar elders worden gebracht, wanneer dit redelijkerwijs nodig is voor de toepassing van de wet.

De Nationale ombudsman heeft geoordeeld dat het niet behoorlijk is dat de overheid vreemdelingen die niet in Nederland mogen blijven, onderbrengt in een gevangenis met strafrechtelijke beperkingen. 'Mensen zonder veroordeling op deze manier opsluiten is niet humaan', aldus de Nationale ombudsman. De inperkingen op de mensenrechten zijn volgens hem te groot. Hij beveelt dan ook aan dat er snel volwaardige alternatieven komen voor de huidige vreemdelingenbewaring. Om echte verbeteringen te bewerkstelligen is volgens de Nationale ombudsman nodig dat erkend wordt dat vreemdelingenbewaring alleen als uiterste middel mag worden toegepast.¹⁸⁰

In de Vreemdelingencirculaire (A) is in hoofdstuk A5 (onderdeel 2.4) voorzien in een speciaal regime voor minderjarigen. Bewaring moet dan zoveel mogelijk worden voorkomen en, indien toch nodig, plaatsvinden door middel van een zo licht mogelijk regime. Gezinnen met minderjarige kinderen worden bij uitzondering in vreemdelingenbewaring geplaatst. Deze gezinnen mogen nog maximaal twee weken in vreemdelingenbewaring worden gesteld, maar staatssecretaris Teeven van V en J heeft aangegeven dat ze alleen nog in bewaring kunnen komen als ze zich eerder aan het toezicht hebben onttrokken. Als dit niet het geval is, komt een gezin terecht in een gezinslocatie. Er zullen minder vreemdelingen in bewaring komen. Het totale

¹⁸⁰ No 7 augustus 2012, 2012/105 (Vreemdelingenbewaring: strafregime of maatregel om uit te zetten. Over respect voor mensenrechten bij vreemdelingenbewaring).

aantal plaatsen in vreemdelingenbewaring daalt in 2016 naar 933. Nu zijn dat er nog 2000. Inzet is om vreemdelingenbewaring zo kort mogelijk te laten duren.¹⁸¹

3.4.3. De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen

Strafrecht

Hoewel er niet direct rechterlijke toetsing plaats heeft gelden wel enige waarborgen rond de invezekeringstelling en het politieverhoor. Een voorlopige toetsing heeft plaats door de hulpofficier (art. 57 Sv). Het bevel tot invezekeringstelling wordt meegedeeld aan de officier van justitie. Zodra het belang van het onderzoek dit toelaat gelast de (hulp)officier van justitie dat de verdachte in vrijheid wordt gesteld (art. 57 lid 5 en 58 lid 3 Sv).

Waar het gaat om de voorgeleiding voor een rechter in verband met voorarrest geldt een veel kortere termijn dan die in art. 6 lid 1 EVRM, zo volgt reeds uit de term onverwijld in de Nederlandse vertaling van art. 5 lid 3 EVRM. In de zaak Brogan besliste het Hof dat die voorgeleiding in ieder geval binnen een kortere termijn dan vier dagen en zes uur diende plaats te hebben.¹⁸² Dit arrest is gecodificeerd in art. 59a Sv. Daaruit volgt namelijk dat de verdachte te rekenen vanaf de aanhouding binnen drie dagen en 15 uur voor de rechter-commissaris dient te worden geleid, waarbij hij zich bij het verhoor door een raadsman mag laten bijstaan.

In de raadkamer van de rechtbank wordt beslist over gevangenhouding of gevangenneming (art. 65 Sv), de verlenging daarvan (art. 66 Sv) en over de opheffing van het bevel tot voorlopige hechtenis (art. 69 Sv). In het strafvonnis zal de rechtbank zich moeten uitlaten over de eventuele voorlopige hechtenis (art. 72 Sv). Ingeval van hoger beroep zal een voorlopige hechtenis kunnen voortduren als een vrijheidsbenemende straf is opgelegd (art. 66 lid 2 en 75 Sv). Tegen het bevel van gevangenneming of gevangenhouding kan de verdachte binnen drie dagen in hoger beroep komen (art. 71 lid 1 Sv). Hetzelfde geldt voor de beslissing van de rechtbank tot afwijzing van het verzoek de voorlopige hechtenis op te heffen of te schorsen (art. 87 lid 2 Sv).

De invezekeringstelling van de verdachte moet volgens de Hoge Raad gelden als een vervolgingshandeling in de zin van art. 6 lid 1 EVRM. Verder wordt de vuistregel gehanteerd dat de berechting in eerste aanleg (in de zin van het slotgedeelte van art. 5 lid 3 EVRM) in beginsel binnen 16 maanden dient te zijn afgerond indien de verdachte in voorlopige hechtenis verkeert.¹⁸³

¹⁸¹ In zijn brief van 13 september 2013 gaat staatssecretaris Teeven in op het advies 'Vreemdelingenbewaring of een lichter middel?' dat de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken op 29 mei 2013 heeft uitgebracht en op kritische rapporten van andere instanties, waaronder die van de Kinderombudsman. In die brief noemt hij voorts een aantal aanpassingen. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 19 637, nr. 1721.

¹⁸² EHRM 29 november 1988, NJ 1989/815 (Brogan).

¹⁸³ HR 17 juni 2008, NJ 2008/358.

Bestuursrecht

De Vw 2000 voorziet in een bijzondere rechtsgang bij de rechtbank inzake vreemdelingenbewaring. Gelet op art. 93 Vw 2000 wordt de maatregel strekkende tot bewaring voor de toepassing van art. 8:1 lid 1 Awb gelijkgesteld met een besluit, wordt de bezwaarprocedure overgeslagen en wordt geen griffierecht geheven. Uit art. 94 Vw 2000 volgt onder meer het volgende. Onmiddellijk voorafgaande aan de inbewaringstelling of in ieder geval zo spoedig mogelijk, wordt een piketadvocaat toegewezen. Als betrokkene al een 'vaste' advocaat heeft, mag hij verzoeken om benoeming van die advocaat. Doorgaans stelt die toegewezen of gekozen advocaat binnen één dag na de inbewaringstelling beroep in. Slechts indien dat niet gebeurt, geldt de wettelijke regel dat binnen 28 dagen na bekendmaking van een besluit tot oplegging van een vrijheidsontnemende maatregel de rechtbank hiervan door de minister in kennis wordt gesteld. Zodra de rechtbank de kennisgeving heeft ontvangen wordt de vreemdeling geacht beroep te hebben ingesteld tegen het besluit tot oplegging van een vrijheidsontnemende maatregel. Het beroep strekt tevens tot een verzoek om toekenning van schadevergoeding. Van rechtswege ontstaat hier dus een beroep. Een zitting moet vervolgens binnen 14 dagen plaatshebben na het feitelijk instellen van beroep of na de kennisgeving van de minister en daarna moet de rechtbank de uitspraak doen binnen 7 dagen. Bij een verlengingsbesluit na zes maanden van de bewaring ontstaat zo nodig een nieuw beroep van rechtswege. Dat in bewaringszaken een beroep van rechtswege ontstaat laat volgens de Afdeling onverlet dat het beroep ook kan worden ingetrokken door de vreemdeling.¹⁸⁴ De vraag is hoe dit laatste zich verhoudt met art. 5 lid 3 EVRM.¹⁸⁵

Gelet op art. 95 Vw 2000 staat hoger beroep open bij de Afdeling, welk hoger beroep mede ziet op de toekenning van schadevergoeding, waarover verderop meer. Ook in hoger beroep wordt geen griffierecht geheven.

In art. 96 Vw 2000 is bepaald dat indien het beroep ongegrond is verklaard en de vreemdeling beroep instelt tegen het voortduren van de vrijheidsontneming, de rechtbank het vooronderzoek binnen een week na ontvangst van het beroepschrift sluit en dat zij ook zonder toestemming van partijen kan bepalen dat het onderzoek ter zitting achterwege blijft. De rechtbank doet dan mondeling of schriftelijk uitspraak. De schriftelijke uitspraak wordt binnen zeven dagen na de sluiting van het onderzoek gedaan. Art. 96 Vw 2000 houdt dus in dat op elk moment dat de bewaring voortduurt, opnieuw beroep kan worden ingesteld. Feitelijk komt dit er vaak op neer dat direct na de ongegrondverklaring van het eerdere beroep, opnieuw beroep wordt ingesteld. Ook als na de ongegrondverklaring van een eerder beroep de bewaring nog (soms enkele dagen) heeft voortgeduurd en daarna is opgeheven, kan zo'n vervolgeroep worden ingesteld. Dat strekt er dan toe dat over de periode waarover in de vorige uitspraak niet is geoordeeld, schadevergoeding verschuldigd is

¹⁸⁴ ABRvS 2 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS1679.

¹⁸⁵ In F.W. Bleichrodt, P.A.M. Mevis en B.W.A. Volker, *Vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht; een rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Sdu 2012, p. 129 wordt onder verwijzing naar rechtspraak van het EHRM betoogd dat de toetsing van de vrijheidsontneming door een rechter ambtshalve moet geschieden.

vanwege onrechtmatige bewaring. Tegen de uitspraak van de rechtbank op zo'n vervolgberoep staat geen hoger beroep open.

Waar gelet op art. 82 Vw 2000 geldt dat de werking van het besluit omtrent een verblijfsvergunning wordt opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist, geldt die opschorting niet ingeval van vreemdelingenbewaring. In afwijking van het voorgaande geldt dat als betrokkene rechtmatig verblijf heeft (dat is dan doorgaans: hij heeft een eerste asielprocedure lopen) de bewaring maar maximaal vier of zes weken mag duren (art. 59 lid 4 Vw 2000). Maar als binnen die termijn de asielaanvraag wordt afgewezen en betrokkene daarna (weer) geen rechtmatig verblijf heeft, mag de bewaring voortduren conform het voorgaande.

3.4.4. *Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter*

Strafrecht

De rechter-commissaris toetst de rechtmatigheid van de in verzekeringstelling en zal bij onrechtmatigheid tot onmiddellijke invrijheidstelling bevelen (art. 59a lid 5 Sv). Fouten die in het voortraject zijn gemaakt rond de in verzekeringstelling kunnen worden gerepareerd in voor de verdachte gunstige zin. Indien de verdachte bij de in verzekeringstelling geen raadsman heeft kunnen raadplegen zal hetgeen hij heeft verklaard bij de politieverhoren namelijk van het bewijs worden uitgesloten. Indien de verdachte na zijn raadsman te hebben geraadpleegd zijn eerdere verklaring herhaalt, kan die herhaalde verklaring echter wel worden gebruikt voor het bewijs.¹⁸⁶ Reparatie kan ook plaats hebben in de vorm van schadevergoeding, zo volgt uit art. 89 Sv.

In de literatuur is de nodige kritiek geuit op de wijze waarop de strafrechter zich buigt over de voorlopige hechtenis. Zo worden deze beslissingen – gelet op de tijdsdruk bij de rechtbanken en hoven – niet of nauwelijks gemotiveerd, omdat wordt volstaan met vaste tekstjablonen.¹⁸⁷ Voorts zou de strafrechter die zich over de uiteindelijke strafoplegging buigt zich bij de strafbepaling teveel laten leiden door de duur van het reeds verstreken voorarrest, terwijl de rechters die zich over het voorarrest buigen juist een voorschot nemen op de op te leggen straf.¹⁸⁸ Een en ander lijkt zich slecht te verhouden tot art. 5 lid 1, onderdeel c, EVRM.¹⁸⁹

Bestuursrecht

Uit de art. 94 lid 4 en 96 lid 3 Vw 2000 volgt dat de bestuursrechter bij het initiële beroep tegen de bewaring en bij het eventuele beroep tegen het voortduren van de bewaring de volgende toets verricht:

¹⁸⁶ HR 30 juni 2009, NJ 2009/349.

¹⁸⁷ N. van der Laan, 'De voorlopige hechtenis lotto. Een pleidooi voor motiveren en publiceren', *NJB* 2009/1853, p. 2415-2420.

¹⁸⁸ L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis en vrijheidsstraf', *NJB* 2010/1208, p. 1520-1529.

¹⁸⁹ Zie ook F.W. Bleichrodt, P.A.M. Mevis en B.W.A. Volker, *Vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht; een rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Sdu 2012, p. 127-128.

'Indien de rechtbank bij het beroep van oordeel is dat de toepassing of tenuitvoerlegging van de maatregel de maatregel in strijd is met deze wet dan wel bij afweging van alle daarbij betrokken belangen in redelijkheid niet gerechtvaardigd is, verklaart zij het beroep gegrond.'

Indien bij het beoordelen van een verlengingsbesluit na zes maanden of een vervolgeroep in een zaak waarin de bewaring langer duurt dan zes maanden in het dossier een kenbare belangenafweging door de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie ontbreekt zal de bestuursrechter het beroep gegrond verklaren en de bewaring opheffen.¹⁹⁰ In andere gevallen (bewaring duurt minder dan zes maanden) moet gelet op art. 96 lid 3 Vw 2000 op elk moment een belangenafweging worden gemaakt, maar zal de staatssecretaris die ook nog ter zitting mogen presenteren.

Gelet op art. 106 Vw 2000 kan de rechtbank indien zij de opheffing van een maatregel strekkende tot vrijheidsontneming beveelt, dan wel de vrijheidsontneming reeds voor de behandeling van het verzoek om opheffing van die maatregel wordt opgeheven, aan de vreemdeling een vergoeding ten laste van de Staat toekennen. Onder schade is begrepen het nadeel dat niet in vermogensschade bestaat. De art. 90 en 93 Sv zijn van overeenkomstige toepassing. Indien de vreemdeling na het indienen van zijn verzoek is overleden, geschiedt de toekenning ten behoeve van zijn erfgenamen. Dit geldt eveneens voor het hoger beroep.

Een fraai voorbeeld van een rechtmatigheidstoets is te vinden in de in de introductie genoemde atypische zaak 'Schijnheilig'. Hier kwam de Afdeling tot de volgende beoordeling van de rechtmatigheid van de vreemdelingenbewaring, welke neigt naar het oordeel dat sprake is van 'détournement de pouvoir' (art. 3:3 Awb):

'Nu ter zitting is gebleken dat voorafgaand aan de ontruiming van het kraakpand 'Schijnheilig' geen vermoeden bestond dat zich in dit pand vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf zouden bevinden, de vreemdelingenpolitie ook niet bij de ontruimingsactie was betrokken, het algemeen bekend is dat demonstranten, die strafrechtelijk zijn aangehouden bij een ordemaatregel als deze, soms hun identiteit niet bekend willen maken om redenen die geen enkel verband houden met het niet respecteren van de bepalingen van de Vw 2000, en de minister ook overigens niet aannemelijk heeft gemaakt dat dit hier wel het geval zou zijn, moet worden geoordeeld dat niet is gebleken van feiten en omstandigheden die zouden kunnen duiden op een niet rechtmatig verblijf van appellante in Nederland. Onder deze omstandigheden, kan de minister aan de Vw 2000 geen bevoegdheid ontleen om de demonstranten op te houden of in bewaring te stellen. De maatregelen van ophouding en bewaring zijn reeds hierom onrechtmatig.'¹⁹¹

In een zaak waarin de staatssecretaris van Justitie door de vreemdeling en de rechtbank het verwijt werd gemaakt dat hij de uit de vreemdelingencirculaire volgende inspanningsplicht om te voorkomen dat vreemdelingen dat zij na strafrechtelijke detentie niet in vreemdelingenbewaring zullen worden gesteld niet was nagekomen, oordeelde de Afdeling dat de staatssecretaris weliswaar inderdaad zijn inspanningsverplichting onvoldoende is nagekomen, maar dat dit de vreemdeling niet kon baten, want de enkele omstandigheid dat niet zoveel als mogelijk is gedaan

¹⁹⁰ ABRvS 22 augustus 2012, JV 2012/414 en ABRvS 12 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ4420. Zie voorts Rb. Den Haag, zittingsplaats Utrecht, 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9416.

¹⁹¹ ABRvS 1 februari 2012, JV 2012/130 (Schijnheilig).

om te voorkomen dat een vreemdeling na zijn strafrechtelijke detentie in vreemdelingenbewaring is gesteld, maakt die bewaring niet onrechtmatig, tenzij de daarmee gediende belangen niet in een redelijke verhouding staan tot de ernst van het gebrek en de daardoor geschonden belangen.¹⁹² Bij de beoordeling van de bewaringsmaatregel moet volgens de Afdeling ook de onmiddellijk daaraan voorafgaande periode van aansluitende vreemdelingenbewaring en strafrechtelijke detentie worden betrokken. Dit geldt ook voor verlengingsbesluiten, als bedoeld in art. 59 lid 6 Vw 2000.¹⁹³

Bij opvolgende beroepen tegen de voortduring van de inbewaringstelling dient de rechtbank uit te gaan van het gezag van gewijsde van een eerdere uitspraak over de bewaring indien die maatregel de rechterlijke toets heeft doorstaan. Hierop wordt een uitzondering gemaakt – en dus met doorbreking van het gezag van gewijsde – indien blijkt dat de staatssecretaris in de vorige zaak onjuiste informatie heeft verstrekt waarop de rechtbank zich heeft gebaseerd. Hoe diepgaand is de toetsing naar de inzet van het lichtste middel van vrijheidsbeperking? De rechtbank dient indien gronden voor bewaring aanwezig zijn, het standpunt van de staatssecretaris of gelet op alle omstandigheden en het belang dat met de bewaring wordt gediend met een lichter middel kan worden volstaan, met enige mate van terughoudendheid te toetsen.¹⁹⁴ Die toets houdt het midden tussen een indringende (eigen) toets van de rechtbank en een ‘gewone terughoudend’ toets indien zich een bestuurlijke vrijheid om een belangenafweging te maken voordoet.

In het geval de rechtbank niet tijdig beslist op het beroep van de vreemdeling, zodat sprake is van schending van art. 5 lid 4 EVRM, kan indien sprake is van een zeer groot tijdsverloop voorts worden geoordeeld dat geen sprake is geweest van een eerlijk proces, zodat in dat geval het appelverbod wordt doorbroken en hoger beroep openstaat bij de Afdeling. Een dergelijk geval deed zich voor toen de rechtbank eerst zevenenzestig dagen na het instellen van het beroep tegen het voortduren van de bewaring, uitspraak had gedaan. De Afdeling kende vervolgens een schadevergoeding toe wegens de te lange duur van de bewaring.¹⁹⁵

Al het voorgaande vergt een korte toelichting. Bij het eerste beroep tegen de oplegging van de maatregel van bewaring zijn de toetsingsgronden: (a) Was er sprake van enige omstandigheid dat mocht worden aangenomen dat betrokkene hier illegaal was of was er een andere reden om hem in vreemdelingenbewaring te stellen? (b) Zijn de gronden voor bewaring dragend? (c) Is er zicht op uitzetting en handelt de staatssecretaris voortvarend om betrokkene uit te zetten? (d) Had een lichter middel moeten worden toegepast? En (e) volgt uit een belangenafweging dat

¹⁹² ABRvS 23 januari 2009, JV 2009/125.

¹⁹³ ABRvS 13 september 2012, JV 2012/462.

¹⁹⁴ ABRvS 28 april 2011, JV 2011/261. Onder verwijzing naar HvJ EU 18 maart 2010, zaken C 317/08, C-318/08, C-319/08 en C-320/08 (Alassini e.a.).

¹⁹⁵ ABRvS 8 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1331. Zie in een iets andere context – een uitzetting van een vreemdeling – ook het ingrijpen van de voorzitter van de Afdeling vanwege het frustreren van toegang tot de rechter door de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie in ABRvS (vz.) 11 februari 2013, JV 2013/131.

de vreemdelingenbewaring gerechtvaardigd is? Tegen deze uitspraak staat hoger beroep open. Als het eerste beroep ongegrond is verklaard, staat onmiddellijk weer de mogelijkheid open van een vervolgberoep. Toetsingsgronden zijn dan (c), (d) alsnog en (e). Tegen zo'n uitspraak staat geen hoger beroep open. Na elke afwijzing van een vervolgberoep staat weer een nieuw vervolgberoepsmogelijkheid open. Voordat zes maanden bewaring zijn verstreken moet een verleningsbesluit worden genomen om de bewaring met nog maximaal een jaar te verlengen. Dat beroep wordt grotendeels als een vervolgberoep behandelt. Hiertegen staat weer hoger beroep open. Hiervan moet worden onderscheiden de strafrechtelijke detentie (voorlopig of definitief), gevolgd door vreemdelingenbewaring. Gedurende de strafrechtelijke detentie heeft de staatssecretaris wel een inspanningsverplichting om vreemdelingenbewaring te voorkomen door enige verwijderingshandelingen te plegen (bijv. een laissez passer bij de autoriteiten van het land van herkomst te vragen), maar geen 'resultaatsverplichting', zoals gedurende de vreemdelingenbewaring zelf wordt geëist.

Aan de hand van deze rechtspraak kan de balans worden opgemaakt dat ten volle wordt beoordeeld of er gronden zijn voor de vreemdelingenbewaring, maar wordt de inzet van dit instrument vervolgens terughoudend dan wel met enige mate van terughoudendheid beoordeeld. Bedacht moet verder worden dat ten aanzien van minderjarigen de bewaring mede gelet op de Vreemdelingencirculaire als een ultimum remedium geldt.¹⁹⁶

3.5. Veiligheidsrisicogebieden en fouillering

3.5.1. Introductie: Colon versus Nederland

Klager is woonachtig in Amsterdam. Sinds 20 november 2002 heeft de burgemeester van Amsterdam, op grond van art. 151b Gemeentewet, het oude centrum van Amsterdam aangewezen als veiligheidsrisicogebied en dit continu verlengd voor een periode van zes maanden. Op grond van de beslissing tot het aanwijzen van een veiligheidsrisicogebied kan de Officier van Justitie bepalen dat gedurende een willekeurige periode van twaalf uur alle personen die zich bevinden in dit aangewezen gebied (preventief) gefouilleerd kunnen worden op het bezit van wapens. In januari 2005 werd klager door de rechtbank veroordeeld omdat hij weigerde te voldoen aan het bevel van de Officier van Justitie en zich niet wilde laten fouilleren door politieagenten, terwijl hij zich in het veiligheidsrisicogebied bevond. Uiteindelijk oordeelde het Gerechtshof Amsterdam in december 2007 dat preventief fouilleren een gerechtvaardigde inbreuk vormt op de rechten van klager, omdat het een legitiem doel dient, namelijk het belang van de openbare orde. Klager werd veroordeeld, maar kreeg geen straf opgelegd. Tegelijkertijd diende klager in november 2005 een bezwaarschrift in tegen het besluit van de burgemeester tot het aanwijzen van het stadscentrum van Amsterdam voor een volgende periode van zes maanden als veiligheidsrisicogebied. Bij beslissing van juni 2006 acht de burgemeester klager niet ontvankelijk in zijn bezwaar, nu klager geen belanghebbende is in de zin van art. 1:2 Awb. Op grond van dit besluit wendt klager zich tot het EHRM. Klager meent dat

¹⁹⁶ Zie voorts ABRvS 12 juli 2011, JV 2011/375 en ABRvS 23 mei 2012, JV 2012/303.

het zomaar stoppen en fouilleren van personen in een veiligheidsrisicogebied zonder enige waarschuwing of keuzevrijheid een inbreuk vormt op zijn recht op respect op zijn privéleven. Het Hof ontvangt klager – omdat van hem niet mag worden verwacht dat hij kansloos doorprocedeert bij de bestuursrechter – en verklaart de klacht ongegrond, omdat de inbreuk op art. 8 lid 1 EVRM in overeenstemming is met de wet, een legitiem doel dient, namelijk het beschermen van de openbare orde, en noodzakelijk is in een democratische samenleving.¹⁹⁷

De zaak Colon illustreert de verwevenheid van bestuurlijke en strafvorderlijke bevoegdheden die zich voor kunnen doen bij veiligheidsfouilleringen op basis van een aanwijzing van de burgemeester. Deze en fouilleringen op basis van andere wettelijke bepalingen raken aan de lichamelijke integriteit als bedoeld in art. 3 EVRM dan wel aan het recht op privacy in de zin van art. 8 EVRM. In deze paragraaf buigen we ons over deze wettelijke regelingen en de vraag of is voorzien in adequate toegang tot de rechter. In deze paragraaf zullen we niet zoals elders met tussenkopjes onderscheid aanbrengen tussen de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke afdoening, omdat beide wegen hier voor wat betreft de veiligheidsrisicogebieden onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Ten aanzien van de foullering in veiligheidsrisicogebieden hebben wij geen civielrechtelijke rechtspraak aangetroffen, zodat wij de mogelijke gang naar de burgerlijke rechter als restrechter hier niet bespreken.¹⁹⁸

3.5.2. Het wettelijk kader

Diverse wettelijke bepalingen voorzien in de bevoegdheid tot foullering. Het onderzoek aan kleding – en in sommige gevallen ook aan of in het lichaam – is gericht op verschillende doelstellingen en kent verschillende gradaties. Art. 55b Sv voorziet in foullering van de verdachte met het oog op vaststelling van zijn identiteit, art. 56 Sv en art 9 lid 2 Opiumwet zien op foullering wegens ernstige bezwaren tegen de verdachte en art. 8 lid 3 Politiewet 1993 voorziet in de veiligheidsfoullering.

Gelet op het (eerste en) tweede lid van de art. 50, 51 en 52 WWM hebben opsporingsambtenaren de bevoegdheid om verpakkingen van goederen, voertuigen en personen aan hun kleding te onderzoeken met het oog op het vinden van wapens indien (een aanwijzing bestaat dat) sprake is van kortgezegd verboden wapenbezit.

Art. 151b Gemeentewet voorziet in de mogelijkheid dat de gemeenteraad bij verordening de burgemeester de bevoegdheid verlenen om bij verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens, dan wel bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, een gebied, met inbegrip van de daarin gelegen voor het publiek

¹⁹⁷ EHRM 15 mei 2012, AB 2012/304 (Colon t. Nederland).

¹⁹⁸ Er is wel enige civiele rechtspraak voorhanden ter zake van vorderingen tot schadevergoeding wegens vermeend onrechtmatig politioptreden, waaronder een toegepaste veiligheidsfoullering. Het gaat dan om een rechterlijke beoordeling die achteraf plaatsheeft. Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 1 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BH9193.

openstaande gebouwen en daarbij behorende erven, aan te wijzen als veiligheidsrisicogebied. In een veiligheidsrisicogebied kan de officier van justitie de bevoegdheden, bedoeld in het derde lid van de art. 50, 51 en 52 WWM toepassen. In het derde lid van de art. 50, 51 en 52 WWM zijn achtereenvolgens aan de aanwijzing als bedoeld in art. 151b Gemeentewet de bevoegdheden gekoppeld van de officier van justitie om binnen dat gebied gedurende maximaal twaalf uur te gelasten dat opsporingsambtenaren tegenover een ieder de bevoegdheid kunnen uitoefenen om verpakkingen van goederen, voertuigen en personen aan hun kleding te onderzoeken met het oog op het vinden van wapens. Deze preventieve onderzoeksbevoegdheden in de WWM hebben drie verschillende doelen: een strafrechtelijk doel: het in beslag nemen van zoveel mogelijk wapens, maatschappelijke doelen: mensen een veilig gevoel geven in het publieke domein en een bijdrage leveren aan het herstel van het gezag van overheid en politie en een preventief doel: mensen ertoe bewegen geen wapens bij zich te dragen.

Het zich met geweld of met bedreiging met geweld verzetten tegen een ambtenaar die werkzaam is in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening levert het misdrijf wederspanning op (art. 180 Sr). Het niet meewerken aan een veiligheidsfouillering op grond van de last van de officier van justitie als bedoeld in het derde lid van de art. 50, 51 en 52 WWM levert eveneens een strafbaar feit op (art. 184 Sr).

De Nationale ombudsman, de Gemeentelijke Ombudsman Amsterdam en de gemeentelijke ombudsman Rotterdam (de ombudsmannen) hebben gezamenlijk onderzoek verricht naar wat zij noemen preventief fouilleren (waaronder zij tevens begrijpen het doorzoeken van bagage en voertuigen) uit hoofde van het derde lid van de art. 50, 51 en 52 WWM. De ombudsmannen komen in hun rapport tot de volgende bevindingen. De bevoegdheid tot preventief fouilleren is een getrappt systeem met verschillende beoordelings- en verantwoordingsmomenten. De vraag die in dit onderzoek centraal staat is of de waarborgen die de wetgever heeft ingebouwd, in de uitvoeringspraktijk volstaan. De wetgever legt de afweging of op tijden en plaatsen met relatief veel (onrust omtrent) wapencriminaliteit daadwerkelijk wordt overgegaan tot preventief fouilleren en met welk doel, in handen van de lokale politiek en de autoriteiten. Het valt daarbij op dat de wetgever niet of nauwelijks richtlijnen geeft ter beantwoording van de vraag wanneer preventief fouilleren gerechtvaardigd is. Voordat er daadwerkelijk kan worden overgegaan tot preventief fouilleren in een veiligheidsrisicogebied, dient de officier van justitie een bevel af te geven. De officier van justitie toetst op basis van informatie van de politie over onder meer (mogelijk ophanden zijnde en/of voorgevallen) wapenincidenten of een preventief fouilleeractie op de aangevraagde tijd en plaats proportioneel is.

Bij bestudering van het vraagstuk preventief fouilleren komen volgens de ombudsmannen drie knelpunten duidelijk naar voren: het ontbreken van een eenduidige visie op de doelstelling(en), de presumptie van aselectiviteit en het gebruik van professionele intuïtie. Uit het onderzoek blijkt dat deze knelpunten niet, althans onvoldoende zijn onderkend, noch door de wetgever, noch door de lokale bestuurders of uitvoerders. De vraag naar geoorloofde selectiecriteria is ook in eerdere onderzoeken naar voren gekomen, maar nooit beantwoord. De mogelijkheid van

selectie wordt begrensd door het discriminatieverbod. Discriminatie is het maken van een onterecht en ongeoorloofd onderscheid op grond van kenmerken die er niet toe doen, aldus de ombudsmannen. In de praktijkstudie die de ombudsmannen hebben verricht blijkt een duidelijke verschuiving van het oorspronkelijke, met name preventieve doel van preventief fouilleren naar een strafrechtelijk doel. Dit vraagt om bezinning op het middel preventief fouilleren. De ombudsmannen maken zich zorgen over de waarborgen voor de burger tegen een willekeurige inbreuk op zijn rechten. Deze waarborgen dreigen onder druk van meer efficiëntie in de uitvoering ondergesneeuwd te raken. Daarnaast vraagt de uitvoering om meer duidelijke richtlijnen voor mogelijke selectie. Gebleken is dat voor de praktijk de uitersten wel duidelijk zijn. Iedereen of elke vijfde fouilleren mag. Een enkeling fouilleren op grond van politie-informatie mag niet. Maar er is een groot grijs gebied daartussen in waarover onduidelijkheid bestaat. Het is belangrijk om de grenzen in zicht te krijgen en te houden en invulling te geven aan de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets, zodat er helderheid komt over het grijze gebied en of de fundamentele rechten van de burgers gewaarborgd zijn. In dit rapport bepleiten de ombudsmannen daarom een aangeklede toets door de officier van justitie waarin hij de proportionaliteit en subsidiariteit van elke actie expliciet toetst. Hoewel de ombudsmannen begrip hebben voor de angst voor meer administratieve lasten, zijn zij van oordeel dat het belang van het vastleggen van de gemaakte afweging essentieel is voor een behoorlijke toepassing van het instrument preventief fouilleren.¹⁹⁹

3.5.3. De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen

Of gebruik mocht worden gemaakt van de fouilleringsmogelijkheden uit de Politiewet 1993, de WWM of het Wetboek van Strafvordering of niet zal achteraf ter toetsing kunnen voorliggen bij de strafrechter (art. 359a lid 1 Sv). De redelijke termijn die aan de orde is geweest bij de bespreking van de geldboete geldt hier evenzeer.

Het aanwijzingsbesluit van de burgemeester als bedoeld in art. 151b Gemeentewet is telkens een besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift. Dit betekent dat een belanghebbende dit besluit na bezwaar gemaakt te hebben bij de bestuursrechter kan aanvechten.²⁰⁰ Voor het maken van bezwaar en het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken (zie hiervoor art. 6:7 Awb). Wie is belanghebbende? Gelet op de gevormde rechtspraak zal een bewoner van het aangewezen gebied of degene die er werkt of een bedrijf heeft wel als zodanig worden aangemerkt, maar anderen niet.²⁰¹ Degene die elders woont en werkt, maar wel graag uitgaat in het aangewezen gebied vist dus naast het net. Gelet op de uitspraak van het EHRM in de zaak Colon²⁰² ligt het in de rede dat de bestuursrechter overgaat tot een ruimer belanghebbendenbegrip in deze zaken. Voorts ligt

199 Ombudsmannen, 15 september 2011, 2011/252 en RA111171 (Waarborgen bij preventief fouilleren. Over de spanning tussen veiligheid, privacy en selectie).

200 ABRvS 9 november 2005, AB 2006/90.

201 Vgl. ABRvS 9 maart 2005, AB 2005/151 en ABRvS 9 november 2005, AB 2006/90.

202 EHRM 15 mei 2012, AB 2012/304 (Colon).

het voor de hand dat tijdens de bezwaarfase wordt verzocht om een voorlopige voorziening bij de bestuursrechter, zodat zo snel mogelijk duidelijkheid wordt verkregen omtrent de rechtmatigheid van het aanwijzingsbesluit. Een alternatief – dat minder aantrekkelijk lijkt, maar mogelijk zal zijn – is het dagvaarden van de gemeente bij de burgerlijke rechter (in kort geding).²⁰³

Een interessante, doch wat theoretische vraag is of voor belanghebbenden ook bezwaar openstaat tegen de toepassing van het derde lid van de art. 50, 51 en 52 WWM door de officier van justitie. Wij menen dat een dergelijke beslissing valt onder de uitzonderingen van art. 1:6 Awb, reeds omdat de art. 50, 51 en 52 WWM zijn ondergebracht onder een paragraaf genaamd opsporing. Mocht evenwel geen sprake zijn van een opsporingshandeling dan zal het in de praktijk niet goed mogelijk zijn om bezwaar te maken, omdat een dergelijk bevel van de officier niet tevoren bekend zal worden gemaakt.

Inzake het beroep tegen een aanwijzingsbesluit geldt de redelijke termijn voor ‘civiele zaken’ die hiervoor is besproken bij de bestuurlijke maatregelen die zijn gestoeld op een veroordeling of verdenking.

3.5.4. *Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter*

In art. 184 lid 1 Sr is strafbaar gesteld het opzettelijk niet voldoen aan een bevel of een vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan door een ambtenaar met de uitoefening van enig toezicht belast of door een ambtenaar belast met of bevoegd verklaard tot het opsporen of onderzoeken van strafbare feiten, alsmede het opzettelijk enige handeling, door een van die ambtenaren ondernomen ter uitvoering van enig wettelijk voorschrift, beletten, belemmeren of vrijdelen. Voorop moeten worden gesteld dat de rechter bij een strafrechtelijke vervolging ter zake van het eerste deel van art. 184 lid 1 Sr dient te onderzoeken of het in de tenlastellegging genoemde wettelijke voorschrift verbindend is en of het daarop gegronde bevel rechtmatig is gegeven. Het gaat immers om een bestanddeel van het in art. 184 Sr opgenomen misdrijf.²⁰⁴ Het gaat hier derhalve om de eerste hoofdvraag van art. 350 Sv.

Als de verdachte de bestuursrechtelijke rechtsgang heeft gevolgd, geldt volgens de Hoge Raad in verband met een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter en met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, dat indien het desbetreffende bevel door de bestuursrechter bij onherroepelijke uitspraak in stand is gelaten, zulks er in beginsel aan in de weg staat dat de strafrechter het verweer dat het wettelijk voorschrift niet verbindend is of het bevel anderszins onrechtmatig is, zelfstandig onderzoekt en daarop beslist. De Hoge Raad voegde daar aan toe dat onder bijzondere omstandigheden aanleiding kan bestaan

203 Vgl. HR 3 februari 2006, JB 2006/69 en HR 23 februari 2007, RvdW 2007/227.

204 HR 24 september 2002, NJ 2003/80. Zie voorts R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, 536-538.

hierop een uitzondering te maken.²⁰⁵ In een zaak waarin de Hoge Raad zich diende te buigen over een zaak waarin de verdachte zich had geweigerd te onderwerpen aan een veiligheidsfouillering, terwijl de bestuursrechter tussentijds had overwogen dat de verdachte geen belanghebbende was bij het aanwijzingsbesluit en dat hij dit derhalve niet kon aanvechten bij de bestuursrechter, oordeelde de Hoge Raad dat de strafrechter wat betreft de beoordeling van het aanwijzingsbesluit aansluiting diende te zoeken bij de wijze waarop de bestuursrechter zich van deze taak kwijt. Hij overwoog daarom dat de strafrechter zich bij de beoordeling van een aanwijzingsbesluit terughoudend zal moeten opstellen en slechts zal kunnen toetsen of het besluit strijdig is met wettelijke voorschriften, of de burgemeester in redelijkheid heeft kunnen besluiten dat gebiedsaanwijzing in verband met (ernstige vrees voor) verstoring van de openbare orde noodzakelijk was, en of de burgemeester bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de aanwijzing heeft kunnen komen.²⁰⁶ Voor wederspanning in de zin art. 180 Sr zal hetzelfde gelden. Ook hier maakt de rechtmatige uitoefening van de bediening door de ambtenaar onderdeel uit van de delictsomschrijving. Indien de verdachte zich onder (dreiging van) geweld verzet tegen de fouillering zal de rechtmatigheid van de fouillering een rol spelen bij de bewezenverklaring van wederspanning.

Indien in de strafzaak door het openbaar ministerie gebruik wordt gemaakt van bewijs afkomstig van een onrechtmatige aanhouding en veiligheidsfouillering die achteraf onrechtmatig wordt beoordeeld dan dient bewijsuitsluiting te volgen, zo kan worden afgeleid uit een arrest van de Hoge Raad.²⁰⁷ De onrechtmatige inbreuk wordt in die zin dus volledig gerepareerd in voor de verdachte gunstige zin.²⁰⁸

De omvang van het geding bij de bestuursrechter (art. 8:69 Awb) zal in deze zaken geen hoofdbrekens hoeven geven. Duidelijk zal zijn dat de belanghebbende telkens het aanwijzingsbesluit vernietigd zal willen hebben opdat hij niet aan een daarop gebaseerde veiligheidsfouillering kan worden onderworpen. De aanlegger zal daartoe aanvoeren dat er geen gronden zijn voor het aanwijzen van het veiligheidsgebied of dat de (voortdurende) aanwijzing(en) leiden tot een te vergaande inperking van het recht op lichamelijke integriteit of het recht op privacy. We zagen hiervoor dat de Hoge Raad van oordeel is dat de strafrechter indien (nog) geen uitspraak van de Afdeling voorligt wat betreft de beoordeling van het aanwijzingsbesluit aansluiting dient te zoeken bij de wijze waarop de bestuursrechter zich van deze taak kwijt. Hij overwoog daarom dat de strafrechter zich bij de beoordeling van een

205 HR 22 december 2009, *JB* 2010/41. Ook in civiele zaken wordt in beginsel uitgegaan van het oordeel van de hoogste bestuursrechter inzake de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift. Zie bijvoorbeeld HR 27 november 2009, *JOR* 2010/43 (World Online), onder 4.38.2.

206 HR 20 februari 2007, *AB* 2007/259.

207 In HR 15 november 2011, *NJ* 2011/541 werd althans overwogen dat het gerechtshof, dat het onrechtmatig verkregen bewijs wel toelaatbaar had geacht en als compensatie tot strafvermindering was overgegaan, ten onrechte de maatstaf had aangelegd die geldt voor de niet-ontvankelijkheid van het OM in de vervolging.

208 Indien sprake is van een op zich rechtmatige insluitingsfouillering die echter verder gaat dan is toegestaan (omlaag trekken broek), dan kan volgens het Hof Amsterdam worden volstaan met strafvermindering ter zake van het delict dat daarmee aan het licht is gekomen (voorhanden hebben van drugs). Zie Hof Amsterdam 1 februari 2013, 23-001978-11.

aanwijzingsbesluit terughoudend zal moeten opstellen en slechts zal kunnen toetsen of het besluit strijdig is met wettelijke voorschriften, of de burgemeester in redelijkheid heeft kunnen besluiten dat de gebiedsaanwijzing in verband met (ernstige vrees voor) verstoring van de openbare orde noodzakelijk was, en of de burgemeester bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot de aanwijzing heeft kunnen komen.²⁰⁹ Het is inderdaad deze terughoudende toets die de rechtspraak van de Afdeling kenmerkt.²¹⁰ Bedacht moet worden dat een dergelijke bestuurlijke maatregel geen 'criminal charge' oplevert.²¹¹

3.6. Het binnentreden van woningen

3.6.1. Introductie: Ontruiming kraakpanden

*Krakers die panden in Amsterdam, Den Haag, Utrecht en Leeuwarden hebben betrokken vrezen dat zij vanaf 1 oktober 2010 door het OM als verdachte van overtreding van het per die datum van kracht geworden art. 138a Sr worden aangemerkt en mogelijk met ontruiming op grond van het tevens per die datum ingevoerde art. 551a Sv worden geconfronteerd. In de door hen tegen de Staat aangespannen kort gedingprocedure heeft de Staat dit vermoeden niet weersproken. In het onderhavige kort geding hebben de krakers bij de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage gevorderd dat de ontruiming wordt verboden, althans dat deze wordt verboden totdat zij deze zaak tot in hoogste instantie aan de rechter hebben kunnen voorleggen en/of de strafrechter in hoogste instantie bewezen heeft verklaard dat hun verblijf in de bewuste panden wederrechtelijk is. De voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en de Staat verboden over te gaan tot ontruiming van de door de krakers bewoonde panden. De Staat stelt vervolgens cassatieberoep in bij de Hoge Raad. De Hoge Raad onderschrijft het oordeel van het hof dat ontruiming in beginsel slechts kan plaatsvinden nadat de voorzieningenrechter over de rechtmatigheid van de ontruiming een uitspraak heeft kunnen doen. Aangezien het recht op 'effective remedy' niet vereist dat tegen de uitspraak in eerste instantie ook een rechtsmiddel openstaat, is noodzakelijk, maar ook voldoende dat de krakers de gelegenheid krijgen het oordeel van de voorzieningenrechter in te roepen.*²¹²

In deze paragraaf staan we stil bij het strafvorderlijke binnentreden in woningen, waaronder kraakpanden en de op grond van bijzondere bestuurswetten, in het bijzonder de WWB, opgenomen (of ingelezen) bevoegdheid een huisbezoek af te leggen. Ook staan we stil bij de strafrechtelijk georiënteerde regeling in de Mededingingswet. Duidelijk zal zijn dat hier telkens het huisrecht in de zin van art. 8 EVRM in het geding is. Voorts kan art 6 EVRM in geding zijn, namelijk met betrekking tot de toelaatbaarheid van eventueel onrechtmatig verkregen bewijs. Uit het voorbeeld hierboven komt naar voren dat een belangrijke taak is weggelegd voor de burgerlijke

209 HR 20 februari 2007, AB 2007/259.

210 ABRvS 9 november 2005, AB 2006/90 en ABRvS 20 oktober 2010, JB 2010/269.

211 Vgl. HR 22 december 2009, JB 2010/41 en het daarin genoemde oordeel van de Afdeling.

212 HR 28 oktober 2011, AB 2012/350 (Ontruiming kraakpanden).

rechter in kort geding. De rol van de burgerlijke rechter komt dan ook aan de orde in deze paragraaf. Bij het wettelijk kader beperken we ons echter tot het straf- en bestuursrecht, want duidelijk zal zijn dat de vordering bij de civiele rechter zal zien op een actie uit onrechtmatige overheidsdaad (art. 6:162 BW).

3.6.2. *Het wettelijk kader*

Strafrecht

In het Wetboek van Strafvordering wordt een onderscheid gemaakt tussen het betreden en doorzoeken van plaatsen ter aanhouding van een verdachte²¹³ of ter inbeslagname en het binnentreden en doorzoeken van woningen met het oog op aanhouding van een verdachte of ter inbeslagname (vgl. art. 55a lid 1, art. 96 lid 1 en art. 97 lid 1 Sv). In bijzondere strafwetten is ook de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen (inclusief woningen) neergelegd. Daarin is voorzien in art. 9 lid 1 Opiumwet en art. 20 WED, waarbij in het laatste geval geen concrete verdenking nodig is.²¹⁴ Art. 49 WWM voorziet voorts in de mogelijkheid van doorzoeking door opsporingsambtenaren.

Aandacht verdient de Wet kraken en leegstand (*Stb.* 2010, 320), die in werking is getreden op 1 oktober 2010. Daarbij is een nieuw art. 138a Sr ingevoerd, dat een algehele strafbaarstelling van kraken bevat. Voordien was alleen strafbaar huisvredebreuk – kort gezegd: het kraken van in gebruik zijnde woningen en gebouwen – en (ingevolge het bij de Wet kraken en leegstand vervallen art. 429sexies Sr) het kraken van woningen die korter dan een jaar leegstaan. Nadat de Hoge Raad had beslist dat voor strafrechtelijke ontruiming van kraakpanden door de politie op last van het OM geen basis kan worden gevonden in art. 429sexies Sr of art. 2 Politiewet 1993 in verband met art. 124 Wet RO,²¹⁵ is bij de Wet kraken en leegstand art. 551a Sv ingevoerd. Gelet op art. 551a Sv kan iedere opsporingsambtenaar bij verdenking van het misdrijf kraken van leegstaande woningen en andere gebouwen (art. 138, 138a en 139 Sr) de desbetreffende plaats betreden. Zij zijn bevoegd alle personen die daar wederrechtelijk vertoeven, alsmede alle voorwerpen die daar ter plaatse worden aangetroffen, te verwijderen of te doen verwijderen.

Art. 2 Awbi geeft een aantal personen en colleges de bevoegdheid tot binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner. De art. 3 en 4 van die wet voorzien in de mogelijkheid dat daartoe bevoegde personen en colleges een machtiging tot binnentreden verlenen aan degene die bij of krachtens de wet bevoegd is verklaard zonder toestemming van de bewoners in een woning binnen te treden. Een uitzondering op het vereiste van een machtiging geldt indien ter voorkoming of bestrijding van ernstig en onmiddellijk gevaar voor de veiligheid van personen of goederen terstond in de woning moet worden binnentreden. Denk aan de situatie

²¹³ Het verdenkingsbegrip komt aan de orde in de paragraaf over het vorderen van inlichtingen en gegevens.

²¹⁴ Vgl. HR 9 maart 1993, *NJ* 1993/633 en HR 25 juni 2013, *NJ* 2014/10.

²¹⁵ HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010/213.

dat politieambtenaren wegens een melding van wateroverlast bij een woning gaan kijken. Als zij dan stuiten op drugs kan de hulpverlening, die plaatsvond uit hoofde van art. 8 Politiewet 1993, volkomen rechtmatig overgaan in opsporing.²¹⁶

Bestuursrecht

De Awbi is evenzeer van belang voor de binnentreding in een woning in het kader van het toezicht. Art. 5:15 Awb noch een andere bepaling uit de Awb biedt de bevoegdheid tot binnentreden zonder toestemming van de bewoner. Een dergelijke bevoegdheid moet derhalve worden gezocht in bijzondere bestuurswetten.

Met ingang van oktober 2007 biedt de Mededingingswet de mogelijkheid voor de toezichthouders om niet alleen bedrijfsruimten te betreden, maar ook om – met machtiging van de rechter-commissaris – zonder toestemming van de bewoner een woning te betreden en doorzoeken (art. 55-55c Mw). De Mededingingswet biedt de ACM derhalve meer mogelijkheden dan hoofdstuk 5 Awb. Dit is verklaarbaar vanuit de gedachte dat het mededingingsrecht uitsluitend via het bestuursrecht wordt gehandhaafd. Anders dan bijvoorbeeld de AFM, kan de ACM niet via aangifte het strafrecht als ultimum remedium inroepen door aangifte te doen voor zover het gaat om overtreding van die wetgeving waarop zij toezicht houdt, terwijl de ACM voor haar bewijsvoering juist zwaar zal moeten steunen op bewijs dat zij met dergelijke invallen verkrijgt. Deze onderzoeksmogelijkheden gelden ook voor de handhaving van de art. 101 en 102 VWEU door de ACM en de Europese Commissie op Nederlands territorium (art. 88-89j Mw).

Een wetsvoorstel tot wijziging van de Instellingswet ACM voorziet in de figuur van de rechterlijke machtiging tot binnentreden van woningen voor alle wetten die door de ACM worden gehandhaafd, met uitzondering van het beperkte toezicht dat ACM toekomt in het kader van de Wft (art. 12c-12f Instellingswet ACM).²¹⁷ Over dit binnentreden wordt in de MvT opgemerkt:

‘De bevoegdheid tot het betreden van een woning zonder toestemming van de bewoner omvat ook het recht om – eenmaal binnen – zoekend rond te kijken. Zoekend rondkijken wil zeggen dat een toezichthoudende ambtenaar alles mag onderzoeken wat hij rondlopend ziet liggen of staan. Alles wat meer is valt onder doorzoeken en is niet toegestaan. Hij mag dus geen kast of andere bergruimte openen en actief op zoek gaan naar zaken of gegevens, ook al weet hij dat ze zich ergens in de woning moeten bevinden. Alles wat de vertrekken doorlopend wordt “gezien” aan zaken mag met andere woorden onderzocht worden maar alles wat gericht is op het “vinden” van zaken mag niet (zie ook HR 21-12-2010, NJ 2011, 24). Tot afgesloten delen van de woning mag de toezichthouder zich overigens wel toegang verschaffen (zie artikel 9 van de Awbi). Dus vertrekken (een kamer, gang of zolder) mogen worden geopend, maar kasten en andere bergruimtes niet.’²¹⁸

Hetzelfde wetsvoorstel voorziet daarnaast in hernieuwde opneming in de Mw van de bevoegdheid tot het met rechterlijke machtiging *doorzoeken* van woningen (aanpassing art. 50-53 Mw), dit met het oog op de na te streven EU-conformiteit.²¹⁹

²¹⁶ HR 10 maart 2009, RvdW 2009/421. Zie ook HR 22 januari 2008, RvdW 2008/241.

²¹⁷ Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 2 en Kamerstukken I 2013/14, 33 622, A.

²¹⁸ Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 49.

²¹⁹ Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, p. 29.

Verder wijzen wij op art. 30 Huisvestingswet. Daarin is onder meer bepaald dat het verboden is een woonruimte die behoort tot een door de gemeenteraad in de huisvestingsverordening daartoe met het oog op het behoud of de samenstelling van de woonruimtevoorraad aangewezen categorie, zonder vergunning van burgemeester en wethouders aan de bestemming tot bewoning te onttrekken. Gelet op art. 77 Huisvestingswet is de toezichthouder ter controle op naleving bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, een woning binnen te treden zonder toestemming van de bewoner. Deze vorm van toezicht kan effectief zijn bij de aanpak van hennepkwekerijen.²²⁰

In de sociale zekerheidswetgeving zijn onderzoeksbevoegdheden van het uitvoeringsorgaan en een medewerkingsplicht van de uitkeringsgerechtigde neergelegd, die onder omstandigheden kunnen leiden tot een huisbezoek. Wij beperken ons hier tot de WWB. Art. 53a lid 1 WWB bevat een verplichting voor het college tot het verrichten van onderzoek naar de rechtmatigheid van de bijstandsverstrekking. Uit vaste rechtspraak volgt dat de in art. 17 WWB neergelegde medewerkingsplicht van de betrokkene een voldoende wettelijke grondslag biedt voor het afleggen van een huisbezoek, indien er gerede twijfel is aan de juistheid van hetgeen betrokkene heeft verklaard over zijn woonsituatie. Ingeval de betrokkene geen medewerking verleent aan een noodzakelijk huisbezoek kan het recht op uitkering niet (meer) worden vastgesteld en kan op die grond de aanvraag worden afgewezen c.q. de lopende uitkering worden stopgezet.²²¹ Dit is slechts anders ingeval zich een zeer dringende reden voordoet die een rechtvaardigingsgrond vormt om de vereiste medewerking aan een noodzakelijk, maar niet aangekondigd huisbezoek niet te verlenen.²²² Met de op 1 januari 2013 ingevoerde 'Een regeling in de sociale zekerheid van de rechtsgevolgen van het niet aantonen van de leefsituatie na het aanbod van een huisbezoek', wil de wetgever het mogelijk maken om ook een huisbezoek af te dwingen als er geen vermoedens van uitkeringsfraude zijn, althans is voorzien in de mogelijkheid om bij het desgevraagd uitblijven van een aanbod door de betrokkene om de juistheid van de opgegeven gezinssituatie de uitkering vast te stellen op de halve norm voor een echtpaar.²²³ Hoewel dit niet in de wet is neergelegd, meent de regering dat de controleambtenaar moet motiveren waarom het huisbezoek volgens hem nodig wordt geacht en moet hij de betrokkene in de gelegenheid stellen op andere, minder belastende wijze zijn leefsituatie aan te tonen.²²⁴

220 Hof 's-Gravenhage 11 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY1981.

221 Vgl. CRvB 22 augustus 1995, RSV 1996/86; 7 maart 2005, JB 2005/154 en 2 januari 2007, USZ 2007/53.

222 CRvB 20 oktober 1998, RSV 1998/15. Het hebben van een andere gelijktijdige afspraak in de privésfeer is dan zeker niet toereikend om medewerking te weigeren, zo volgt uit CRvB 11 april 2007, USZ 2007/136 en CRvB 11 april 2007, AB 2007/150.

223 Voor wat betreft art. 53a WWB was door een weffout deze bewijsomkeringsregel aanvankelijk alleen van toepassing op jongeren en senioren. Zie art. XXXIV van de Wet van 22 december 2011 (Stb. 2011, 650). Met de Verzamelwet SZW 2013 is deze fout hersteld.

224 Kamerstukken I 2011/12, 31 929, nr. C, p. 10.

3.6.3. De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen

Strafrecht

In een aantal gevallen zal voorafgaand aan de binnentreding toetsing plaatshebben door de rechter-commissaris. De doorzoeking met het oog op inbeslagname zal bovendien plaats kunnen hebben onder leiding van de rechter-commissaris (art. 110 Sv). Preventieve toetsing derhalve. Dat is gelet op de redactie van de art. art. 55 en 97 Sv echter zeker niet altijd het geval, want bij spoed kan een (hulp)officier van justitie een last afgeven. Voorts kan bij een vermoeden van verboden wapenbezit doorzoeking van de woning plaatshebben, zonder dat daar een rechter-commissaris aan te pas komt (art. 49 WWM). Met betrekking tot onrechtmatig verkregen bewijs is het op zich mogelijk om daarover te klagen in het kader van de beklagprocedure, die is gericht op het voorkomen van (verdere) vervolging. De Hoge Raad heeft de mogelijkheden daartoe wel recentelijk beperkt. Hij oordeelde namelijk dat het onderzoek in raadkamer zich wel kan uitstrekken tot vragen met betrekking tot de rechtmatigheid van het beslag zelf, waarmee wordt gedoeld op de formaliteiten waaraan een inbeslagneming moet voldoen, doch niet tot vragen die betrekking hebben op de mogelijke onrechtmatigheid in verband met het 'nemo tenetur'-beginsel van gebruik voor het bewijs van hetgeen door de inbeslagneming is verkregen.²²⁵ Of een bevoegdheid tot binnentreding bestond of niet zal in die gevallen slechts achteraf – met het oog op een verweer inzake bewijsuitsluiting – ter toetsing kunnen voorliggen bij de strafrechter (art. 359a lid 1 Sv). Voor wat betreft de redelijke termijn verwijzen we naar de bespreking daarvan bij de geldboete. Voor wat betreft de binnentreding en ontruiming op grond art. 551a Sv biedt de toegang tot de strafrechter voor wat betreft het recht op woongenoot geen soelaas. Na ontruiming is het einde van de bewoning immers een feit. De burgerlijke rechter fungeert hier als restrechter, hetgeen verderop aan de orde komt.

Bestuursrecht

Indien de rechter-commissaris de door de ACM verzochte machtiging voor het binnentreden van een woning weigert kan de ACM binnen veertien dagen in beroep bij de rechtbank (art. 55a lid 3 Mw). Het gaat hier om beroep bij de strafrechter. De Awb mist hier immers toepassing, reeds omdat de rechter-commissaris geen bestuursorgaan is.²²⁶ Gelet op deze nieuwe bevoegdheid en de uitspraak van het EHRM inzake *Colas Est*²²⁷ zou men wellicht verwachten dat de ACM regelmatig – ook voor invallen in bedrijven – een machtiging tot binnentreden zou vragen bij de rechter-commissaris. Dit blijkt echter niet het geval te zijn.²²⁸ De machtiging tot binnentreden in de zin van art. 2 lid 1 Awbi levert volgens de Afdeling wel een voor bezwaar vatbaar besluit op in de zin van art. 1:3 Awb, zodat de rechtmatigheid daarvan kan worden bestreden bij de bestuursrechter.²²⁹ Het gaat hier om toetsing achteraf.

225 HR 12 februari 2013, *NbSr* 2013/122. Zie voorts C.W. Noorduyn en Th.J. Kelder, 'Klagen over nemo tenetur? Niet langer bij de beklagrechter!', *NJB* 2013/608, p. 751-752.

226 Zie art. 1:1 lid 2 Awb. Het gaat derhalve om behandeling door de raadkamer als bedoeld in art. 21 Sv.

227 EHRM 16 april 2002, *NJ* 2003/452 (*Colas Est*).

228 M.M. Slotboom, 'De NMa staat voor de deur. Maar waar is haar rechterlijke machtiging? Tien jaar na *Colas Est*', *M&M* 2012/3, p. 110-116.

229 O.m. ABRvS 22 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5272 en ABRvS 27 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2149.

In de zaak *Klant in Beeld* zien we dat voor wat betreft het huisbezoek in de sociale zekerheid geldt dat de rechtmatigheid van het afleggen daarvan aan de orde zal kunnen komen bij de vraag naar het bewijs en eventuele bewijsuitsluiting in het kader van het bezwaar en beroep tegen besluiten omtrent toekenning van de uitkering of omtrent een sanctie.²³⁰ Indien geen medewerking aan het huisbezoek wordt verleend zal de medewerkingsplicht aan de orde kunnen komen bij bezwaar en beroep tegen de weigering of intrekking van de uitkering wegens het niet verlenen van medewerking aan het huisbezoek.²³¹ Er gaat geen schorsende werking uit van bezwaar en beroep (art. 6:16 Awb). Met het oog hierop kan een voorlopige voorziening worden gevraagd. In bijstandszaken gaat het om de eerste levensbehoefte, zodat spoedeisend belang snel zal kunnen worden aangenomen. Wel merk ik op dat de vraag naar onrechtmatige bewijsvergaring door de voorzieningenrechter eenvoudig kan worden doorgeschoven naar de bodemrechter. Indien bij een onrechtmatig huisbezoek aannemelijk wordt dat de verzoeker feitelijk over de nodige middelen beschikt ligt het namelijk niet in de rede dat de voorzieningenrechter enkel vanwege die onrechtmatigheid een voorziening treft. Er hoeft dan immers geen spoedeisend belang in de zin van art. 8:81 Awb te worden aangenomen.²³²

De redelijke termijn als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM kwam reeds aan de orde in eerdere paragrafen. Voor de bestuurlijke boete geldt een redelijke termijn van twee jaar per instantie, waarbij de redelijke termijn gewoonlijk aanvangt vanaf de kennisgeving van het voornemen van de sanctie. Voor andere zaken geldt in sociale zekerheidszaken een redelijke termijn van een half jaar voor de bezwaarfase, anderhalf jaar voor beroep in eerste aanleg, twee jaar voor hoger beroep en derhalve een paraplutermijn van vier jaar. Bij vervolgprocedures begint geen nieuwe redelijke termijn, zodat de teller van € 500 schadevergoeding per half jaar overschrijding of gedeelte daarvan dan gewoon doorloopt.²³³ Daar de Centrale Raad de strafkorting in de zin van art. 18 WWB (oud) wegens inlichtingenverzuim aanmerkt als een 'criminal charge', valt niet goed in te zien waarom de Raad dan niettemin aansluiting zoekt bij het maken van bezwaar als aanvangsmoment van de redelijke termijn.²³⁴

Burgerlijk recht

In de zaak *Ontruiming kraakpanden* had het Hof Den Haag geoordeeld dat het bij ontruiming gaat om een ernstige inbreuk op het huisrecht in de zin van art. 8 EVRM en dat aannemelijk is te achten dat als eenmaal ontruiming van de kraakpanden heeft plaatsgevonden, de krakers niet meer in hun woning zullen kunnen terugkeren, zelfs al zouden zij achteraf in het gelijk worden gesteld. Ontruiming kan slechts plaatsvinden nadat de voorzieningenrechter over de rechtmatigheid van de ontruiming een uitspraak heeft kunnen doen. Aangezien het recht op 'effective

230 Bijv. CRvB 11 april 2007, RSV 2007/175 (*Klant in Beeld*) en CRvB 24 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK4060.

231 Bijv. CRvB 11 april 2007, USZ 2007/136.

232 CRvB (vznr.) 9 juni 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD3955.

233 Bijv. CRvB 24 juli 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX2420.

234 CRvB 7 september 2009, AB 2010/46. Mogelijk heeft de Centrale Raad hier alleen het oog op de herziening en terugvordering, maar dat blijkt niet uit de uitspraak.

remedy' in de zin van art. 13 EVRM niet vereist dat tegen de uitspraak in eerste instantie ook een rechtsmiddel openstaat, is noodzakelijk, maar ook voldoende dat de krakers de gelegenheid krijgen het oordeel van de voorzieningenrechter in te roepen. Het OM behoeft evenwel niet de uitkomst van een eventueel tegen die uitspraak ingesteld hoger beroep af te wachten. Er zijn volgens het gerechtshof bij de huidige stand van zaken onvoldoende waarborgen dat de mogelijkheid van een kort geding voor degenen die dreigen ontruimd te worden een effectief rechtsmiddel is. Daarvoor zou op zijn minst vereist zijn dat de ontruiming op een zodanige termijn wordt aangekondigd dat er voldoende gelegenheid is om een kort geding aanhangig te maken en voorts dat, indien van die gelegenheid gebruik wordt gemaakt, niet tot ontruiming wordt overgegaan voordat de voorzieningenrechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan. In beginsel zou toereikend te achten zijn als nauwkeurig omschreven en deugdelijk gepubliceerde beleidsregels van het OM zodanige waarborg zouden bieden, aldus het gerechtshof. De Hoge Raad onderschrijft deze beoordeling. Bij het oordeel dat een effectief rechtsmiddel ontbreekt heeft het gerechtshof volgens de Hoge Raad in aanmerking kunnen nemen dat bij een strafrechtelijke ontruiming een civielrechtelijke titel voor het verblijf zal ontbreken, waardoor terugkeer in de woning niet voor de hand ligt.²³⁵

Naar aanleiding van de uitspraak van het Hof Den Haag heeft het College van procureurs-generaal een beleidsbrief opgesteld over het voorlopig te volgen beleid bij voorgenomen strafrechtelijke ontruiming (Stcrt. 2010, 19500). In het voornoemde arrest oordeelt de Hoge Raad dat dit beleid voldoet.

3.6.4. *Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter*

Strafrecht

Ten aanzien van bewijs dat is verkregen ten gevolge van een onrechtmatige binnentreding of huiszoeking zal de strafrechter zich in de strafzaak zelf in het kader van de eerste vraag van art. 350 Sv (de bewezenverklaring) zo nodig ambtshalve moeten buigen over de toelaatbaarheid ervan.²³⁶ We zagen hiervoor dat ingeval van onrechtmatige aanhouding en veiligheidsfouillering bewijsuitsluiting het geëigende reparatiemiddel is.²³⁷ Geldt dit ook voor onrechtmatig verkregen bewijs vanwege inbreuk op het huisrecht? Gaat het om een sanctie op onjuist overheidsoptreden als zodanig (het reparatie-, demonstratie- en/of preventieargument²³⁸) of gaat het om het bieden van een 'effective remedy' in de zin van art. 13 EVRM?²³⁹

235 HR 28 oktober 2011, AB 2012/350 (Ontruiming kraakpanden).

236 HR 17 mei 1988, NJ 1989/142 en HR 9 oktober 1990, NJ 1991/152. Zie voorts Hof 's-Gravenhage 2 oktober 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK2814 en Rb. Arnhem 21 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK7288.

237 HR 15 november 2011, NJ 2011/541.

238 Zie daarover M.C.D. Embregts, *Uitsluiting over bewijsuitsluiting*, Deventer: Kluwer 2003.

239 In dat geval staat niet het perspectief van de rechtsstaat, maar dat van de subjectieve rechten van de burger voorop, aldus T. Blom, 'Vormverzuimen', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu 2006, p. 137.

De strafrechter lijkt na invoering van art. 359a Sv vooral het perspectief van de 'effective remedy' als uitgangspunt te nemen. Wij wijzen in dit verband op het Afvoerpijp-arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2004, waarin 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.²⁴⁰ In die zaak had de politie bij de inval in een drugspand in de kelder een loze afvoerpijp losgemaakt waarin dik vijf kilo hasj werd bewaard. Anders dan het gerechtshof aannam was de Hoge Raad van oordeel dat hier sprake was van een doorzoeking, waarvoor art. 9 Opiumwet als zodanig geen grondslag bood, maar dat dit de verdachte niet kon baten omdat de doorzoeking niet plaats heeft gehad in dat deel van het pand dat hij bewoonde. Hij woonde namelijk op de tweede etage van het pand, terwijl de afvoerpijp zich bevond in de kelder. De verdachte was aldus door het onbevoegdlijk lostrekken van afvoerpijp in die kelder niet getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen. In dit verband wordt wel gesproken over de relativiteitseis of het Schutznorm-vereiste.

Aan de hand van de maatstaf 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 werd geoordeeld dat het betreden van een afgesloten erf zonder een redelijk vermoeden van een strafbaar feit weliswaar in strijd is met art. 8 EVRM, maar dat dit niet tot bewijsuitsluiting hoeft te leiden.²⁴¹ In twee andere arresten suggereert de Hoge Raad voorts dat een onrechtmatige doorzoeking niet zonder meer tot uitsluiting van het bewijs hoeft te leiden.²⁴² Het lijkt er aldus op dat een onrechtmatige inbreuk op het huisrecht als minder ernstig wordt beschouwd dan een onrechtmatige fouillering en derhalve minder snel tot bewijsuitsluiting zal hoeven leiden. Uit een recent overzichtsarrest komt dit ook uitdrukkelijk naar voren.²⁴³ De Hoge Raad overwoog in dat arrest van 19 februari 2013, dat zag op een afgegeven machtiging door een hoofdinspecteur die niet langer hulpofficier van justitie was vanwege een niet gehaald examen, dat bij ernstige grondrechtinbreuken, zoals onrechtmatige fouillering of het doorkruisen van het verschoningsrecht, uit een preventief oogpunt bewijsuitsluiting aan de orde zou kunnen komen. In dat geval zou de rechter dan wel oog moeten hebben voor de vraag of dan niet teveel afbreuk wordt gedaan aan zwaarwegende belangen als de waarheidsvinding en de bestraffing van de dader van een – mogelijk zeer ernstig – strafbaar feit, alsmede in voorkomend geval aan de rechten van slachtoffers of hun nabestaanden, mede gelet op uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen tot effectieve bestraffing. In dat arrest wordt tevens ruimte gelaten om bij structurele grondrechtinbreuken die op zich niet ernstig zijn en ook geen oneerlijk proces tot gevolg hebben tot bewijsuitsluiting te komen uit een oogpunt van preventie. Er gelden dan wel zeer strenge bijkomende eisen. Het

240 HR 30 maart 2004, NJ 2004/376 (Afvoerpijp).

241 HR 19 december 2006, NJ 2007/28.

242 HR 11 maart 2008, NJ 2008/329. Zie ook HR 11 maart 2008, NJ 2008/328.

243 HR 19 februari 2013, AB 2014/27 (machtiging van onbevoegde politiefunctionaris).

ontbreken van een bevoegd afgegeven machtiging tot binnentreden leverde volgens de Hoge Raad niet (zonder meer) een ernstige inbreuk op het huisrecht op, zodat het gerechtshof acht had moeten slaan op de stelling van het OM dat gelet op de gerezen verdenking omtrent de aanwezigheid van een hennepkwekerij ook een bevoegde machtiging had kunnen worden verkregen.

Met betrekking tot het kraakverbod zagen we hiervoor dat een kort gedingprocedure kan worden gestart ter voorkoming van de (voorgenomen) strafvorderlijke ontruiming. Kan in de strafrechtelijke procedure ook worden geklaagd over een onrechtmatige ontruiming, en zo ja wat kan de vervolgte kraker daarmee bereiken? De strafkamer van de Hoge Raad heeft bepaald dat indien voorafgaande toetsing door de burgerlijke rechter ontbreekt moet worden aanvaard dat de vraag of de ontruiming onrechtmatig was aan de strafrechter kan worden voorgelegd in het kader van de strafzaak tegen de verdachte van kraken, zoals de wetgever ook voor ogen had.²⁴⁴ Indien de strafrechter naar aanleiding van een daartoe opgeworpen verweer van oordeel is dat is ontruimd in strijd met de in de beleidsbrief van het OM gestelde regels, kan dit verzuim volgens de Hoge Raad niet gelden als een vormverzuim dat is begaan in het kader van het voorbereidend onderzoek als bedoeld in art. 359a Sv naar de in de strafzaak aan de verdachte tenlastegelegde overtreding van art. 138a Sr. Indien de strafrechter echter tot het oordeel komt dat de rechter in kort geding de ontruiming eerst tegen een later tijdstip of in het geheel niet zou hebben toegestaan, kan de strafrechter wel een schending van art. 8 EVRM constateren en eventueel, indien de ernst van de schending dit rechtvaardigt, daaraan het in de geschiedenis van de totstandkoming van art. 551a Sv genoemde rechtsgevolg van strafvermindering verbinden, aldus de Hoge Raad.²⁴⁵

Hiervoor ging het om strafvorderlijk onrechtmatig verkregen bewijs. Mogen de resultaten van een onrechtmatig huisbezoek in de uitkeringssfeer worden gebruikt voor een vervolging wegens valsheid? Waar de rechtbank Amsterdam meende de lijn van de bestuursrechter – zie de zaak *Klant in Beeld*²⁴⁶ die hierna aan de orde komt – te moeten voortzetten aan de hand van de ‘informed consent’-doctrine door het OM niet-ontvankelijk te verklaren ter zake van een bijstandszaak, werd zij teruggedroten door het Hof Amsterdam.²⁴⁷ Het gerechtshof overwoog onder verwijzing naar de zaak *Khan*²⁴⁸ dat een schending van art. 8 EVRM niet zonder meer tot de slotsom dient te leiden dat geen sprake is geweest van een eerlijke strafrechtelijke procedure zoals gewaarborgd in art. 6 EVRM. In dit verband was niet zonder belang dat de persoonlijke levenssfeer van de verdachte slechts in beperkte mate was geschonden door de huisbezoeken (geen doorzoeking). De zaak werd terugverwezen naar de rechtbank, die vervolgens op dit punt in lijn van het gerechtshof oordeelde.²⁴⁹ Ook in een Haagse zaak, waarin de verdachte werd vervolgd voor het houden van een hennepkwekerij, lag de vraag voor of in strijd met de ‘informed

244 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 560, nr. C, p. 21.

245 HR 10 december 2013, *RvdW* 2014/53.

246 CRvB 11 april 2007, *RSV* 2007/175 (*Klant in Beeld*).

247 Hof Amsterdam 24 juni 2010, *ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9296*.

248 EHRM 12 mei 2000, *NJ* 2002/180 (*Khan*).

249 Rb. Amsterdam 27 juli 2011, *ECLI:NL:RBAMS:2011:BT2672*.

consent'-doctrine was gehandeld doordat de gemeentelijke toezichthouders bij de aanvankelijke weigering van de bewoner om hen binnen te laten hadden geopperd dat zij dan een machtiging zouden halen. De bewoner zou hen vervolgens onder ongeoorloofde druk hebben binnengelaten, omdat van een dergelijke last geen sprake was. Het gerechtshof oordeelde dat art. 77 Huisvestingswet de basis bood voor binnentreding in de woning zonder toestemming en dat zij derhalve op grond van art. 2 Awbi een last konden opvragen. De nadien verkregen toestemming tot binnentreden was derhalve gedaan nadat de bewoner juist was geïnformeerd, zodat geen bewijsuitsluiting volgde.²⁵⁰

Bestuursrecht

Eerder is het toetsingsmodel van art. 8:69 Awb aan de orde geweest, zodat we daar hier niet meer afzonderlijk bijilstaan. Wij volstaan met de notie dat de bestuursrechter zich in beginsel niet ambtshalve zal buigen over de vraag of het bewijs op rechtmatige wijze door het bestuur is vergaard. Het behelst hier namelijk vormvoorschriften die niet van openbare orde zijn.²⁵¹ Er zal dus in beginsel wel iets moeten worden aangevoerd inzake de bewijsvergaring door het bestuursorgaan. De nog immer maatgevende uitspraak ter zake van wat te doen met onrechtmatig verkregen bewijs in het bestuursrecht is het fiscale arrest van de Hoge Raad van 1 juli 1992.²⁵² De in dit arrest geformuleerde rechtsregel over het al dan niet uitsluiten van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs is:

- er is geen algeheel verbod op het gebruik van strafrechtelijk verkregen bewijs in bestuursrechtelijke procedure;
- in elk geval is het gebruik van het bewijs toegestaan als het materiaal niet jegens belanghebbende op onrechtmatige wijze is verkregen (relativiteit);
- indien wel voldaan is aan relativiteit dan is het nog bruikbaar, tenzij het gebruik ervan in strijd komt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel;
- 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);
- 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 bestuursrechtelijk (fiscale) procedure; en
- vorenstaande geldt zowel voor de enkelvoudige heffing als de boete.

Welke toetsing verricht de bestuursrechter als wordt aangevoerd dat het huisrecht is geschonden? Indien een op grond van de Awbi afgegeven machtiging tot binnentreden wordt aangevochten verricht de bestuursrechter een rechtmatigheidstoets. De Afdeling overwoog in een voorkomend geval dat het binnentreden weliswaar een

²⁵⁰ Hof 's-Gravenhage 11 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY1981.

²⁵¹ Zie met betrekking tot het ontbreken van de cautie CrvB 18 maart 2004, AB 2004/373 en CrvB 15 juni 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ8654.

²⁵² HR 1 juli 1992, BNB 1992/306. Herhaald in HR 3 mei 2000, VN 2002/58.4; 27 februari 2004, BNB 2004/225 en 30 juni 2006, VN 2006/37.1.

inmenging, als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM betekent, maar dat aan de aan de daarin vervatte mogelijkheid tot beperking van het huisrecht is voldaan, omdat de wet daarin voorziet en voorts is voldaan aan de eisen van dringende maatschappelijke noodzaak en evenredigheid. In dit verband was van belang dat onderzoek in de woning noodzakelijk was, wegens het vermoeden van overtreding van de Woningwet, dan wel de Bouwverordening en het Bouwbesluit door vervuiling, een brandgevaarlijke situatie, verregaand achterstallig onderhoud, lekkages in buurpanden, een door vocht verzadigde scheidingsmuur en schimmelvorming. Dit vermoeden was gebaseerd op waarnemingen van buitenaf, ingediende klachten en een verzoek om handhaving.²⁵³ In een geval waarin de machtiging uitsluitend was verleend om vast te stellen of sprake was van illegale bewoning, terwijl door het college geen feiten of omstandigheden zijn gesteld op grond waarvan getwijfeld moest worden aan de verklaringen van de bewoner herriep de Afdeling de machtiging, omdat die redelijkerwijs niet vereist was om de bewoning vast te stellen.²⁵⁴ Indien wordt binnengetreden zonder machtiging kan ook tegen de daarop volgende maatregel worden geageerd. In een geval waarin een woning was binnengetreden zonder een toereikende machtiging mocht wel met bestuursdwang worden opgetreden tegen een hennepkwekerij, maar moest kostenverhaal achterwege blijven.²⁵⁵ Overigens zal bij het binnentreden van een woning waarin zich een hennepkwekerij bevindt al gauw aangenomen kunnen worden dat zich een ernstig en onmiddellijk gevaar van personen of goederen wegens acuut brand- of elektrocutiegevaar voor kunnen doen, zodat ingevolge art. 2 lid 3 Awbi een machtiging achterwege kan blijven.²⁵⁶

Hiervoor is aangegeven dat art. 17 WWB volgens de Centrale Raad een toereikende wettelijke grondslag biedt voor het afleggen van een huisbezoek, indien er gerede twijfel is aan de juistheid van hetgeen betrokkene heeft verklaard over zijn woonsituatie. Volgens vaste jurisprudentie vormt een (on)aangekondigd huisbezoek door toezichthouders of opsporingsambtenaren een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, zodat de toetsing aan art. 8 EVRM binnen bereik komt.²⁵⁷ Die inbreuk geldt ook voor andere minder ingrijpende controle- en opsporingsmethodieken. Te denken valt niet alleen aan observatie van de woning en een buurtonderzoek,²⁵⁸ maar ook aan de verplichting mee te werken aan periodieke heronderzoeken en het daarbij overleggen van bankafschriften.²⁵⁹ Bij de vraag naar de gerechtvaardigdheid van de inbreuk wordt conform art. 8 lid 2 EVRM beoordeeld of de inbreuk bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van het economisch welzijn van het land. Zoals hiervoor al werd aangegeven vormen de in de bijzondere wetten neergelegde onderzoeksplicht van het bestuur en de inlichtingen- en medewerkingsplicht van betrokkene een voldoende wettelijke grondslag

253 ABRvS 19 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY6701. Zie ook ABRvS 22 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5267.

254 ABRvS 27 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2149.

255 ABRvS 31 oktober 2012, AB 2013/72.

256 ABRvS 4 september 2013, AB 2013/406.

257 CRvB 22 augustus 1995, RSV 1996/86 en 7 maart 2005, JB 2005/154.

258 No 13 februari 2004, RSV 2004/229.

259 CRvB 16 maart 1999, RSV 1999/165.

voor de inbreuken op privacy.²⁶⁰ Ook blijkt uit die uitspraken dat een huisbezoek noodzakelijk kan zijn in het belang van het economisch welzijn van het land (het tegengaan van misbruik van sociale voorzieningen). De vraag naar de noodzaak van de inbreuk op het huisrecht heeft plaats door ten eerste de vraag te beantwoorden of er reden was te twijfelen aan de juistheid van de door betrokkene opgegeven woonsituatie en zo ja, of het voorts noodzakelijk was het verregaande middel van een huisbezoek toe te passen.²⁶¹ Hierna – in de zaak *Klant in Beeld* – zien we dat de Centrale Raad bij huisbezoeken een extra verdragsvereiste stelt, namelijk dat bij de betrokkene sprake is van een zogenoemde ‘informed consent’.²⁶² De Raad extrapoleert hier een door het EHRM aangelegde toets bij met name medische ingrepen, naar het huisrecht van art. 8 EVRM.²⁶³

In het kader van het project *Klant in Beeld* hebben twee handhavingsmedewerkers van de Dienst werk en inkomen van de gemeente Amsterdam op 11 januari 2006 een onaangekondigd huisbezoek afgelegd op het door betrokkene opgegeven woonadres. De bevindingen van dit huisbezoek zijn neergelegd in een op 17 januari 2006 gedateerd rapport. Blijkens dat rapport is tijdens het huisbezoek ongeveer 1,3 kilogram softdrugs aangetroffen. Het college van burgemeester en wethouders heeft vervolgens de bijstandsuitkering van betrokken per direct beëindigd op de grond dat betrokkene sedert 1 augustus 2003 oncontroleerbare inkomsten geniet uit wiet-handel en heeft vervolgens de bijstand voorts met terugwerkende kracht vanaf 1 augustus 2003 ingetrokken in verband met het niet opgeven van door hem genoten inkomsten. De bezwaren zijn ongegrond verklaard. De rechtbank Amsterdam verklaart het beroep echter gegrond omdat sprake zou zijn van onrechtmatig verkregen bewijs. De Centrale Raad van Beroep bevestigt vervolgens in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank. Volgens de Centrale Raad had betrokkene bij de deur meegedeeld moeten worden dat hij aan het huisbezoek geen medewerking hoefde te verlenen omdat er bij aanvang van het huisbezoek geen concrete verdenkingen bestonden dat hij voor het recht op uitkering relevante feiten en omstandigheden had verzwegen. Nu niet was voldaan aan deze eis van ‘informed consent’ was het bewijs verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelend bestuur mag worden verwacht dat het uit een oogpunt van het vereiste van een ‘fair trial’ in de zin van art 6 EVRM van het bewijs moest worden uitgesloten.²⁶⁴ Het gevolg is dat de uitkering in deze zaak niet met terugwerkende kracht kan worden ingetrokken en evenmin kan worden beëindigd naar de toekomst. Een zuiver op herstel gerichte maatregel,²⁶⁵ is dan dus niet mogelijk.²⁶⁶

260 Zie voorts Rb. 's-Gravenhage (vznr.) 16 maart 2007, RSV 2007/173.

261 CRvB 3 september 2002, RSV 2003/9 en CRvB 11 april 2007, RSV 2007/175 (*Klant in Beeld*). Zie in gelijke zin eerder CRvB 1 mei 2001, RSV 2001/144 ten aanzien van de inzage in een bankkluis.

262 O.m. CRvB 11 april 2007, RSV 2007/175 (*Klant in Beeld*) en CRvB 24 november 2009, RSV 2010/18.

263 Bijv. EHRM 10 april 2007, NJ 2007/459 (Evans) en EHRM 7 oktober 2008, NJCM-Bulletin 2009/4, p. 428 (Bogumil).

264 CRvB 11 april 2007, RSV 2007/175 (*Klant in Beeld*).

265 Naar vaste rechtspraak vormt de weigering en intrekking van bijstand geen bestraffende sanctie. Zie bijv. CRvB 24 november 2009, AB 2010/45.

266 Zie ook CRvB 22 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW7443.

De vervolgvraag is of het college van burgemeester en wethouders dan wel bevoegd is om vervolgonderzoek te doen en de resultaten daarvan te gebruiken. Moeten deze resultaten als ‘fruits of the poisonous tree’ worden aangemerkt? Aanvankelijk meende de Centrale Raad van beroep van wel. In een zaak waarin wederom in het kader van het project Klant in Beeld door twee handhavingsmedewerkers van de sociale dienst een huisbezoek werd afgelegd had de bewoonster verklaard dat zij de afgelopen acht maanden dag en nacht bezig is geweest met het opstarten van een datingsite, genaamd Tango42. Aansluitend aan het huisbezoek hebben de rapporteurs een nader onderzoek ingesteld op internet naar de activiteiten van de vrouw. Daaruit bleken dat er inderdaad diverse promotieactiviteiten onder naam Tango42 hadden plaatsgehad. De daarop volgende intrekking van de uitkering strandde omdat het bewijs verkregen tijdens het huisbezoek onrechtmatig was verkregen en het vervolgonderzoek evenzeer was besmet.²⁶⁷ Deze zeer vergaande lijn heeft de Centrale Raad nadien genuanceerd. Op 24 november 2009 deed hij twee uitspraken waaruit volgt dat onrechtmatig verkregen bewijs vanwege het ontbreken van ‘informed consent’ bij een onnodig huisbezoek weliswaar niet mocht worden gebruikt, maar dat dit onrechtmatig verkregen bewijs wel het startpunt mag zijn voor een vervolgonderzoek, waartoe art. 53a WWB het college van burgemeester en wethouders in beginsel ook verplicht.²⁶⁸ Het bewijs dat vervolgens op rechtmatige wijze wordt verzameld telt dan wel mee, zodat de bijstandsuitkering nu wel kan worden geweigerd of ingetrokken.

In drie andere uitspraken van 24 november 2009 overwoog de Centrale Raad dat de regel van ‘informed consent’ ook geldt als er juist wel vermoedens zijn dat er wordt gefraudeerd. Dan moet de belanghebbende er namelijk op worden gewezen dat het weigeren van toestemming juist wel gevolgen kan hebben voor de verlening van bijstand. Wat is het gevolg van het nalaten van die mededeling? Moet dan ook het bij het op zich rechtmatige huisbezoek verkregen bewijs worden uitgesloten? Nee, want hoewel de Raad wel meent dat het bewijs dan onrechtmatig is verkregen, mag het wel worden gebruikt. In dat geval levert het nalaten van een mededeling aan de deur namelijk niet een handelwijze op die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelend bestuur mag worden verwacht dat het bewijs moet worden uitgesloten.²⁶⁹ Het gaat in die gevallen dus om een – niet fatale – instructienorm aan de toezichthouder.

Gelet op de bewijsuitsluiting door de Centrale Raad in de zaak Klant in Beeld is per 1 januari 2013 de hiervoor geschetste ‘Een regeling in de sociale zekerheid van de rechtsgevolgen van het niet aantonen van de leefsituatie na het aanbod van een huisbezoek’ ingevoerd. Rechtspraak hieromtrent zal moeten worden afgewacht.

267 CRvB 14 april 2009 RSV 2009/196 (Tango42).

268 CRvB 24 november 2009, RSV 2010/19 en JWWB 2010/21 (Zoeklicht). Zie voorts CRvB van 9 juni 2009, USZ 2009/225.

269 CRvB 24 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK4060; AB 2010/45 en JB 2010/19. Zie in gelijke zin CRvB 16 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW6564.

Waar het gaat om mogelijk strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs wordt door de Centrale Raad minder snel tot bewijsuitsluiting overgegaan. Gelet op de voornoemde fiscale uitspraak van de Hoge Raad²⁷⁰ wordt dan al snel causaal verband tegengeworpen aan de betrokkene. Omdat de uitkeringsgerechtigde de betreffende gegevens toch uit eigen beweging aan de bijstand verlenende gemeente had moeten melden kan hij zich niet beroepen op de onrechtmatige bewijsverkrijging.²⁷¹ Deze causaliteits eis geldt – zo zagen we hiervoor – niet of toch in mindere mate²⁷² bij eigen handelen van het bestuursorgaan.²⁷³

Burgerlijk recht

In de zaak Ontruiming kraakpanden stelde de Hoge Raad voorop dat de krakers het huisrecht toekomt en dat zij uit hoofde van hun, ook door art. 12 Grondwet gewaarborgde, huisrecht aanspraak kunnen maken op bescherming van art. 8 EVRM. In dit verband bleek hiervoor dat zij zich met het oog op een 'effective remedy' voorafgaand aan de ontruiming tot een voorzieningenrechter moeten kunnen wenden. In het incidentele cassatieberoep van de krakers kwam de Hoge Raad tot de volgende inhoudelijke beoordeling over de Wet kraken en leegstand:

'Bij de belangen die de legitimiteit van de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv mede bepalen heeft de wetgever rekening gehouden met de bescherming van het recht van de eigenaar van de woning of het gebouw en het belang van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten. Aldus heeft de wetgever, binnen de grenzen van de hem toekomende 'margin of appreciation', in overeenstemming met art. 8 lid 2 EVRM kunnen oordelen dat deze ontruimingsbevoegdheid een legitiem doel dient en in een democratische samenleving noodzakelijk is.'²⁷⁴

Een ontruiming van kraakpanden zal thans dus veelal wel de rechterlijke toets kunnen doorstaan, doch niet per definitie. Zo heeft de voorzieningenrechter te Groningen geoordeeld dat een voor sloop aangemerkte woning vooralsnog niet mocht worden ontruimd. Hij overwoog daartoe in het kader van art. 8 lid 2 EVRM dat de concrete plannen voor de ontwikkeling van het pand in de ijskast waren gezet en de gestelde overlast niet was aangetoond.²⁷⁵ De waarde van een aan de ontruiming voorafgaande beoordeling in kort geding lijkt daarmee te zijn gegeven. In de woorden van annotatoren Brouwer en Schilder toont de uitspraak van Groningse voorzieningenrechter van 5 oktober 2012 waarin de vordering van de krakers is toegewezen, aan dat vertrouwen in de overheid goed is, maar controle beter.

²⁷⁰ HR 1 juli 1992, *BNB* 1992/306.

²⁷¹ Bijv. CRvB 28 november 1995, *JB* 1995/329 (huiszoeking); 30 januari 1996, *JABW* 1996/62 (telefoontap) en 3 januari 2006, *JWWB* 2006/60 (kofferbak voertuig).

²⁷² Bij informatie-uitwisseling tussen diensten zonder wettelijke basis wordt wel het causaliteitsargument tegengeworpen aan de belanghebbende. Vgl. CRvB 24 juni 2008, *RSV* 2008/244 en 7 november 2008, *RSV* 2009/14.

²⁷³ Zie voorts M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijsuitsluiting*, Deventer: Kluwer 2003, p. 289/290.

²⁷⁴ HR 28 oktober 2011, *AB* 2012/350 (Ontruiming kraakpanden).

²⁷⁵ Rb. Groningen (vznr.) 5 oktober 2012, *AB* 2012/351.

3.7. De vordering van inlichtingen en gegevens

3.7.1. Introductie: Difotrust tegen de Staat

Onderneming Difotrust houdt zich bezig met digitaal forensisch onderzoek, zij adverteert met de mogelijkheid om boetes van de NMa en de Europese Commissie te voorkomen en zij biedt diensten aan als het opruimen van niet adequate documenten, het verwijderen van oude files en het opschonen van lokale discs en servers. De NMa blijkt in de loop van een in 2012 gestart kartelonderzoek dat Difotrust voor een van de onderzochte ondernemingen – onderneming X – een mededingingsrechtelijke audit had uitgevoerd. Omdat onderneming X niet meer over alle data bleek te beschikken hebben toezicht-houders aan Difotrust gevraagd om deze gegevens. Difotrust heeft vervolgens na overleg met onderneming X haar medewerking toegezegd. De NMa ziet hierin verdere mogelijkheden en vordert van Difotrust op de voet van de art. 5:16 en 5:20 Awb een overzicht van ondernemingen waarvoor Difotrust mededingingsrechtelijke audits heeft verricht. Voorts wordt van Difotrust gevorderd dat zij alle gegevens, waaronder de administratie, met betrekking tot de door haar verrichte onderzoeken beschikbaar houdt. Omdat Difotrust dit alles veel ter ver vindt gaan weigert zij deze medewerking, waarna de NMa dreigt met een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete ter hoogte van mogelijk 1 % van de jaaromzet van Difotrust. Difotrust dagvaardt vervolgens de Staat (de NMa mist rechtspersoonlijkheid) in kort geding bij de Haagse voorzieningenrechter en vordert dat de Staat wordt geboden het inlichtingen- en inzageverzoek alsmede de bewaarplicht van de gegevens in te trekken. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter biedt art. 5:20 Awb de Staat niet de mogelijkheid bij derden willekeurig gegevens op te vragen op basis waarvan dan vervolgens beoordeeld kan worden of er toezichthoudende bevoegdheden zullen worden ingezet.²⁷⁶ In hoger beroep oordeelt het Hof Den Haag anders.²⁷⁷ Volgens het gerechtshof is gelet op de tekst van art. 5:20 lid 1 en 5:16 Awb een ieder – dus ook een derde – verplicht meewerking te verlenen aan een informatieverzoek van de toezichthouder. Het gerechtshof is verder van oordeel dat de inlichtingenvordering van de NMa niet disproportioneel is.

In deze paragraaf komen de strafvorderlijke en bestuurlijke bevoegdheden aan de orde inzake het vorderen van inlichtingen en het opvragen en kopiëren van gegevens. De aandacht gaat daarbij vooral uit naar het economisch strafrecht en economisch bestuursrecht, waaronder het toezicht door de NMa (inmiddels opgegaan in de ACM), maar ook de inlichtingenplicht in het belastingrecht en in de uitkeringssfeer komen aan de orde. Het gaat hier om het recht op privacy, maar ook zal aandacht worden besteed aan de verdedigingsrechten van de 'verdachte' en eventuele derden. Het gaat dus niet alleen om art. 8 EVRM, maar ook om uit de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM afgeleide rechten. Uit het voorbeeld hierboven komt net als in de vorige paragraaf naar voren dat met betrekking tot opsporing en toezicht een belangrijke taak is weggelegd voor de burgerlijke rechter in kort geding. De rol van de burgerlijke rechter komt hier dan ook aan de orde. Bij het wettelijk kader beperken we ons tot het straf- en bestuursrecht, want duidelijk

²⁷⁶ Rb. 's-Gravenhage (vznr.) 5 oktober 2012, JOR 2012/326.

²⁷⁷ Hof Den Haag 23 april 2013, JOR 2013/209.

zal zijn dat de vordering bij de civiele rechter zal zien op een actie uit onrechtmatige overheidsdaad (art. 6:162 BW).

3.7.2. *Het wettelijk kader*

Strafrecht

Ingevolge art. 27 lid 1 Sv wordt als verdachte voordat de vervolging is aangevangen, aangemerkt degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit. De opsporingsambtenaar komt hier gelet op de term 'redelijk vermoeden' beoordelingsruimte toe.²⁷⁸ In art. 29 Sv is het zwijgrecht van de verdachte en de cautieplicht neergelegd. Hoewel ook buiten het politiebureau vragen kunnen worden gesteld aan een verdachte, zodat ook dan reeds sprake is van een verhoorsituatie en een cautieplicht,²⁷⁹ zal het verhoor gewoonlijk plaats hebben op een daarvoor bestemde plaats. De inverzekeringstelling (art. 57 Sv) van de verdachte zal veelal plaats hebben om hem te kunnen verhoren. Uit de eerste twee leden van art. 67 Sv kan worden afgeleid dat de verdachte zich bij het verhoor dat voorafgaat aan de beslissing tot inverzekeringstelling kan laten bijstaan door een raadsman. Kan hier uit worden afgeleid dat de verdachte recht heeft op rechtsbijstand gedurende de politieverhoren? Hoewel uit de wettekst een bevestigend antwoord lijkt te volgen is het antwoord vanouds in de praktijk ontkennend. Die praktijk is echter in beweging, mede, maar niet alleen onder invloed van jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.²⁸⁰ Het vragen naar de personalia van de verdachte wordt niet als verhoor aangemerkt.²⁸¹ Voor die uitzondering is ook reden: art. 52 Sv bepaalt immers dat iedere opsporings- ambtenaar bevoegd is de verdachte naar zijn naam, voornamen, geboortedatum, geboorteplaats, adres waarop hij als ingezetene in de basisadministratie persoonsgegevens staat ingeschreven en woon- of verblijfplaats te vragen en hem daartoe staande te houden. De staandehouding kan aldus worden gezien als een aparte naast het verhoor staande handeling. Ook het EHRM bleek geen bezwaar te hebben tegen een spreekplicht waar het gaat om het desgevraagd opgeven van de personalia. Dit kan zowel een gewone controle betreffen als de situatie dat de betrokkene verdachte is.²⁸²

Bestuurlijk toezicht en opsporing lopen vaak door elkaar. Dit speelt vooral als een functionaris zowel toezichthouder is als bijzonder opsporingsambtenaar. In dit

278 E. van Sliedregt, 'Het verdenkingsbegrip', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos en M.A.H. der Woude, *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu 2006, p. 7.

279 HR 2 oktober 1979, NJ 1980/243.

280 EHRM 27 november 2008, AB 2010/82 (Salduz) en EHRM 11 december 2008, NJ 2009/215 (Panovits). Zie voorts HR 30 juni 2009, NJ 2009/349; NJ 2009/350 en NJ 2009/351. Voor het wijzen van die uitspraken waren al op 1 juli 2008 experimenten opgestart in enkele politieregio's ter zake van rechtsbijstand tijdens politieverhoren. Op 15 februari 2010 heeft het college van procureurs-generaal per 1 april 2010 de Aanwijzing rechtsbijstand politieverhoor (*Stcrt.* 2010, 4003) gegeven.

281 HR 18 september 1989, NJ 1990/531.

282 EHRM 25 september 2003, EHRC 2003/88 (Vasileva).

verband wijzen wij er op dat de opsporingsbevoegdheden in de WED grote gelijkenis vertonen met de toezichtsbepalingen in de Awb en dat voor de gebruikmaking van de art. 18-24a WED niet een harde verdenking nodig is, maar aanwijzingen dat de wetgeving niet is nageleefd voldoende zijn.²⁸³ Het onderscheid tussen de aanwending van opsporingsbevoegdheden uit de WED en het verrichten van toezicht is derhalve dun en kunnen naast elkaar worden aangewend.²⁸⁴ Waar de opsporingsambtenaar zijn vordering tot stilhouden of medewerking baseert op de WED is wel steeds van belang dat de vordering geschiedt 'in het belang van de opsporing'.

Bij de opsporing wordt veelal gebruik gemaakt van dwangmiddelen. Denk aan het staande houden (art. 52 Sv) en aanhouden (art. 53 Sv) van de verdachte. Zo nodig kunnen opsporingsambtenaren met last van de officier van justitie een woning binnentreden om de verdachte aan te houden (art. 55a Sv) of die te doorzoeken (art. 97 Sv). Zij kunnen ook voorwerpen in beslag nemen (art. 95 Sv). Op grond van een bevel van de officier van justitie kunnen opsporingsambtenaren verder diverse bevoegdheden aanwenden met het oog op de opsporing van delicten dan wel het beramen daarvan. Denk aan het stelselmatig volgen van personen (art. 126o Sv), infiltratie (art. 126p Sv) pseudokoop (art. 126q Sv) en telefoontap (art. 126t Sv). Enige aandacht behoeft het undercover door een politieambtenaar stelselmatig inwinnen van informatie over de verdachte (art. 126j Sv), omdat hier het spanningsveld tussen waarheidsvinding en verklaringsvrijheid pregnant naar voren komt. Art. 126j Sv geeft een wettelijke basis voor het insluiten van een undercover politiefunctionaris bij een gedetineerde teneinde hem uit te horen, zo leidt de Hoge Raad af uit de wetsgeschiedenis van die bepaling en de titel waarin zij is opgenomen.²⁸⁵ Hier ligt natuurlijk een frictie met het hiervoor genoemde art. 29 Sv.

In bijzondere bestuurswetten, die (ook) strafrechtelijk kunnen worden gehandhaafd, is in een aantal gevallen voorzien in de verplichting een administratie te voeren en die op vordering ter inzage te geven. Een voorbeeld vormt art. 14 lid 1 Meststoffenwet, waarin is bepaald dat degene die dierlijke meststoffen produceert of verhandelt steeds kan verantwoorden dat de op het eigen bedrijf geproduceerde of aangevoerde dierlijke meststoffen of de op de eigen onderneming aangevoerde dierlijke meststoffen zijn afgevoerd. Dit gebod kan worden gehandhaafd met een bestuurlijke boete, maar ook strafrechtelijk via de WED.

Verder wijzen wij er hier ten slotte nog op dat derden – in de hoedanigheid van getuigen – kunnen worden geconfronteerd met vragen door opsporingsambtenaren, de rechter-commissaris of de rechtbank. In de art. 217-19a Sv zijn de mogelijkheden tot het zich verschonen opgenomen. We noemen hier slechts het verschoningsrecht van hen die uit hoofde van hun stand, ambt of beroep tot geheimhouding verplicht

283 Vgl. HR 9 maart 1993, NJ 1993/633 en HR 25 juni 2013, NJ 2014/10.

284 HR 21 november 2006, NJ 2006/653 en Rb. Rotterdam 26 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL9871. Laatstgenoemde uitspraak is bevestigd met CBB 11 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX8156. Zie voorts A. Mulder en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 102-103.

285 HR 28 maart 2006, NJ 2007/38.

zijn, dit voor zover de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd (art. 218 Sv). Dit omvat ook het zogenoemde 'legal privilege'.²⁸⁶

Bestuursrecht

Toezicht op de naleving van bestuurswetten kan op verschillende manieren plaats hebben. Wij laten hier de uitwisseling van gegevens tussen toezichthouders en (opsporings)diensten rusten²⁸⁷ en richten ons op de relatie tussen de toezichthouder en de onder toezichtstaande (en eventuele derden). Medewerkers van het bestuursorgaan die zijn belast met toezicht (art. 5:11 Awb²⁸⁸) kunnen aan elke natuurlijke of rechtspersoon een verzoek doen tot het geven van inlichtingen (art. 5:16 Awb).²⁸⁹ Ook kunnen deze met toezicht belaste personen inzage vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden en kunnen zij daartoe kopieën maken (art. 5:17 Awb). Tevens kunnen zij overgaan tot monsterneming (art. 5:18 Awb).²⁹⁰ Ingevolge art. 5:15 Awb kunnen deze personen ook elke plaats betreden, met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. De personen belast met toezicht zijn echter wel verplicht bij de inzet van deze toezichtsbevoegdheden de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht te nemen (art. 5:13 Awb). Art. 5:20 lid 1 Awb plaatst tegenover de bevoegdheden van de toezichthouders een medewerkingsplicht van de betrokkene.

In bijzondere wetten zijn varianten, beperkingen of juist uitbreidingen van deze algemene bepalingen inzake toezicht en zwijgrecht neergelegd. Waar toezicht zich volgens de mededingingswetgever laat omschrijven als controle op de naleving van de Mw en de daarop berustende bepalingen, zonder dat sprake hoeft te zijn van concrete naspeuringen of al dan niet een overtreding is begaan,²⁹¹ wordt ingevolge art. 1, onderdeel k, Mw onder onderzoek verstaan: handelingen die worden verricht met het oog op de vaststelling dat al dan niet een overtreding is begaan. De toezichthouders van de ACM zijn tevens belast met het onderzoek (art. 52 Mw). De Wmg kent administratieverplichtingen en een verbijzondering van art. 5:20 Awb. Hoewel uit art. 64 Wmg volgt dat de meeste toezichtbepalingen uit de Awb van toepassing zijn, geldt dit onder meer niet voor art. 5:20 Awb. In de art. 61 en 66 Wmg is voorzien in een specifieke verplichting om inlichtingen en stukken te verstrekken aan de Nederlandse Zorgautoriteit en aan de FIOD – ECD, dit laatste met het oog op de uitvoering van de WED. In de sociale zekerheid geldt een

²⁸⁶ Dit verschoningsrecht is beperkt tot hetgeen aan de advocaat uit hoofde van zijn beroep 'als zodanig is toevertrouwd'. Zie HR 12 oktober 2010, NJ 2011/537 (Holleeder).

²⁸⁷ Zie daarover M.J.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie. Over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU-verband*, WLP 2007.

²⁸⁸ Zonder aanwijzing van toezichthouders gelden de toezichtsbevoegdheden niet. Zie CBb 21 juli 2008, AB 2008/288.

²⁸⁹ In Rb. Rotterdam 21 februari 2013, RF 2013/44 werd geoordeeld dat art. 5:16 Awb geen beperkingen bevat in de wijze waarop inlichtingen worden gevorderd, zodat het ook mogelijk is om zakelijke gegevens en bescheiden op te vragen.

²⁹⁰ Een mooi voorbeeld van toepassing van deze bevoegdheid vormt CBb 28 januari 2010, AB 2010/125. Hier lag de vraag voor of de Voedsel en Waren Autoriteit de waren tussen monsterneming en het onderzoek gekoeld had vervoerd en bewaard.

²⁹¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 81.

inlichtingenplicht van de betrokkene jegens het bestuurorgaan, dat kan bepalen welke bewijsstukken moeten worden overgelegd (bijv. art. 17 lid 1 en art. 53a lid 1 WWB). In het fiscale recht is voorzien in een veelvoud aan bepalingen omtrent informatie- en gegevensverstrekking en administratieve verplichtingen. Wij verwijzen hier naar art. 47, 49, 51 en 52 AWR.

De hiervoor besproken toezichtsbepalingen richten zich in veel gevallen tot eenieder. Ligt daarin helemaal geen begrenzing? Jawel, want het evenredigheidsbeginsel dat is neergelegd in art. 5:13 Awb begrenst de kring van personen jegens wie de toezichtbevoegdheden kunnen worden ingezet. Het ligt aldus in de rede dat een inlichtingenvordering in het financieel toezicht zich richt tot een onderneming die is betrokken bij activiteiten waarop de financiële wetgeving ziet.²⁹² Het verzoek om inlichtingen kan dan ook worden gericht aan ondernemingen waarvan wordt vermoed dat zij illegaal actief zijn op de financiële markten.²⁹³ Eenieder wordt in het kader van art. 61 Wmg ruim uitgelegd. Het kan dus gaan om een derde die gegevens onder zich heeft waaruit mogelijk een overtreding door een ander blijkt.²⁹⁴ Ook in het kader van art. 5:16 Awb kan de ACM volgens de burgerlijke rechter in beginsel bij derden inlichtingen vorderen over ondernemingen die mogelijk bij een kartel zijn betrokken.²⁹⁵ De mogelijkheid van verschoning is neergelegd in verschillende wetten. Art. 5:20 lid 2 Awb voorziet in algemene zin in een verschoningsrecht. Art. 53a AWR voorziet in een beperkt verschoningsrecht. Wij wijzen hier verder op het in art. 51 Mw vervatte 'legal privilege'. Deze verbijzondering van 'legal privilege' komt men niet tegen in andere bestuurswetgeving zoals de Wft,²⁹⁶ maar weer wel in art. 2.4 lid 2 Wet handhaving consumentenbescherming. Ook het wetsvoorstel tot wijziging van de Instellingswet ACM kent het 'legal privilege' ter zake van het toezicht door de ACM (art. 12g Instellingswet ACM).

In art. 5:10a Awb is het zwijgrecht en de cautieplicht neergelegd. In het bestuursrecht is er in beginsel geen onderscheid tussen de aanwending van bevoegdheden voor en na verdenking, zoals in het strafrecht. De onderzoeksbevoegdheden hebben steeds plaats in het kader van hoofdstuk 5 Awb, tenzij anders is bepaald.²⁹⁷ In het mededingingsrecht is voorzien in een ruimer zwijgrecht dan in de Awb. Art. 53 lid 1 Mw koppelt het zwijgrecht en de cautieplicht niet alleen reeds aan een verdenking in plaats van aan vragen gericht op boeteoplegging, maar voorziet ook in een ruimere kring van personen aan wie het zwijgrecht toekomt. Dit verandert met het wetsvoorstel tot wijziging van de Instellingswet ACM. Dit wetsvoorstel voorziet

292 Vgl. *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 3, p. 141 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 45. Zie voorts G.P. Roth, 'De toezichtsbevoegdheden van de AFM en DNB. Op zoek naar de grenzen van het schier teugelloze', *Ondernemingsrecht* 2009/115, p. 496-497.

293 Rb. Rotterdam 13 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AU9926 (SGWN).

294 CbB (vznr.) 7 januari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP0669.

295 Hof Den Haag 23 april 2013, *JOR* 2013/209.

296 Wel heeft de AFM wel een beleidsregel vastgesteld waarbij rekening wordt gehouden met 'legal privileges'. Zie de Werkwijze Autoriteit Financiële markten met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens (*Stcrt.* 2006, 140). Zie daarover voorts Rb. Rotterdam (vznr.) 20 april 2010, *RF* 2010/65.

297 Zie ABRvS 28 januari 2009, *JB* 2009/76.

erin dat de oude regeling van art. 53 Mw komt te vervallen en dat art. 5:10a Awb ook voor het mededingingsrecht van toepassing wordt. Art. 12i Instellingswet ACM voorziet er in dat art. 5:10a Awb van overeenkomstige toepassing is op kortgezegd werknemers van de 'marktorganisatie' in kwestie. Dit is een achteruitgang ten opzichte van het huidige art. 53 Mw. Laatstgenoemde bepaling ziet namelijk ook op voormalige werknemers²⁹⁸ en voorts gaat het daarin voorziene zwijgrecht eerder in dan dat van art. 5:10a Awb.²⁹⁹

3.7.3. De toegang tot de rechter en de schorsende werking van rechtsmiddelen

Strafrecht

Ten tijde van het politieverhoor is er nog geen rechter aan te pas gekomen. Zodra de rechter-commissaris is ingeschakeld en hij overgaat tot het verhoor van de verdachte is sprake van rechtstreekse rechtsbescherming door de rechter. Met betrekking tot onrechtmatig verkregen bewijs is het op zich mogelijk om daarover te klagen in het kader van de beklagprocedure die is gericht op het voorkomen van (verdere) vervolging. De Hoge Raad heeft de mogelijkheden daartoe recentelijk beperkt, zoals in paragraaf 3.6 werd opgemerkt.³⁰⁰ Indien de verdachte meent dat zijn rechten voordien zijn veronachtzaamd, kan hij zich hierop beroepen in het kader van de aanvraag van de ontvankelijkheid van het OM (art. 348 Sv) of bij de eerste hoofdvraag, die inzake de bewijslevering (art. 350 Sv). Met betrekking tot de redelijke termijn wijzen wij op de rechtspraak daarover die in de voorgaande paragrafen al uitvoerig aan bod is gekomen.

Het opzettelijk niet verlenen van medewerking aan een vordering tot medewerking in de zin van art. 24a WED levert gelet op art. 26 WED een economisch delict op. Ingeval van vervolging ligt dan bij de economische kamer van de rechtbank de vraag voor of sprake was van een rechtmatige vordering tot medewerking.

Bestuursrecht

Naar vaste rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven levert een vordering tot het verstrekken van inlichtingen geen besluit op, maar volgt die verplichting uit de wet zelf.³⁰¹ In dit verband is niet zonder belang dat de evenredigheidsnorm van art. 5:13 Awb juist in het leven is geroepen om feitelijk toezichtshandelen te normeren, want de evenredigheidsnorm van art. 3:4 lid 2 Awb ziet uitsluitend op besluiten.

298 Zie CbB 21 december 2012, AB 2013/49. De in het wetsvoorstel neergelegde analoge toepassing van art. 5:10a Awb suggereert bovendien dat buiten de zaken waarin de ACM als toezichthouder optreedt voor werknemers van en onder verdenking staande rechtspersoon geen zwijgrecht geldt. Zie voor kritische kanttekeningen D.R. Doorenbos, 'het zwijgrecht van de rechtspersoon', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance* 2013/5-6, p. 175-181.

299 De regering lijkt een en ander in de MvT (*Kamerstukken II* 2012/13, nr. 3, p. 10-11) te miskennen.

300 HR 12 februari 2013, *NbSr* 2013/122. Zie voorts C.W. Noorduyn en Th.J. Kelder, 'Klagen over nemo tenetur? Niet langer bij de beklagrechter!', *NJB* 2013/608, p. 751-752.

301 CbB 21 juli 1998, AB 1998/437; CbB 2 maart 1999, AB 1999/168 en CbB 11 februari 2010, AB 2010/243. In gelijke zin Rb. Rotterdam (vznr.) 10 januari 2008, *JOR* 2008/51; Rb. Rotterdam 4 november 2011, *RF* 2011/84 en Rb. Rotterdam (vznr.) 4 maart 2013, *JOR* 2013/142.

Art. 52a AWR kent thans de zogenoemde informatiebeschikking. De belastinginspector kan, indien met betrekking tot een op te leggen aanslag, navorderingsaanslag of naheffingsaanslag of een te nemen beschikking niet of niet volledig wordt voldaan aan een informatieverplichting, dit vaststellen bij voor bezwaar vatbare beschikking. Tegen een dergelijke informatiebeschikking staat bezwaar open conform de algemene regels van de Awb. Indien de informatiebeschikking niet of zonder succes wordt aangevochten, wordt die onherroepelijk. Het niet voldoen aan die onherroepelijke beschikking zal omkering van de bewijslast tot gevolg hebben (art. 27e AWR) voor wat betreft de gewone naheffing,³⁰² niet voor de bestuurlijke boete.³⁰³ Wellicht kan in die omkeringsregel een grond worden gevonden om hier de figuur van de informatiebeschikking te introduceren.

Daarbuiten is men afhankelijk van de burgerlijke rechter of men moet het laten aankomen op een last onder dwangsom, bestuurlijke boete wegens het niet nakomen van art. 5:20 Awb of een vervolging wegens het niet opvolgen van een ambtelijk bevel (art. 184 Sr) op.³⁰⁴ In het financieel toezicht wordt soms ook uitdrukkelijk aan de AFM verzocht op grond van art. 1:79 Wft een last op te leggen indien de toezichthouder persisteert in zijn informatievordering. De betrokkene of de betrokken onderneming kan dan een verzoek om voorlopige voorziening bij de Rotterdamse bestuursrechter indienen teneinde te laten toetsen of de toezichthouder binnen zijn bevoegdheden is gebleven. Ook buiten het financieel toezicht komt de last onder dwangsom voor in verband met niet-nakoming van art. 5:20 Awb.³⁰⁵ Het komt ons voor – en zo kwam ook uit de workshops naar voren – dat het wenselijk zou zijn als de wetgever bestuursrechtbreed zou voorzien in een informatiebeschikking op aanvraag. Dit zou kunnen in de vorm van een aanwijzing (zie bijvoorbeeld art. 66 Wmg), waartegen een voorlopige voorziening openstaat. De onder toezichtstaande (rechts)persoon kan zich dan tot de bestuursrechter wenden voor een voorlopig rechtmatigheidsoordeel voordat het tot een daadwerkelijk sanctie komt. Ook die oplossing zal overigens geen panacee zijn voor alle mogelijke problemen die het toezicht in een zogenoemde gesloten context met zich brengt. Veelgehoord is in dit verband dat onder toezicht van de AFM staande financiële ondernemingen zullen voldoen aan in beginsel elke informatievordering, dit teneinde de duurzame relatie met de toezichthouder goed te houden.

Uiteraard kan een persoon of onderneming ook – onder protest – voldoen aan de informatievordering en zich bij een besluit dat is gestoeld op aldus verkregen informatie beroepen op bewijsuitsluiting vanwege de onrechtmatige verkrijging ervan. We zagen dit ook in de bijstandszaken die betrekking hadden op de medewerkingsplicht bij een huisbezoek. Het is zelfs mogelijk dat de beboete (rechts)persoon zich er op beroept dat het bestuursorgaan dermate onzorgvuldig heeft gehandeld dat het de bevoegdheid tot het opleggen van een sanctie heeft

302 Zie daarover M.H.H. Rutten, 'Betere rechtsbescherming tegen controlehandelingen fiscus', *Fiscaal Praktijkblad* 2011/15, p. 5-7.

303 Zie voor dit laatste HR 6 juni 2008, *BNB* 2009/47 en HR 15 april 2011, *JB* 2011/129.

304 Bijv. Rb. Alkmaar 20 juni 2011, *RF* 2011/80 en Rb. Rotterdam (vznr.) 4 maart 2013, *JOR* 2013/142.

305 Bijv. CBb (vznr.) 25 oktober 2011, *JB* 2011/283.

verspeeld.³⁰⁶ Met betrekking tot de redelijke termijn voor het afdoen van de hoofdzaak wijzen wij op de rechtspraak daarover die in de voorgaande paragrafen al uitvoerig aan de orde is gekomen.

Burgerlijk recht

HBG Civiel BV (HBG) heeft naar aanleiding van een bedrijfsbezoek op 19 en op 20 maart 2003 door ambtenaren van de NMa de Staat gedagvaard in kort geding voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag. Primair vordert HBG alle bij gelegenheid van het bedrijfsbezoek ten kantore van HBG gemaakte kopieën van gegevensbestanden en bescheiden in de originele versie aan haar te retourneren en daarvan ook geen verdere kopieën, in welke vorm dan ook, achter te houden en zich te onthouden van ieder gebruik van de informatie die op die bestanden en in die bescheiden is aangetroffen. In deze zaak overwoog de kortgedingrechter dat zij bevoegd was kennis te nemen van de vordering, want HBG had aan haar vordering de stelling ten grondslag gelegd dat de NMa tijdens het bij HBG verrichte onderzoek onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. Voorts was HBG in haar vordering ontvankelijk, want zij richtte zich immers niet tegen een handelwijze van de Staat (meer in het bijzonder de NMa) waartegen (op dat moment) een andere, met voldoende waarborgen omklede, rechtsgang openstond.³⁰⁷ Ook in de zaak van Difotrust in de casus bij de introductie verklaarde de burgerlijke rechter zich bevoegd nu onrechtmatig handelen van de Staat aan de vordering ten grondslag was gelegd.³⁰⁸

Het is ook mogelijk dat juist op initiatief van de overheid de burgerlijke rechter zich buigt over een verzoek om informatie. Zo kan de Staat een vordering instellen tot nakoming van art. 47 AWR op straffe van verbeurte van een dwangsom.³⁰⁹

3.7.4. Omvang en intensiteit van de toetsing door de rechter

Strafrecht

De rechter die verdachte hoort zal zelf net als de opsporings- en vervolginstantie ook art. 29 Sv in acht moeten nemen. Aan het verhoor gaat derhalve de cautie vooraf. De verklaringsvrijheid van de verdachte staat derhalve voorop. Verklaringen die zijn afgelegd zonder dat de cautie is gegeven of die zijn gegeven voordat de aangehouden verdachte heeft kunnen overleggen met zijn raadsman worden vanwege de ernst van deze vormverzuimen uitgesloten van het bewijs (art. 359a Sv).³¹⁰ We zagen hiervoor echter ook dat art. 126j Sv volgens de Hoge Raad een wettelijke basis biedt voor het insluiten van een undercover politiefunctionaris bij een gedetineerde teneinde hem uit te horen. Deze bepaling biedt volgens de Hoge Raad aldus een

³⁰⁶ Vgl. ABRvS 2 juli 2008, *JV* 2008/311 (fair play) en CBb 9 februari 2006, *JB* 2006/101 (vooringenomenheid).

³⁰⁷ Rb. 's-Gravenhage (vznr.) 9 april 2003, *AB* 2003/199.

³⁰⁸ Rb. 's-Gravenhage (vznr.) 5 oktober 2012, *JOR* 2012/326 en Hof Den Haag 23 april 2013, *JOR* 2013/209. Zie met betrekking tot een fiscaal derdenonderzoek ook HR 27 april 2012, *RF* 2012/69.

³⁰⁹ HR 18 september 2009, *NJ* 2009/566; HR 4 juni 2010, *BNB* 2010/322 en HR 12 juli 2013, *AB* 2013/343.

³¹⁰ HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349; HR 6 juli 2010, *NJ* 2010/423 en HR 22 mei 2012, *RvdW* 2012/806.

duidelijke en voorzienbare wettelijke grondslag voor verregaande inbreuken op de privacy (art. 8 EVRM). Wel kan, zoals gezegd, een spanningsveld ontstaan met de verklaringsvrijheid. De waarborgen die gelden bij een formeel politieverhoor, zoals het geven van de cautie, ontbreken hier immers. De Hoge Raad verricht hier eerst een proportionaliteits- en subsidiariteitstoets: het moet gaan om een zeer ernstig feit en er moet ten eerste geen andere mogelijkheid zijn om de benodigde informatie verkrijgen. Vervolgens zijn de proceshouding van de verdachte, de aard van en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten en de druk die hij heeft uitgevoerd op de verdachte van belang voor de vervolgvraag of de informatie in strijd met de art. 29 lid 1 Sv en art. 6 lid 1 EVRM is verkregen. De Hoge Raad wijst in dit verband op de zaak Allan.³¹¹ De Hoge Raad acht het vervolgens voor de vraag – die hij bevestigend beantwoordt – of het gerechtshof de verklaring van de verdachte tegenover de informant dat hij zijn vrouw had doodgeslagen als bewijs mocht gebruiken met name van belang dat de informant de verdachte geen woorden in de mond had gelegd, de verdachte aan andere medegedetineerden ook al een en ander had verklaard, dat van de vrouw in kwestie niets meer was vernomen en dat er DNA-sporen van de vrouw waren gevonden in het door de verdachte gehuurde busje.³¹²

Hoe kijkt de strafrechter aan tegen wettelijke vastleggings- en administratieplichten die zelf incriminerend kunnen zijn? Het gaat hier om niet om de verklaringsvrijheid, doch om bewijs dat daar los van bestaat of kan worden verkregen, maar voor administratieverplichtingen geldt wel dat het vervaardigen ervan reeds incriminerend kan zijn. In een strafzaak waarin voor het bewijs gebruik werd gemaakt van door de verdachte zelf verzamelde gegevens in een bedrijfsafvalwaterrapportage (BAWR) overwoog de Hoge Raad:

‘Blijkens zijn hiervoor onder 6.3 weergegeven overwegingen heeft het Hof vastgesteld dat de BAWR-gegevens door de verdachte zijn verzameld en verstrekt toen jegens haar nog geen sprake was van een verdenking of van een ‘criminal charge’ in de zin van art. 6 EVRM. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. De omstandigheid dat de verdachte de BAWR-gegevens zelf heeft verzameld en verstrekt, doet daaraan niet af. De desbetreffende vergunningsvoorschriften, die daartoe verplichten, zijn gesteld met het oog op het uit te oefenen toezicht op de naleving van de WVO en de krachtens die wet gegeven vergunningsvoorschriften. De belangen die genoemde wet beoogt te beschermen, rechtvaardigen dat toezicht en de wijze waarop het wordt uitgeoefend, alsmede het gebruik van aldus verkregen gegevens bij de vaststelling van een inbreuk daarop. Art. 6 EVRM verzet zich daartegen niet. Ook het gebruik van die BAWR-gegevens als bewijsmateriaal in de strafzaak van de verdachte is niet in strijd met het in art. 6, eerste lid, EVRM besloten liggende recht van de verdachte om niet aan zijn eigen veroordeling te behoeven meewerken. Deze gegevens vallen immers buiten het bereik van het recht dat een verdachte kan ontnemen aan art. 29 Sv en art. 6 EVRM om te weigeren informatie en opheldering aan de overheid te verschaffen die in een strafzaak tot bewijs tegen hem kunnen dienen (Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 17 december 1996, no 43/1994/490/572, NJ 1997, 699, rov. 68 en 69).’³¹³

311 EHRM 5 november 2002, NJ 2004/262 (Allan).

312 HR 28 maart 2006, NJ 2007/38.

313 HR 19 september 2006, NJ 2007/39. Vgl. HR 2 juni 1999, NJ 1999/648 en HR 21 december 2010, NJ 2011/425.

Bestuursrecht

Indien het gaat om een boetezaak zal de bestuursrechter gelet op art. 8:28a Awb aan het begin van de zitting een cautie moeten geven aan de beboete persoon. De zitting bij de bestuursrechter vindt aan het einde van het boetetraject plaats, zodat van belang is wat daar aan vooraf is gegaan. We staan hier daarom iets uitgebreider stil bij het zwijgrecht en de cautie en de rechtspraak daarover. Art. 5:10a Awb voorziet er in dat het zwijgrecht pas ingaat zodra een persoon wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie en dat voorafgaand aan dat verhoor de cautie moet worden gegeven. Bij de wetsgeschiedenis van die bepaling werd wel onderkend dat het zwijgrecht ook kan zien op schriftelijke verklaringen, maar de regering meende dat daaruit echter niet zonder meer volgt dat dit ook voor de cautieplicht geldt.³¹⁴ De Centrale Raad van Beroep bleek daar op grond van eerdere wetgeving net zo over te denken,³¹⁵ maar het College van Beroep voor het bedrijfsleven volgde in het voetspoor van Unierechtspraak terecht een ander spoor. Volgens het College kan gelet op de informatieplicht op de betrokken rechtspersoon een dermate grote druk uitgaan om schriftelijk een verklaring af te leggen dat die zich bevindt in een situatie die materieel kon worden gelijkgesteld aan een verhoor, gericht op het mondeling verkrijgen van informatie, zodat een cautie gegeven moet worden.³¹⁶ Geconstateerd moet worden dat het uit verdragsrechtelijk perspectief – vooral de rechtspraak rond art 6 lid 2 EVRM³¹⁷ – minst genomen problematisch is hoe het startmoment van het zwijgrecht en de cautie zich verhoudt tot de inlichtingenplicht in de zin van art. 5:16 en 5:20 Awb en vergelijkbare bepalingen in bijzondere wetten.

Er zijn thans twee lijnen in de bestuurspraktijk en de bestuursrechtspraak te onderkennen die blijk geven deze problematiek te onderkennen. De ene lijn is dat heel vroeg een cautie moet worden gegeven, zodat al hetgeen nadien is verklaard voor een boetetraject kan worden gebruikt. Het risico daarvan is dat het niet op bestraffing gerichte handhavingstoezicht kan worden doorkruist. De andere lijn, die tegemoet komt aan dit bezwaar, is dat het zwijgrecht vrij laat ingaat, maar dat hetgeen in het kader van de informatieplicht is afgedwongen door het bestuur niet kan worden gebruikt in het boetetraject. Deze tweede lijn zien we in het fiscale recht.³¹⁸ Indien de belastingplichtige zich op zijn zwijgrecht beroept levert dat voor

³¹⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 4, p. 19-20.

³¹⁵ CRvB 14 februari 2001, RSV 2001/109.

³¹⁶ CBb 2 februari 2010, AB 2010/317 (Tele2). Zie ook GvEA 20 februari 2001, T-112/98 (Mannesmannröhren-Werke).

³¹⁷ Zie ter zake de verklaringsvrijheid o.m. EHRM 17 december 1996, *JB* 1997/80 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk) en EHRM 21 april 2009, no. 19235/03 (Martinnen). Zie voor de cautieplicht EHRM 18 februari 2010, no. 39660/02 (Zaichenko).

³¹⁸ O.m. HR 27 juni 2001, *BNB* 2002/27 en HR 15 april 2011, *JB* 2011/129. Zie voorts de civiele zaak HR 12 juli 2013, AB 2013/343.

hem een nadelige omkering van de bewijslast op voor de gewone naheffing, maar niet voor de boete.³¹⁹

Ook de Centrale Raad van Beroep maakt onderscheid tussen het gebruik van verklaringen voor het rechtmatigheidsonderzoek en het boetetraject. In een tweetal zaken werd ten aanzien van een en hetzelfde verhoor geoordeeld dat enerzijds (in het kader van het rechtmatigheidsonderzoek) vooraf geen cautie hoefde te worden gegeven en anderzijds toch wel (want de betrokkene kon toen al vermoeden dat hem een boete boven het hoofd hing).³²⁰ In twee andere vergelijkbare zaken oordeelde de Centrale Raad dat de betrokkene zich terecht heeft gekeerd tegen het gebruik van de door hem afgelegde verklaring waar het de vaststelling en de toetsing van de opgelegde boete betreft, omdat die verklaring onder druk is afgelegd en niet onafhankelijk van de wil van betrokkene is verkregen.³²¹ Hierbij wijst de Centrale Raad met name op de arresten J.B. en Chambaz.³²² In alle vier de gevallen kon de eerste verklaring wel worden gebruikt voor de herziening en terugvordering van de uitkering, doch niet voor de boeteoplegging. Voor zover in een tweede verhoor na een cautie een belastende verklaring werd afgelegd of voor zover er bijkomend bewijs was kon wel een bestuurlijke boete worden opgelegd.

Beide lijnen zijn verdragsconform, maar het zou met het oog op de rechtszekerheid wenselijk zijn als de wetgever een uitdrukkelijke keuze voor het ene of het andere systeem zou maken. Uit een oogpunt van handhaafbaarheid lijkt daarbij het tweede stelsel, dat van de 'Chinese walls' uit een oogpunt van handhaafbaarheid de beste kaarten te hebben.³²³ Opgemerkt moet worden dat het Nederlandse mededingingsrecht, dat valt onder het eerste stelsel, een ietwat aparte positie inneemt, omdat het is gericht op het Europese mededingingsrecht. Om die reden voorziet art. 53 Mw in afwijking van art. 5:10a Awb in een zwijgrecht en cautieplicht zodra een vermoeden van overtreding bestaat.³²⁴ Die aparte status is ook in de nationale context goed te beargumenteren. In het mededingingsrecht is geen sprake van een zogenoemde open context. Er geldt immers geen vergunningsstelsel of een anderszins duurzame relatie met de toezichthouder. De onderzoeken van de ACM zijn dan ook vrijwel altijd gericht op het al dan niet opleggen van een bestuurlijke boete. Zoals hiervoor is aangegeven voorziet het wetsvoorstel tot wijziging van de Instellingswet ACM in een wijziging op dit punt, omdat de oude regeling vervalt en aangeknoopt wordt bij art. 5:10a Awb. Een verdragsconforme toepassing lijkt er toe te nopen dat de rechter vasthoudt aan de koppeling tussen zwijgrecht en een vermoeden van overtreding,

319 HR 6 juni 2008, *BNB* 2009/47. De Hoge Raad overwoog hier onder aanhaling van zijn arrest van 27 juni 2001, *BNB* 2002/27, dat in het kader van de vaststelling en toetsing van een boete geen nadelig gevolg mag worden verbonden aan de weigering door de belanghebbende om een van hem gevorderde verklaring af te leggen, hoezeer ook hij krachtens art. 47 AWR tot het afleggen van zodanige verklaring kon worden verplicht. Zie voorts HR 15 april 2011, *JB* 2011/129.

320 CRvB 16 november 2011, *AB* 2012/39 en CRvB 20 november 2013, *AB* 2014/126.

321 CRvB 21 november 2012, *AB* 2013/27 en CRvB 3 april 2013, *JB* 2013/118.

322 EHRM 3 mei 2001, *AB* 2002/343 (J.B.) en EHRM 5 april 2012, *AB* 2012/323 (Chambaz).

323 Zie ook R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 616-627.

324 Vgl. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 84-85.

omdat de inzet van onderzoeksbevoegdheden in het publiekrechtelijke mededingingsrecht vrijwel altijd uitsluitend is gericht op bestraffing.

Hoe kijkt de bestuursrechter aan tegen wettelijke vastleggings- en administratieplichten die zelf incriminerend kunnen zijn? Het gaat hier om niet om de verklaaringsvrijheid, doch om bewijs dat daar los van bestaat of kan worden verkregen, maar voor administratieverplichtingen geldt wel dat het vervaardigen ervan reeds incriminerend kan zijn. In een KB-Lux-zaak werd in de boetezaak het gebruik van onder dwang van de belanghebbende verkregen bankafschriften toelaatbaar geacht. De Hoge Raad nam hier als uitgangspunt dat de bankafschriften los van de wil van belanghebbende bestonden, dat de inspecteur het bestaan ervan mocht aannemen (vanwege de eerder verkregen microfiches), dat de bankafschriften niet van rechtstreeks belang waren voor de vraag of belanghebbende het beboetbare feit had begaan en dat de actieve participatie die van de belanghebbende werd verlangd beperkt was.³²⁵ In het voetspoor van de beoordeling door de economische strafrechter³²⁶ overwoog het College van Beroep voor het bedrijfsleven in een meststof-fenzaak dat het aan betrokkenen was om – vóór van enige strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving sprake kan zijn, en juist ter vermijding daarvan – de afvoer van mest met de daarvoor aangewezen bewijsmiddelen te verantwoorden.³²⁷

Ook buiten een specifieke wettelijke informatie-, vergunning- of administratieverplichting wordt wel eens op de voet van art. 5:16 Awb informatie gevraagd die ertoe strekt dat de overtreder het bewijs van de omvang van de overtreding moet aanleveren aan het bestuursorgaan. Gewezen kan worden op een uitspraak van de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. In die zaak was bij de toezichthouder het vermoeden ontstaan dat een leverancier het middel Motip Airco Cleaner leverde en daarmee art. 20 Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden overtrad. De minister van LNV legde hem een last onder dwangsom op teneinde hem te bewegen een lijst van afnemers, facturen en een overzicht van verkopen aangaande het middel over te leggen. De leverancier meende dat op grond van art. 6 EVRM niet van hem kon worden verwacht aan zijn eigen veroordeling mee te werken. De voorzieningenrechter van het College overwoog dat op dat moment nog geen sprake was van een 'criminal charge', omdat kortgezegd nog geen boetevoornemen voorlag en dat de leverancier derhalve gehouden was aan het reguliere op handhaving gerichte toezicht mee te werken op grond van art. 5:20 Awb. De voorzieningenrechter voegde daar terecht aan toe dat indien de minister na verkrijging van de gegevens alsnog het voornemen op zal vatten de leverancier een

325 HR 21 maart 2008, *BNB* 2008/159. Met betrekking tot de beperkte actieve participatie die van de belanghebbende mocht worden geleverd verwees de Hoge Raad naar de arresten EHRM 5 november 2002, *NJ* 2004/262 (Allan); 11 juli 2006, *EHRC* 2006/118 (Jalloh) en 29 juni 2007, *AB* 2008/234 (O'Halloran and Francis),

326 HR 2 juni 1999, *NJ* 1999/648 en HR 19 september 2006, *NJ* 2007/39.

327 CbB 22 december 2009, *AB* 2010/216. Zie ook CbB 12 april 2012, *AB* 2013/67, met fraaie noot van Schuurmans en Bakker, inzake de bewijslastverdeling in meststoffenzaken.

bestuurlijke boete op te leggen, hij zal moeten onderzoeken of en in hoeverre hij daarbij gebruik zal mogen maken van deze gegevens.³²⁸

In een zaak die ziet op een vordering van gegevens door de Nederlandse Zorgautoriteit van een ziekenhuis via een last onder dwangsom meende de laatste dat er geen afdoende met waarborgen omklede wettelijke grondslag is om ongeclausuleerd medische dossiers te mogen vorderen en in te zien. Een dergelijke vordering zou volgens het ziekenhuis gelet op art. 8 EVRM ook niet proportioneel zijn. Dit betoog werd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven verworpen. Art. 66 Wmg bevat een toereikende grondslag voor de verplichting tot verstrekking van de gevorderde patiëntgegevens. Voorts werd overwogen dat indien sprake is van een vermoeden van fraude met betrekking tot tarieven in de gezondheidszorg, het belang van zorgverzekeraars en het algemeen belang dat gemoeid is bij het voorkomen van hogere verzekeringspremies – ook – in het kader van strafvordering³²⁹ wordt aangemerkt als een zodanig zwaarwegend belang, dat het verschoningsrecht van zorgverleners daarvoor moet wijken. Met betrekking tot de vraag of in redelijkheid door de Nederlandse Zorgautoriteit een last was opgelegd overwoog het College dat niet in redelijkheid direct naar dit middel had mogen worden gegrepen, omdat eerst een aanwijzing in de zin van art. 76 Wmg gegeven had kunnen worden nu ook daartegen beroep openstaat bij de bestuursrechter en het ziekenhuis juist een oordeel van de bestuursrechter wenste.³³⁰

Ten slotte wijzen wij op de volgende belangenafweging met betrekking tot een last aan een organisatie die beschikking had over gegevens die ook bij de betrokken tandartsen zelf opgevraagd hadden kunnen worden:

‘De voorzieningenrechter acht het aannemelijk dat de deelnamebereidheid van tandartsen aan het project Peilstations kan afnemen als aan verweersters informatieverzoek wordt voldaan. Verzoekster heeft in haar correspondentie met de aan het project Peilstations deelnemende tandartsen vermeld dat de verstrekte informatie vertrouwelijk zal worden behandeld zonder dat anderen inzage krijgen in individuele gegevens. Als verzoekster in weerwil van deze toezegging informatie aan verweester levert zal dit ongetwijfeld tot negatieve reacties leiden. Hier is sprake is van een serieus belang, maar daar staat tegenover dat verweester de voor de voorbereiding van de tariefvaststelling benodigde gegevens anders zou moeten verkrijgen door deze rechtstreeks op te vragen bij de tandartsen die zich bij verzoekster hebben aangesloten. Het is duidelijk dat individuele gegevensuitvraag, ook gezien vanuit de betrokken tandartsen, administratief en financieel belastender is dan de thans gekozen weg. In het licht van het gegeven dat deelnemers aan het project Peilstations uiteindelijk toch, op individuele basis, informatie zouden moeten verschaffen moet het door verzoekster gestelde belang worden gerelativeerd.’³³¹

Burgerlijk recht

In de kortgeding uitspraak van de Haagse rechter wordt het volgende overwogen ten aanzien van de aan te leggen toetsing, nadat is overwogen dat de door de

328 CBb (vznr.) 25 oktober 2011, *JB* 2011/283.

329 Vgl. HR 27 mei 2008, *NJ* 2008/407.

330 CBb 11 februari 2010, *AB* 2011/243.

331 CBb (vznr.) 7 januari 2011, *ECLI:NL:CBB:2011:BP0669*.

toezichthouders van de NMa bezochte onderneming een spoedeisend belang heeft bij de door haar verzochte voorziening tegen de Staat:

‘Het voorgaande neemt niet weg dat de vordering van HBG met terughoudendheid moet worden beoordeeld. De consequenties van toewijzing van de vordering zijn immers ingrijpend en onomkeerbaar in deze zin dat – indien een toewijzend vonnis in dit kort geding later, in hoger beroep of in een eventuele civiele bodemprocedure, wordt vernietigd of terzijde wordt gesteld – het onderzoek van de NMa in de bouwwereld naar kartels, prijsafspraken en andere vormen van vooroverleg bij aanbestedingen in het algemeen en het onderzoek bij HBG in het bijzonder, hoogstwaarschijnlijk onherstelbare schade zal hebben opgelopen. Hier komt bij dat het oordeel ten gronde uiteindelijk aan de bestuursrechter is. Indien de NMa op grond van haar onderzoek tot de conclusie komt dat HBG één of meer bepalingen uit de Mw heeft overtreden en aan HBG een sanctie oplegt, is het de bestuursrechter die zal moeten oordelen over de rechtsgeldigheid van die sanctie en in dat kader over de vraag of de NMa tijdens het onderzoek binnen de kaders van de toepasselijke wettelijke en verdragsbepalingen is gebleven.’³³²

Uit die terughoudende toetsing volgt echter geenszins dat een dergelijk kort geding kansloos is. Toetsend aan die maatstaf overwoog de voorzieningenrechter dat de NMa door haar bezit van ‘forensic images’ mede beschikte over gegevens die voor HBG niet (zonder meer) toegankelijk waren. HGB had nog wel de beschikking over de harde schijven van de computers in kwestie, met daarop alle informatie die nu in de vorm van de ‘forensic images’ bij de NMa berust, maar in dit kort geding moet ervan worden uitgegaan dat zij niet beschikte over de (technische) mogelijkheid om alle verwijderde gegevens of de totale digitale omgeving van aanwezige of verwijderde bestanden in te zien. Dit leverde volgens de voorzieningenrechter strijd op met art. 5:17 Awb, waarin immers is neergelegd dat de toezichthouder van gegevens en bescheiden kopieën mag maken.³³³ In de casus die werd aangehaald in de introductie meende het gerechtshof daarentegen dat de NMa zijn bevoegdheden jegens Difotrust niet te buiten was gegaan, omdat art. 5:20 Awb de toezichthouder de mogelijkheid biedt om ook bij derden gegevens op te vragen.³³⁴ Dit laatste hoeft geen verassing te zijn want het bedrijf in kwestie was juist actief met het schonen van gegevens van ondernemingen waaruit een mededingingsinbreuk zou kunnen blijken. Het opvragen van een lijst van de opdrachtgevers lijkt dan binnen de evenredigheidsnorm van art. 5:13 Awb te vallen.

In een recent arrest, waarin de Staat via een kort geding nakoming van art. 47 AWR wilde vorderen, gaf de Hoge Raad aan de hand van vooral de Saunders-uitspraak de volgende maatstaf:

‘Het bovenstaande betekent dat in gevallen waarin van een belastingplichtige op grond van art. 47 AWR afgifte van materiaal wordt verlangd met het oog op een juiste belastingheffing, en deze belastingplichtige een beroep doet op het nemo-teneturbeginsel, het volgende onderscheid moet worden gemaakt.

- a.) In een civielrechtelijk kort geding kan de belastingplichtige onder last van een dwangsom worden veroordeeld al het materiaal te verschaffen dat van belang kan zijn voor een juiste belastingheffing, ongeacht of het gaat om wilsonafhankelijk of wilsafhankelijk materiaal,

³³² Rb. Den Haag (vznr.) 9 april 2003, AB 2003/199.

³³³ In gelijke zin Rb. 's-Gravenhage (vznr.) 13 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH2647.

³³⁴ Hof Den Haag 23 april 2013, JOR 2013/209.

zulks echter onder de restrictie dat materiaal van deze laatste soort uitsluitend mag worden gebruikt ten behoeve van de belastingheffing.

- b.) Voldoet de belastingplichtige niet aan dit bevel, dan verbeurt hij de daaraan verbonden dwangsom. Indien partijen van mening verschillen of de belastingplichtige aan het bevel heeft voldaan, rusten in een eventueel executiegeschil op de Staat de stelplicht en bewijslast terzake. Dit brengt mee dat de Staat in geval van betwisting zal moeten bewijzen – in de zin van aannemelijk maken – dat de belastingplichtige daadwerkelijk het van hem verlangde, maar niet door hem afgestane, materiaal kon verschaffen.c.) Wilsafhankelijk materiaal dat door de belastingplichtige ingevolge het bevel van de voorzieningenrechter is verstrekt, mag niet worden gebruikt voor fiscale beboeting of strafvervolgning van de belastingplichtige. Zou dit laatste toch gebeuren, dan dient de belastingrechter of de strafrechter te bepalen welk gevolg aan dit gebruik moet worden verbonden.³³⁵

Wat is nu precies wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal? A-G Wattel wijst er in zijn conclusie bij dit arrest op dat de Hoge Raad vanouds een meer beperkte uitleg geeft aan het door het door art. 6 lid 2 EVRM beschermde wilsafhankelijk materiaal dan het Europees Hof doet in J.B., althans voor zover afgifte van dat materiaal wordt afgedwongen met bestuurlijke boetes. Ook in het onderhavige arrest van 12 juli 2013 doelt de Hoge Raad – onder verwijzing naar Saunders³³⁶ – bij wilsonafhankelijk materiaal enkel op bewijsmateriaal dat (weliswaar onder dwang is verkregen, maar) bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte. De conclusie van de A-G die ertoe strekt dat al het materiaal dat in deze zaak onder druk wordt verkregen wordt uitgesloten voor bestraffing, wordt dan ook niet door de Hoge Raad gevolgd. Wel komt hij op twee manieren tegemoet aan de conclusie van de A-G. Ten eerste wordt – deels in overeenstemming met de conclusie – bepaald dat wilsonafhankelijk materiaal niet mag worden gebruikt voor de boeteoplegging of strafvervolgning en ten tweede wordt – hoewel de conclusie van de A-G daartoe niet strekt – onder sub b van de hiervoor geciteerde overweging 3.9. een bewijslastregel geformuleerd ten gunste van de belastingplichtige. In een recente uitspraak komt het College van Beroep voor het bedrijfsleven echter tot een ruimere invulling van het begrip wilsafhankelijk materiaal dan de Hoge Raad:

‘Appellant heeft verder betoogd dat bij de verkrijging van de gegevens van zijn laptop sprake is geweest van schending van artikel 6 EVRM. Dit betoog slaagt. Uit het verslag van het huisbezoek blijkt dat inzage is gevorderd in de gegevensdragers en dat appellant (herhaaldelijk) is meegedeeld dat hij verplicht was inzage te geven onder dreiging van een rapport ‘niet-medewerking’. Niet-medewerking is een zware overtreding volgens de destijds geldende Boetebeleidsregels OPTA. Appellant is gevraagd over welke gegevensdragers hij beschikte, welke computers hij gebruikte voor verspreiding van de software en waar de gegevensdragers zich bevonden. Deze omstandigheden leiden het College tot de conclusie dat appellant is gedwongen wilsafhankelijk materiaal te verstrekken dat is gebruikt voor het opleggen van de boete. Dit levert schending op van het in artikel 6 EVRM vervatte nemo teneturbeginsel. De schending leidt (enkel) tot uitsluiting van het bewijs dat van de laptop is verkregen en is geen reden om te concluderen dat ACM daarmee haar bevoegdheid tot het opleggen van een boete niet langer mag uitoefenen.’³³⁷

335 HR 12 juli 2013, AB 2013/343, onder 3.9.

336 EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk).

337 CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:116, punt 5.7.

3.8. Slotopmerkingen bij hoofdstuk 3

In dit hoofdstuk zijn een zestal soorten strafrechtelijke en bestuurlijke maatregelen en sancties die respectievelijk een inbreuk maken op een aantal grondrechten – eigendom, vrijheid, lichamelijke integriteit en privacy- en huisrecht – tegen het licht gehouden aan de hand van nationale wet- en regelgeving, het tijdstip van toegang tot de nationale rechter, eventuele schorsing van rechtsmiddelen en de wijze van toetsing door de rechter. In afzonderlijke paragrafen zijn de volgende deelonderwerpen achtereenvolgens aan de orde gekomen: (2) de bestuurlijke boete en de strafrechtelijke geldboete en de bestuurlijke boete; (3) de onthouding of intrekking van vergunningen en licenties op grond van antecedenten die bestaan uit vastgestelde overtredingen of vermoedens en de strafrechtelijke gevolgen van dergelijke antecedenten; (4) de vreemdelingenbewaring en strafrechtelijk voorarrest; (5) het aanwijzen van een veiligheidsgebied door burgemeester na verordening raad en de fouillering door politieambtenaren; (6) het binnentreden van woningen in het kader van het bestuurlijk toezicht en strafvordering; en (7) de vordering van inlichtingen en gegevens door toezichthouders en opsporingsambtenaren.

In de strafvorderlijke context zagen we dat wanneer het gaat om dwangmiddelen die worden toegepast in de opsporingsfase veelal geen voorafgaande rechterlijke toetsing plaats heeft, maar pas tijdens of na de toepassing ervan. Zo zal bij een inverzekeringstelling binnen 3 dagen en 15 uur een rechterlijke toetsing door de rechter-commissaris plaatshebben. Voorafgaande aan een politieverhoor zal er evenmin sprake zijn van een rechterlijke controle vooraf. Hetzelfde geldt voor de diverse vormen van fouillering. Dat zou ook ondoenlijk zijn. Wel zal de verdachte, die met een vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie wordt geconfronteerd, kunnen trachten een openbare rechtsgang te voorkomen door een klachtprocedure te starten. De raadkamer van de rechtbank zal dan een marginale toetsing verrichten of er gronden zijn voor vervolging. Bij de binnentreding in woningen is weliswaar uitgangspunt dat een machtiging wordt gevraagd bij de rechter-commissaris, maar hierop bestaan tal van uitzonderingen. De rechtmatigheid van dwangmiddelen die zijn toegepast in het opsporingsonderzoek – waaronder de politieverhoren – zullen dan ook veelal pas getoetst worden als de strafrechter zich inhoudelijk buigt over de schuldvraag. Voor wat betreft de voordeelontneming geldt een afzonderlijke procedure.

Hoofdregel in het strafrecht is dat strafoplegging of de oplegging van een maatregel plaatsheeft door de strafrechter. Hierop zijn een aantal uitzonderingen. Naast transacties ter voorkoming van de gang naar de rechter worden veel zaken afgedaan via de strafbeschikking. Voorts kunnen in het economisch strafrecht bevelen aan de verdachte worden gegeven voorafgaand aan de strafzitting. Indien het openbaar ministerie een vrijheidsbenemende straf opgelegd wil zien zal dit slechts kunnen door de zaak aan de strafrechter voor te leggen.

In het bestuursrecht geldt over de hele linie dat een maatregel of sanctie wordt opgelegd via een besluit. Tegen een besluit staat meestal bezwaar open bij het bestuursorgaan en vervolgens beroep bij de bestuursrechter. Indien – zoals in de

meeste gevallen – aan het maken van bezwaar geen schorsende werking toekomt, zal een voorlopige voorziening kunnen worden gevraagd bij de bestuursrechter. Een aparte categorie vormt de informatievordering en andere feitelijke toezichtshandelingen, zoals het bedrijfsbezoek. Ter voorkoming daarvan zal de burgerlijke rechter moeten worden geadieerd, die de toezichtsmaatregel terughoudend toetst. Dit ligt weer anders als het bestuursorgaan via lastoplegging (of wanneer de toepasselijke wet die figuur kent: de aanwijzing) nakoming van de vordering tot medewerking wil afdwingen. Dan staat bezwaar en beroep en dus ook een voorlopige voorziening open bij de bestuursrechter. Die moet dan ten volle beoordelen of de medewerkingsplicht niet is nagekomen, omdat dit redengevend is voor de lastoplegging. Voor het huisbezoek in de sociale zekerheid geldt dat de betrokkene toestemming tot binnentreden kan weigeren, maar dat dit wel gevolgen kan hebben voor (de hoogte van) de uitkering of de toeslag. Ook hier geldt dat pas toegang tot de rechter openstaat nadat het bestuursorgaan door middel van een besluit omtrent toekenning of weigering van uitkering of toeslag gevolgen verbindt aan het niet medewerken aan het onderzoek.

Waar het gaat om het huisrecht en het recht op privacy zullen inbreuken kunnen worden gerepareerd door bewijsuitsluiting. Dit gebeurt zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht. We hebben voorts gezien dat het voortborduren op strafrechtelijke of bestuurlijke antecedenten in de vergunningen- en ontnemingsfeer niet in strijd komt met het onschuldpresumptie, mits niet in belastende zin rekening wordt gehouden met feiten waarvan de verdachte juist is vrijgesproken. Een bijzondere vorm van inbreuk op het huisrecht betreft de anti-krakerswetgeving. De burgerlijke rechter heeft in dit verband bepaald dat in beginsel pas tot strafvorderlijke uitzetting kan worden overgegaan nadat de krakers in de gelegenheid zijn gesteld de kort gedingrechter te adieren.

Voor de vreemdelingenbewaring zagen we evenzeer dat rechterlijke toetsing niet vooraf plaatsheeft, doch wel zeer snel na de aanvang ervan, met ook de mogelijkheid tot verdere tussentijdse toetsing. Hierbij wordt uitgegaan van een beroep van rechtswege in overeenstemming met art. 5 EVRM, zij het dat de Afdeling het mogelijk acht dat de vreemdeling afziet van dit toetsingsrecht. Met betrekking tot de veiligheidsrisicogebiedsaanwijzing zien we vanwege het belanghebbende-criterium een mogelijk gebrek aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming. In veel gevallen zal pas achteraf bij de strafrechter ter beoordeling liggen of die aanwijzing bevoegd is gegeven. De rechtmatigheid van de aanwijzing is dan bepalend voor het antwoord op de vraag of de verdachte zich heeft verzet tegen een bevoegd gegeven bevel.

Zowel de straf- als de bestuursrechter biedt compensatie voor overschrijding van de redelijke termijn door middel van strafvermindering. Voorts biedt de bestuursrechter in zaken waarin (niet langer) een bestuurlijke boete aan de orde is, compensatie voor overschrijding van de redelijke termijn via vergoeding van immateriële schade.

Hoe intensief is de rechterlijke toetsing? Bij de preventieve toetsing van dwangmiddelen door de rechter-commissaris en de klachtprocedure ter voorkoming van (verdere) vervolging zien we een vrij marginale toetsing. De strafrechter die zich echter moet buigen over de schuld van de verdachte en de op te leggen straf of maatregel toetst en beslist vol. We zien ook dat de strafrechter zich ambtshalve buigt over een aantal kwesties, met dien verstande dat het aanvoeren van verweren van invloed is op de motiveringsplicht van de rechter. Zo zal de strafrechter zich niet uitlaten over de rechtmatigheid van het verkregen bewijs indien op dit punt geen specifiek verweer wordt gevoerd door de verdediging, tenzij uit de stukken duidelijk naar voren komt dat er ernstige vormverzuimen zijn begaan.

In het bestuursrecht zien we dat de bestuursrechter veelal reageert op tegen het bestreden besluit ingebrachte gronden, nadat hij ambtshalve een aantal kwesties van openbare orde heeft afgevinkt, zoals de tijdigheid van het bezwaar en beroep. Waar het gaat om bestuurlijke boetes zien we dat de bestuursrechter zich in het algemeen wat sneller ambtshalve buigt over een aantal kwesties, zoals de vraag of het bestuur bevoegd is een boete op te leggen en of de boete evenredig is. Hier zien we wel verschillen tussen de verschillende appelcolleges. Eenzelfde beeld zien we voor wat betreft de toetsingsintensiteit. Waar het bestuursorgaan (subjectieve) beoordelingsruimte heeft en/of beleidsvrijheid zal de bestuursrechter de bestuurlijke oordeels- en besluitvorming terughoudend toetsen. We zien dit bijvoorbeeld in Wet Bibob-zaken en zaken met betrekking tot betrouwbaarheidstoetsing in het financieel toezicht. Bij bestuurlijke boetes wordt de feitenvaststelling door de bestuursrechter indringend getoetst en wordt ook de evenredigheid indringend beoordeeld, met dien verstande dat de Afdeling bij die toetsing het beleid van het bestuursorgaan als uitgangspunt neemt.

HOOFDSTUK 4

ADEQUATE RECHTSBESCHERMING EN DE 'KNOPPEN' VAN DE WETGEVER

4.1. Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is voor een zestal maatregelen onderzocht welke waarborgen volgen uit de Straatsburgse jurisprudentie en hoe die maatregelen in Nederland wettelijk zijn uitgewerkt. In dit hoofdstuk wordt de relatie onderzocht tussen bedoelde waarborgen en het procesrecht. Welke keuzemogelijkheden ('knoppen') heeft de wetgever bij de invoering van een bepaalde wettelijke maatregel? En kan de wetgever voldoende maatwerk leveren bij de vormgeving van toegang tot de rechtsbescherming door de rechter? Het gaat daarbij om de keuze van de soort rechter (strafrechter, burgerlijke rechter of bestuursrechter), het aantal instanties, en de vorm van de procedure. Op welk moment kan de belanghebbende een voorziening bij de rechter vragen? Gaat het daarbij om toetsing van de overheidsmaatregel achteraf, als de inbreuk al heeft plaatsgevonden, of kan de belanghebbende de maatregel via de rechter ook voorkomen? Kan een spoedvoorziening worden gevraagd? Is de toegang tot de rechter zodanig vormgegeven dat een eventuele aantasting van grondrechten tijdig door de rechter kan worden beoordeeld? Meer in het algemeen is de vraag: Draagt het procesrecht bij aan een effectieve toegang tot de rechter en is de rechter in staat om adequaat rechtsbescherming te verlenen?

In paragraaf 4.2. volgt een meer algemene beschouwing over keuzemogelijkheden in het bestuursprocesrecht. In paragraaf 4.3 wordt ingezoomd op twee aspecten van bestuursrechtelijke rechtsbescherming: de tijdigheid en het voorkomen van onomkeerbaarheid. Daarbij is de vraag of er consistentie is in die zin dat inbreuken van vergelijkbare zwaarte vallen onder een gelijk of vergelijkbaar regime van rechtsbescherming. Verder is interessant of bij zwaardere inbreuken ook een zwaardere vorm van rechtsbescherming wordt gekozen, waarbij in het bestuurs(proces) onder meer valt te denken aan preventieve toetsing door de rechter, dan wel uitgestelde inwerkingtreding van besluiten, schorsende werking van rechtsmiddelen of een spoedig oordeel van de voorzieningenrechter. Paragraaf 4.4 bevat een beschouwing over 'checks & balances' in het strafprocesrecht.

4.2. De 'knoppen' van de wetgever in het bestuurs(proces)recht

De wetgever is verantwoordelijk voor de procedurele kant van de (bestuursrechtelijke) rechtsbescherming. Bij het vormgeven van die rechtsbescherming moeten vele keuzen worden gemaakt. Navraag heeft geleerd dat er bij de ministeries van V en J en

BZK, maar ook bij de Raad van State, geen duidelijke spelregels zijn (toetsingskader, stappenplan, protocol o.i.d.) over de vraag welke rechtsbescherming passend is gelet op de aard en zwaarte van een (nieuwe) overheidsmaatregel die inbreuk kan maken op (grond)rechten. Per maatregel wordt een keuze gemaakt.

Ook de aanwijzingen voor de regelgeving geven weinig houvast bij de vraag of bij wet iets moet geregeld en zo ja, wat dan. Paragraaf 4.10 van genoemde aanwijzingen ('bestuursrechtelijke rechtsbescherming') bevat acht artikelen.¹ Voor zover relevant komen deze aanwijzingen aan de orde bij het betreffende onderdeel. Een (overigens onvolledige) analyse van de bestuursrechtelijke wetgeving laat zien dat er een keur aan rechtsbeschermingsopties bestaat en dat de wetgever op nagenoeg alle onderdelen van de Awb-procedure ook uitzonderingen heeft geformuleerd. Hieronder zullen een aantal van de bestaande opties de revue passeren. Ordening in het bestaande palet aan rechtsbeschermingsopties biedt zicht op het scala aan mogelijkheden en kan daarmee – mogelijk – (meer) houvast bieden aan de wetgever, bij de toetsing van wetgeving in het kader van de wetgevingsadvisering, maar ook aan de rechtspraak in het kader van de wetgevingsadvisering. Dit hoofdstuk is mede bedoeld als aanzet voor een (te ontwikkelen) kader voor de beantwoording van de vraag of de door de wetgever aangereikte rechtsbescherming passend is ('effective remedy') gelet op aard en zwaarte van de (te introduceren) overheidsbevoegdheid – of maatregel en de daarmee mogelijk gemaakte inbreuk op (grond)rechten.

Bij een te ontwikkelen kader zouden – ten minste – de volgende stappen kunnen worden onderscheiden:

1. De nulloptie.
2. Welke rechter moet rechtsbescherming verlenen: de straf-, burgerlijke- en/of bestuursrechter?
3. Welke bestuursrechter(s)?
4. Hoeveel instanties?
5. Beroep of verzoek?
6. Is de Awb-rechtsgang adequaat of zijn afwijkingen geboden?
7. Toetsing en finaliteit.
8. Het spoedoordeel en de voorlopige voorziening.
9. Preventieve rechterlijke toetsing.
10. Schorsende werking.
11. Opschortende werking.
12. Beslistermijnen en de gevolgen van niet tijdig beslissen.
13. De bestuurlijke voorprocedure.
14. Prorogatie.
15. De aankondiging.

In het navolgende wordt op genoemde punten kort ingegaan.

¹ Par. 4.10 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (te vinden op www.overheid.nl) bevat 13 artikelen (148 – 160) waarvan er vijf zijn komen te vervallen.

4.2.1. De nulloptie

Dit keuzemoment betreft de zogenoemde nul-optie. Moet er over de toegang tot de rechter en de rechtsbescherming iets bij wet worden geregeld of volstaat de bestaande regelgeving?

Wat als er niets (extra's) geregeld wordt? Als het gaat om een maatregel van een bestuursorgaan in de vorm van een besluit ex art 1:3 Awb dan is de vraag of de bestaande rechtsbescherming conform het Awb-model volstaat? Niets doen betekent dan in beginsel rechtsbescherming conform het bezwaar-beroep-hoger beroep model, met de mogelijkheid een voorlopige voorziening te vragen bij de voorzieningenrechter. Voor veel maatregelen volstaat de standaard-procedure; er hoeft niets extra's geregeld te worden.

4.2.2. Welke rechter moet rechtsbescherming verlenen? En verder besluitbegrip, belanghebbende-begrip en consistentie

Welke rechter?

Bij strafbare gedragingen moet de wetgever niet alleen regelen of sprake is van een misdrijf of een overtreding, maar tevens op welke wijze de rechtsbescherming is voorzien. De wetgever kan kiezen voor rechtsbescherming bij de strafrechter en/of de bestuursrechter. Indien sprake is van opsporing en vervolging van strafbare feiten, dan zijn de hoofdstukken 2 – 10 Awb niet van toepassing (art. 1:6 Awb). De besluitvorming en rechtsbescherming bij een boete kan op verschillende manieren worden geregeld, zo zagen wij reeds in par. 2.1. Voor de boete bestaat een palet aan keuzen: de strafbeschikking van het OM met toetsing door de strafrechter, de politiestrafbeschikking ter bestrijding van overlast in de openbare ruimte, de bestuurlijke strafbeschikking van de fiscus en de boetebesluiten in het overige bestuursrecht.

Indien wordt gekozen voor het opleggen van een boete door middel van een besluit van een bestuursorgaan dan geven de aanwijzingen voor de regelgeving enkele spelregels. Op grond van aanwijzing 148 geldt als regel dat voor alle belanghebbenden moet zijn voorzien in dezelfde beroepsmogelijkheden; ook in de gevallen waarin een bestuursorgaan belanghebbende is of kan zijn. Verder geldt dat tegen het boetebesluit beroep en hoger beroep moet kunnen worden ingesteld; kortom: rechtspraak in twee instanties.²

Aanwijzing 149 hanteert als uitgangspunt dat de competentie van de bestuursrechter in bijzondere wettelijke regelingen wordt beperkt tot de toetsing van

2 Aanwijzing 148 luidt als volgt: '1. Indien een wet aan een bestuursorgaan de bevoegdheid toekent besluiten te nemen, dient, behoudens in bijzondere gevallen, voor belanghebbenden de mogelijkheid te bestaan tot het instellen van beroep en hoger beroep bij een administratieve rechter. Het voorgaande geldt niet met betrekking tot besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels. 2. Voor alle belanghebbenden wordt in dezelfde beroepsmogelijkheden voorzien.'

rechtmatigheid van besluiten van bestuursorganen en niet tot het feitelijk handelen van die bestuursorganen.³ Bedacht moet worden dat indien de toegang tot de bestuursrechter wordt beperkt door besluiten uit te zonderen van de beroepsmogelijkheid, dat dan de burgerlijke rechter aanvullende rechtsbescherming verleent. Dat geldt ook bij feitelijk handelen van bestuursorganen. Bij wet kan de toetsing van feitelijk handelen aan de bestuursrechter worden opgedragen. Dit is gebeurd in onder andere het ambtenarenrecht, het vreemdelingenrecht en het schadevergoedingsrecht.⁴ Met de introductie van de verzoekschriftprocedure kan de bestuursrechter zich ook uitlaten over de (on)rechtmatigheid van feitelijk handelen ter voorbereiding van een onrechtmatig besluit. Dit roept de vraag op of aanwijzing 149 nog voldoende actueel is.

Het besluitbegrip

Indien een besluit van een bestuursorgaan de inbreuk op het (grond)recht veroorzaakt dan zal in de regel de bestuursrechter aangewezen zijn rechtsbescherming te verlenen. Op deze hoofdregel zijn tal van uitzonderingen gemaakt.

Gelijkstellingen. Ten eerste is er een categorie overheidshandelingen, die niet kwalificeert als besluit maar waar rechtsbescherming door de bestuursrechter wel wenselijk wordt geacht. Dat lost de wetgever op door die handelingen met een besluit gelijk te stellen. In de Awb gaat het daarbij om onder andere de geweigerde aanvraag om een beschikking (art 1:3 lid 2 Awb), het niet tijdig beslissen (art 6:2, onderdeel b, Awb), en de gelijkstellingen in artikel 8:2 Awb (o.a. handelingen t.a.v. ambtenaren). Maar ook in materiële wetgeving vinden gelijkstellingen plaats. In het belastingrecht is het verzoek van de inspecteur om alsnog te voldoen aan de verplichting informatie te verstrekken aangemerkt als besluit (de informatiebeschikking; art. 52a AWR), waartegen bezwaar kan worden gemaakt en beroep kan worden ingesteld.

De openbaarmaking van een besluit of toezegging betreft feitelijk handelen. In de consumentenwetgeving is het openbaar maken van een besluit tot het opleggen van een last onder dwangsom of een boete, of het vastleggen van de toezegging van de overtreder dat hij de overtreding zal staken, om redenen van rechtsbescherming als beschikking aangemerkt (art. 2:23 lid 1 Whc). Het bestuur moet aan de overtreder eerst het voornemen van openbaarmaking bekend maken (lid 2). De feitelijke bekendmaking van de beschikking tot openbaarmaking mag pas plaatsvinden twee weken nadat het besluit aan de overtreder is bekendgemaakt (lid 3). Dat geeft de geadresseerde de tijd om bezwaar te maken en een voorlopige voorziening te vragen. In art. 29 lid 1 Wet politiegegevens wordt geregeld dat de beslissing op een verzoek om politiegegevens geldt als een Awb-besluit, ook om de weg naar de bestuursrechter te openen.

Naast de wetgever draagt ook de bestuursrechter bij aan vergroting van bestuursrechtelijke rechtsbescherming door het 'bestuurlijk rechtsoordeel', niet zijnde een

³ Aanwijzing 149 luidt: 'In een bijzondere regeling wordt buiten de gevallen waarin een beroepsregeling reeds bestaat, geen beroep bij een administratieve rechter opengesteld tegen feitelijke handelingen.'

⁴ Art. 8:2 lid 1 a Awb, art. 72 lid 3 Vw 2000 en art. 8:88 lid 1b Awb (en art. 72a Vw 2000).

besluit, omwille van de toegang tot de bestuursrechter met een besluit gelijk te stellen. Dat is onder andere gebeurd bij schriftelijke informatie van een bestuursorgaan over de rechtspositie van een belanghebbende of een goed. Verder is ook het onbevoegd genomen besluit als besluit aangemerkt.⁵

Uitsluitingen. Het omgekeerde doet zich echter ook voor. Terwijl wel sprake is van een besluit wordt rechtsbescherming door de bestuursrechter niet aangewezen geacht. Die besluiten worden dan door de wetgever van beroep, en dus ook van bezwaar, uitgezonderd. Er zijn vele besluiten die zijn uitgezonderd van rechtsbescherming bij de bestuursrechter. Zie de art. 8:3 – 8:5 Awb. In artikel 8:3 Awb staat de bekende uitzondering voor algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Voor een rechtstreekse actie tegen een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel moet de burger naar de burgerlijke rechter. De bestuursrechter is wel bereid deze regels te toetsen, maar alleen indirect (exceptieve toetsing), dat wil zeggen in het kader van een beroep tegen een op die regels gebaseerde beschikking. Het gevolg is dat zowel de burgerlijke rechter als de bestuursrechter de rechtmatigheid van a.v.v.'s en beleidsregels kunnen toetsen. Daarmee bestaat het risico van tegenstrijdige uitspraken. Art. 8:4 sluit een aantal met name genoemde besluiten uit van beroep bij de bestuursrechter, o.a. over 'kennen en kunnen' (art 8:4, lid 3b) en via art. 8:5 Awb worden ook de besluiten genoemd in artikel 1 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak (art. 1 Brbr, bijlage 2 bij Awb sedert 1 jan 2013) van beroep uitgezonderd.

Het gevolg van deze uitsluitingen is dat de burgerlijke rechter moet worden ingeschakeld om ter zake van bestuursoptreden rechtsbescherming te verlenen. Over het algemeen wordt aangenomen dat de drempel tot de burgerlijke rechter hoger is dan die tot de bestuursrechter. Dat heeft te maken met hogere griffierechten, grotere procesrisico's, met name de mogelijkheid te worden veroordeeld in de kosten van de tegenpartij(en), en de soms verplichte rechtsbijstand. Het verleggen van de rechtsbescherming naar de burgerlijke rechter kan extra complicaties oproepen als sprake is van een samenhangend complex aan overheidshandelen, dat als gevolg van de competentieverdeling niet door één rechter kan worden beoordeeld.

De motieven van de wetgever om de rechtsbescherming tegen Awb-besluiten toe te delen aan de burgerlijke rechter in plaats van aan de bestuursrechter roept soms vragen op. De redenen en argumenten zijn divers, soms twijfelachtig en niet steeds overtuigend. Het lijkt er op dat de echte reden soms is gelegen in het opwerpen van een hogere drempel tot rechtsbescherming om procederen te ontmoedigen. Het zal niet verbazen dat die reden niet wordt vermeld in de toelichting bij de uitsluiting.

Het belanghebbende-begrip

De wetgever kan ook draaien aan de knop van het belanghebbende-begrip. In beginsel hebben alleen belanghebbenden bij een besluit in de zin van art. 1:2 Awb toegang tot de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. In het bestuurlijke voortraject kan de groep participanten groter zijn (actio popularis, 'een ieder'). Soms kan tegen

5 Bijv. ABRvS 16 december 1997, AB 1998/87 en ABRvS 12 april 2006, JB 2006/151.

een besluit in beroep worden gekomen door een grotere groep dan belanghebbenden, zoals in de Kieswet (belanghebbende en iedere kiezer, art. 1.7 Kieswet). Personen die geen 1:2-belanghebbende zijn kunnen door de wetgever als belanghebbende worden aangemerkt om te bereiken dat zij kunnen participeren in bezwaar en (hoger) beroep. Zo wordt de werkgever vaak aangemerkt als belanghebbende bij besluiten die betrekking hebben op de uitkeringsrechten van zijn (ex) verzekerde werknemer. Dit omdat de uitkeringsbeslissing vaak ook (financiële of andere) gevolgen heeft voor de werkgever.⁶ De rechtsbescherming van werkgever en werknemer die opkomen tegen één besluit wordt geconcentreerd in één procedure bij de bestuursrechter.

Soms wordt aan 1:2-belanghebbenden echter de toegang tot de bestuursrechter geweigerd. Anders dan bij uitkeringsbesluiten heeft de wetgever bij besluiten over verzekeringsplicht de werkgever juist van het beroepsrecht uitgesloten.⁷ Denk ook aan art. 1.4 Chw waarin is geregeld dat decentrale bestuursorganen, die belanghebbende in de zin van art. 1:2 lid 2 Awb zijn bij besluiten van de centrale overheid, daartegen toch geen bezwaar en beroep kunnen instellen.⁸ Gevolg van het blokkeren door de wetgever van de toegang tot de bestuursrechter is dat de betrokken benadeelden zich dienen te vervoegen bij de burgerlijke rechter, met alle gevolgen van dien. Omdat de rechtsgang voor belanghebbenden bij en benadeelden door één besluit verschilt, bestaat ook hier de kans op tegenstrijdige rechterlijke oordelen.

Net zoals bij het besluit-begrip worden de contouren van het belanghebbende-begrip mede bepaald door de bestuursrechter. De rechtspraak met betrekking tot de invulling van het belanghebbende-begrip is in beweging, met gevolgen voor de rechtsmachtverdeling.⁹ Hiervoor kwam aan de orde de beperkte invulling van het begrip belanghebbende door de Afdeling bij het besluit van de burgemeester tot het instellen van een veiligheidsrisicogebied.¹⁰

Consistentie

De wetgever bepaalt via bovenstaande mechanismen welke rechter rechtsbescherming moet verlenen bij handelen van bestuursorganen. De consistentie in het systeem van rechtsbescherming is daarbij soms ver te zoeken. Wat dient bepalend te zijn: materie of proces? De wetgever heeft het er soms zichtbaar moeilijk mee. Zo

6 Zie o.a. CRvB 20 juli 2001, AB 2001/307 en CRvB 24 september 2002, RSV 2002/288.

7 Zie art. 126 WW: 'In afwijking van artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht is de werkgever geen belanghebbende bij een besluit van het UWV over het verzekerd zijn op grond van deze wet als bedoeld in artikel 127a, eerste lid.'

8 Art. 1.4 Chw luidt: 'In afwijking van artikel 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht kan een niet tot de centrale overheid behorende rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of een niet tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan geen beroep instellen tegen een besluit van een tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan, indien dat besluit niet is gericht tot die rechtspersoon of tot een orgaan van die rechtspersoon, onderscheidenlijk tot dat bestuursorgaan of tot de rechtspersoon waartoe dat bestuursorgaan behoort.'

9 Denk aan ABRvS 1 oktober 2008, AB 2008/348, waarbij de jurisprudentie over de vraag onder welke omstandigheden rechtspersonen als belanghebbende zijn aan te merken in de zin van art. 1:2 lid 3 Awb is gewijzigd. Zie ook HR 23 februari 2007, AB 2009/30, waarin is ingegaan op de koerswijziging van het CBb (CBb 11 januari 2000, AB 2000/119) over de vraag of een beoogd bankdirecteur belanghebbende is bij een geweigerde verklaring van geen bezwaar door DNB.

10 Zie par. 2.5 en par. 3.5.

zijn de zaken over de WAHV, ook wel Lex Mulder-zaken genoemd, bij wet toegevoegd aan de kantonrechter, die bestuursprocesrecht moet toepassen, dat dan weer afwijkt van de Awb en met hoger beroep bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.¹¹ De kantonrechter als bestuursrechter in verkeerszaken met grote verwantschap met kleine strafzaken. Dat verklaart dat bij de rechtbank Midden-Nederland de WAHV-zaken eerst werden afgedaan door de kantonrechters, toen door de sector bestuursrecht en thans door de strafsector. In dit kader verdient ook vermelding de beroepen tegen burgemeestersbesluiten over huisverboden op grond van de Wth, die weliswaar door de wetgever aan de rechtbank zijn opgedragen en niet expliciet aan de burgerlijke rechter, maar die worden afgehandeld door de familierechters van de rechtbank. De familierechters passen daarbij bestuursprocesrecht toe (en niet de verzoekschriftprocedure uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Hoger beroep staat open, niet bij het gerechtshof, maar bij de Afdeling. We zien kortom dat voor de rechtbank de aard van de materie (familierecht) bepalend is voor de vraag wat de meest aangewezen rechter is (de familierechter), terwijl voor de rechtsgang overigens het feit dat wordt geageerd tegen een besluit van een bestuursorgaan bepalend is, in die zin dat het bestuursprocesrecht uit de Awb van toepassing is en dat hoger beroep open staat op de hoogste algemene bestuursrechter.¹² Iets soortgelijks geldt voor de toetsing van besluiten inzake de indicatiestelling aan jeugdigen op grond van de Wet op de Jeugdzorg, die in eerste aanleg worden behandeld door familierechters, maar in hoger beroep door de Centrale Raad van Beroep.¹³ Dit is anders bij indicatiebesluiten met betrekking tot jeugdigen die onder toezicht gesteld zijn; dan is de burgerlijke rechter bevoegd de rechtmatigheid van het besluit te onderzoeken, dit om een 'dubbele rechtsgang' te voorkomen.

4.2.3. Welke bestuursrechter(s)?

Indien de wetgever geen speciale regels geeft, geldt de reguliere Awb-rechtsgang. Aanwijzing 150 bepaalt dat zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de bestaande competentieverdeling.¹⁴ In de meeste gevallen blijft een uitdrukkelijke beroepsbepaling achterwege (de nul-optie). Uit de Algemene wet bestuursrecht, de Wet administratieve rechtspraak BES en de Wet op de Raad van State volgt reeds dat, indien verdere regeling achterwege blijft, beroep bij de rechtbank en hoger beroep

11 Zie art. 9 lid 1 (beroep op de rechtbank, met behandeling door de kantonrechter) en art. 14 (hoger beroep) WAHV.

12 Zie bijv. ABRvS (vz.) 26 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1118 en ABRvS 27 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2495.

13 Zie bijv. Rb. Rotterdam 17 augustus 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB3480, en CRvB 29 april 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD1113, met daarin uitvoerige overwegingen over de competentieafbakening bestuursrechter – burgerlijke rechter, en algemene versus bijzondere bestuursrechter. Onder de Jeugdwet blijft de kinderrechter actief als bestuursrechter, met hoger beroep bij de CRvB (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 684, nr. 3, p. 66).

14 Aanwijzing 150 luidt als volgt: '1. Bij het openstellen van beroep bij een administratieve rechter wordt aangesloten bij de bestaande competentieverdeling. 2. Voor alle voor beroep en hoger beroep vatbare besluiten op grond van één wet wordt beroep en hoger beroep bij dezelfde administratieve rechter opengesteld, tenzij daardoor onvoldoende wordt aangesloten bij de bestaande competentieverdeling. 3. Naast de bestaande gerechten worden geen nieuwe organen met administratieve rechtspraak belast.'

bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State openstaat.¹⁵ Indien voor het desbetreffende terrein van regelgeving een gespecialiseerde rechter (de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven) bestaat, dan wordt bij nieuwe regelingen ter zake hoger beroep opengesteld bij dat gerecht. Dit wordt geregeld door wijziging van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak (Brbr).

Voor toedeling van rechtsmacht aan het College van Beroep voor het bedrijfsleven is aanleiding in regelingen van sociaal-economische aard, dat wil zeggen regelingen die economische ordening of sturing dan wel kwaliteitsnormen voor producten behelzen. Van een regeling van sociaal-economische aard zal in het algemeen ook gesproken kunnen worden, indien het gaat om wettelijke voorschriften die primair de uitoefening van beroepen of bedrijven betreffen. Dit geldt niet voor voorschriften, bijvoorbeeld in de milieuwetgeving voorkomend, die betrekking hebben op het oprichten en in werking houden van inrichtingen ten behoeve van bedrijf of beroep.

Ook van de regels van relatieve competentie kan worden afgeweken. Hoofdstuk 3 Brbr regelt het beroep in eerste aanleg bij een andere rechtbank. Denk aan de rechtbank Den Haag, die bevoegd is te oordelen in vreemdelingenzaken (art 6 Brbr), met hoger beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de rechtbank Rotterdam in zaken over het financiële en economische bestuursrecht, die in hoger beroep zijn toebedeeld aan het College van Beroep voor het bedrijfsleven (art 7 Brbr), en aan beroep inzake de rijksbelastingen, toebedeeld aan een vijftal rechtbanken (art 8, lid 2 Brbr), met hoger beroep bij de gerechtshoven en cassatie bij de Hoge Raad.

4.2.4. Hoeveel instanties?

Indien de wetgever geen speciale regels geeft, geldt het Awb-systeem van twee feitelijke instanties (beroep en hoger beroep), zonder cassatie. Indien wordt afgeweken van de hoofdregel van rechtspraak in twee instanties (aanwijzing 148), dan moet in de bijzondere wet uitdrukkelijk beroep (in eerste en enige aanleg) worden opengesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het bedrijfsleven.¹⁶ In alle andere gevallen blijft een uitdrukkelijke beroepsbepaling dus achterwege. De Afdeling, de Centrale Raad, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de gerechtshoven kennen zowel zaken in eerste en enige aanleg (art. 2-5 Brbr) als hogerberoepszaken (artt 9-12 Brbr).

¹⁵ In Bonaire, Sint Eustatius en Saba: beroep bij het Gerecht in eerste aanleg en hoger beroep bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie.

¹⁶ Aanwijzing 148 luidt: '1. Indien een wet aan een bestuursorgaan de bevoegdheid toekent besluiten te nemen, dient, behoudens in bijzondere gevallen, voor belanghebbenden de mogelijkheid te bestaan tot het instellen van beroep en hoger beroep bij een administratieve rechter. Het voorgaande geldt niet met betrekking tot besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften of beleidsregels. 2. Voor alle belanghebbenden wordt in dezelfde beroepsmogelijkheden voorzien.'

Cassatieberoep staat alleen open indien de wetgever dat expliciet mogelijk heeft gemaakt.¹⁷ Niet alleen in strafzaken, civiele zaken en belastingzaken is cassatieberoep mogelijk, ook in tal van sociale zekerheidswetten is in de mogelijkheid van cassatieberoep voorzien.¹⁸ De reden hiervoor is gelegen in het belang van rechts-eenheid bij de uitleg van begrippen die zowel in het belastingrecht als het sociale zekerheidsrecht worden gehanteerd. Cassatieberoep wordt doorgaans ingesteld tegen een arrest van een Gerechtshof, dus na het doorlopen van twee feitelijke instanties. Een uitzondering is te vinden in de Wet financieel toezicht (art. 3:154, lid 11 Wft) dat cassatieberoep mogelijk maakt tegen de beschikking van de rechtbank Amsterdam inzake de machtiging tot overdracht van de portefeuille van een levens-verzekeraar. Betrekkelijk nieuw is de mogelijkheid in bepaalde civiele zaken (massa-schade en andere massavorderingen) voor de rechtbank en het Gerechtshof om een prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad (art. 392 – 394 Rv).¹⁹ Deze mogelijkheid kent het bestuursrecht niet; daar is wel een speciale procedure ingericht voor massazaken, te weten massaal bezwaar in belastingzaken (art. 25a AWR). Hoewel in het bestuursrechtelijk schadevergoedingsrecht, dat per 1 juli 2013 in werking is getreden (titel 8.4 Awb), een cassatiebepaling niet had misstaan om rechtseenheid tussen bestuurs- en burgerlijke rechter te bewerkstelligen over het materiële aansprakelijkheidsrecht, heeft de wetgever daar van afgezien.

4.2.5. Beroep of verzoek?

Als is geregeld dat de bestuursrechter rechtsbescherming verleent, welke bestuurs-rechter en in hoeveel instanties, dan moet nog worden gekozen via welk model: bezwaar en beroep tegen een besluit, of een verzoek rechtstreeks aan de bestuurs-rechter. Hiervoor kwam al aan de orde de per 1 juli 2013 in werking getreden titel 8.4 Awb over schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten. Vanwege de complicaties met de combinatie schadevergoeding en het zelfstandige (of: zuivere) schadebesluit heeft de wetgever er voor gekozen bij schadevergoeding van het besluitbegrip af te stappen. De rechtsbescherming is thans vormgegeven via de verzoekschriftproce-dure. Er zijn twee soorten verzoeken: het losse verzoek (art 8:90 Awb), dat pas kan worden ingediend na een 'ingebrekestelling' aan het bestuur, en het connexe verzoek (art 8:91 Awb), dat kan worden ingediend tijdens het vernietigingsberoep tegen het schadeveroorzakende besluit. Niet uit te sluiten valt dat in de toekomst in de Awb een bredere toepassing zal worden gegeven aan de verzoekschriftprocedure. De minister van V en J heeft in zijn Innovatienota rechtsbestel van 31 oktober 2011 aangegeven de introductie van de verzoekschriftprocedure een belangrijke moder-nisering te vinden.

¹⁷ Art. 78 lid 4 Wet RO.

¹⁸ Zie bijv. Art. 129d WW dat luidt als volgt: '1. Tegen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep kan ieder der partijen beroep in cassatie instellen terzake van schending of verkeerde toepassing van de artikelen 2 tot en met 12 en 14, eerste lid, en de daarop berustende bepalingen. 2. Op dit beroep zijn de voorschriften betreffende het beroep in cassatie tegen de uitspraken van de gerechtshoven inzake beroepen in belastingzaken van overeenkomstige toepassing, waarbij de Centrale Raad van Beroep de plaats inneemt van een gerechtshof.'

¹⁹ Zie bijvoorbeeld HR 13 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1614.

'Via de verzoekschriftprocedure kan de benadeelde zijn schadeclaim op een snelle en eenvoudige wijze bij de rechter aanhangig maken en volgt relatief snel een definitief rechterlijk oordeel. Een dergelijk model, waarin de rechterlijke procedure niet is gestoeld op een beroep tegen een concreet besluit, maar waarin een rechtsverhouding tussen burger en overheid centraal staat, heeft ook aantrekkelijke kanten voor terreinen buiten het schadevergoedingsrecht. Te denken valt met name aan tweepartijenverhoudingen in het socialezekerheidsrecht. Daarbij is vaak sprake van een voortdurende rechtsverhouding tussen de overheid en een burger. Een eenvoudiger systeem is denkbaar, waarin de rechtsverhouding niet steeds wordt opgeknipt via een beroepsrecht tegen afzonderlijke besluiten, maar waarin de burger zich tot de bestuursrechter kan wenden als hij meent dat hij door het bestuur onrechtmatig is behandeld. Daarbij zou het gehele optreden van het bestuur aan de orde kunnen komen, inclusief het "achterliggende probleem". In het kader van de aangekondigde modernisering van het bestuursrecht zal een dergelijk model verder worden doordacht.'²⁰

Het is afwachten of en op welke terreinen van het bestuursrecht de verzoekschrift-procedure zal worden ingezet. Maar voldoende duidelijk is, dat bij de 'knoppen' van de wetgever ook de knop 'beroep of verzoek' hoort.

4.2.6. *Is de rechtsgang Awb-conform of zijn afwijkingen van de Awb geboden?*

Ook van de bepalingen die de procedure bij de bestuursrechter regelen (hoofdstuk 6 en 8 Awb) wordt op vele onderdelen door de wetgever afgeweken. Hieronder komen enkele aspecten aan de orde.

De beroepstermijn

Bijzonder van het besluitenprocesrecht met het vernietigingsberoep is dat pas een rechtsmiddel kan worden aangewend nadat het bestuursorgaan een besluit heeft genomen en bekendgemaakt. Dat is problematisch bij trage besluitvorming of anderszins bij nalatig bestuur. Via de regeling van het beroep tegen niet (tijdig) beslissen kan de bestuursrechter worden gevraagd bij uitspraak het bestuur op te dragen alsnog binnen twee weken, dan wel een redelijke termijn het gevraagde besluit te nemen. De bestuursrechter mag in die situatie niet alvast zijn eigen oordeel geven over de rechtsbetrekking; hij moet dat aan het bestuur overlaten.²¹ Ook als het bestuur nalaat handhavend op te treden, is voorzien in wettelijke mogelijkheden om te ageren tegen (niet) beslissen.²²

Het moment van rechtsbescherming is gekoppeld aan de bekendmaking van een besluit. Zo bepaalt artikel 6:8 lid 1 Awb dat de bezwaar- of beroepstermijn aanvangt met ingang van de dag na die waarop het besluit (op de voorgeschreven wijze) is bekendgemaakt. De wetgever heeft op die regel enkele uitzonderingen aanvaard voor de situaties van administratief beroep, goedkeuring en de toepassing van

²⁰ De Innovatienota rechtsbestel is te vinden op www.rijksoverheid.nl.

²¹ Anders dan de overige bestuursrechters acht de HR het niet ondenkbaar dat de bestuursrechter in het kader van een beroep tegen het fictieve 'kleurloze' besluit toch een inhoudelijke beslissing neemt. Zie HR 1 maart 2002, *BNB* 2002/168 en HR17 februari 2006, *BNB* 2006/168.

²² Zie artikel 5:31a Awb m.b.t. de feitelijke toepassing van bestuursdwang en art 5:37 lid 2 Awb omtrent de invorderingsbeschikking op verzoek van een belanghebbende.

Afdeling 3.4 Awb.²³ De termijn om bezwaar te maken en (hoger) beroep in te stellen bedraagt zes weken (art. 6:7 Awb). Deze 'verval'- termijn is kort in verhouding met de verjaringstermijnen uit het burgerlijk recht. De ratio van de korte termijn is gelegen in de rechtszekerheid. In bijzondere wetten wordt afgeweken van de zes wekentermijn. Zo wordt in art. I.7 lid 1 Kieswet een beroepstermijn van vier dagen gehanteerd. Art. 6.6 lid 1 Wft kent een beroepstermijn van 10 dagen.²⁴ De Ziektewet kent een beroepstermijn van twee weken voor besluiten die gaan over het al dan niet voortbestaan van de ongeschiktheid tot werken (art. 75k ZW). Deze termijnen zijn erg kort, maar lijken wel in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, waarin redelijke beroepstermijnen worden geëist ten einde te voldoen aan de eis van effectieve rechtsbescherming. Een (zeer) korte termijn kan echter worden gerechtvaardigd door – onder meer – de eis van rechtszekerheid.²⁵ In enkele bijzondere wetten zijn ook langere termijnen opgenomen, zoals in de Wet uitkeringen vervolgingsslachtoffers 1940-1945 (art. 44)²⁶ en de Wet uitkeringen burger-slachtoffers 1940-1945 (art. 56), voor belanghebbenden die in het buitenland zijn gevestigd. Dit roept de vraag op hoe de verlengde termijn van dertien weken in oorlogspensioenzaken zich verhoudt tot de zes weken voor in het buitenland gevestigde uitkeringsgerechtigden in de sfeer van de sociale zekerheid, die het zullen moeten doen met de termijn van zes weken. De extra week van artikel 6:9 lid 2 Awb bij verzending per post is er blijkens de toelichting juist ook gekomen voor beroepschriften uit het buitenland. Tot slot wordt opgemerkt dat dit soort verschillen achterhaald zijn indien digitaal verkeer met het bestuursorgaan en met de bestuursrechter regel wordt in plaats van uitzondering in plaats van uitzondering.

Beroep instellen of beroep van rechtswege?

Art. 8:1 Awb gaat uit van de mogelijkheid ('kan') beroep in te stellen voor belanghebbenden. Het is een optie voor de rechtzoekende. Als hij afziet van bezwaar

23 Art. 6:8 Awb luidt als volgt: '1. De termijn vangt aan met ingang van de dag na die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt. 2. De termijn voor het indienen van een bezwaarschrift tegen een besluit waartegen alleen door één of meer bepaalde belanghebbenden administratief beroep kon worden ingesteld, vangt aan met ingang van de dag na die waarop de beroepstermijn ongebruikt is verstreken. 3. De termijn voor het indienen van een beroepschrift tegen een besluit dat aan goedkeuring is onderworpen, vangt aan met ingang van de dag na die waarop het besluit, inhoudende de goedkeuring van dat besluit, op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt. 4. De termijn voor het indienen van een beroepschrift tegen een besluit dat is voorbereid met toepassing van afdeling 3.4 vangt aan met ingang van de dag na die waarop het besluit overeenkomstig artikel 3:44, eerste lid, onderdeel a, ter inzage is gelegd.'

24 Zie over deze bepaling ABRvS 25 februari 2013, AB 2013/146.

25 Zie J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Ars Aequi Nijmegen 2011, p. 293-298.

26 Art. 44 WUV luidt als volgt: 'In afwijking van artikel 6:7 van de Algemene wet bestuursrecht bedraagt de termijn voor het indienen van een beroepschrift dertien weken, indien de belanghebbende in het buitenland is gevestigd. In afwijking van artikel 6:4 van de Algemene wet bestuursrecht wordt ingeval een belanghebbende in het buitenland is gevestigd, het beroepschrift ingediend bij het hoofd van de Nederlandse diplomatieke dan wel consulaire vertegenwoordiging in wiens ambtsgebied of ressort hij gevestigd is, tenzij de Sociale verzekeringsbank in het desbetreffende land een eigen vertegenwoordiging heeft, in welk geval het beroepschrift aldaar wordt ingediend. De instantie, waar het beroepschrift op grond van de vorige volzin moet worden ingediend, zendt het toe aan de Centrale Raad van Beroep en voegt daaraan de gegevens toe die van belang zijn voor de beslissing op het beroepschrift.'

en beroep wordt het besluit onherroepelijk ('formele rechtskracht'). Bij de vreemdelingenbewaring is gekozen voor een andere constructie. In art. 93 Vw 2000 wordt de maatregel van bewaring gelijkgesteld met een besluit. De minister licht bij de inbewaringstelling onmiddellijk een zogeheten piketadvocaat in (tenzij betrokkene een eigen advocaat heeft, dan wordt die ingelicht). Die advocaat stelt dan doorgaans nog die dag of de dag erna beroep in. Als dat misgaat, kent de wet een vangnet. De minister moet, als de vreemdeling niet zelf beroep instelt, de rechtbank na uiterlijk vier weken in kennis stellen van die maatregel. Zodra de rechtbank de kennisgeving heeft ontvangen, wordt de vreemdeling geacht beroep te hebben ingesteld tegen de vrijheidsontnemende maatregel (het 'ex lege' beroep of beroep van rechtswege). Daarna moet een zitting bij de vreemdelingenrechter volgen binnen veertien dagen. De uitspraak volgt uiterlijk zeven dagen na de zitting. Bij de verlengingsbeslissing na zes maanden van de bewaring ontstaat zo nodig uiterlijk na vier weken een nieuw beroep van rechtswege; ook dan heeft de advocaat van betrokkene doorgaans al ruimschoots voor dat moment beroep ingesteld. De reden voor deze constructie is gelegen in verplichting op grond van art. 5 EVRM tot een spoedige rechterlijke controle op vrijheidsontneming, aangezien daarmee een ernstige inbreuk op het grondrecht tot vrijheid van de vreemdeling wordt gemaakt.

Het valt op dat de wetgever bij andere maatregelen die inbreuk maken op hetzelfde grondrecht niet heeft gekozen voor het beroep van rechtswege. Bij de bestuurlijke ophouding, die kan worden ingezet bij openbare ordeverstoringen zoals bij voetbalrellen, moet door de opgehoudene beroep worden ingesteld tegen het ophoudingsbesluit, in welk kader een voorlopige voorziening kan worden gevraagd.²⁷ Ook bij het besluit tot oplegging van een huisverbod door de burgemeester, waarbij inbreuk wordt gemaakt op het grondrecht van bewegingsvrijheid, is afgezien van het beroep van rechtswege en is het aan de rechtszoekende om rechtsmiddelen aan te wenden.²⁸

27 Art. 154a Gemeentewet, leden 10-12 luiden: '10. Artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing op de beschikking tot ophouding. 11. Indien tegen de beschikking tot ophouding een verzoek om een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht wordt gedaan: a. wordt, in afwijking van artikel 8:83, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de verzoeker die is opgehouden zo mogelijk nog tijdens zijn ophouding door de voorzieningenrechter gehoord; b. doet de voorzieningenrechter in afwijking van artikel 8:84, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht onmiddellijk na het horen van partijen uitspraak, en c. wordt, in afwijking van artikel 8:82, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, geen griffierecht geheven. 12. Bij de beoordeling van het verzoek betreft de voorzieningenrechter tevens de rechtmatigheid van de tenuitvoerlegging van de beschikking tot ophouding jegens verzoeker.'

28 Artikel 6 lid 1 en lid 2 Wvth luiden: '1. Indien tegen het huisverbod een verzoek om voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht, wordt gedaan: a. wordt, in afwijking van artikel 8:83, eerste lid, van die wet, de uithuisgeplaatste binnen drie dagen door de voorzieningenrechter gehoord; b. doet de voorzieningenrechter in afwijking van artikel 8:84, eerste lid, van die wet onmiddellijk na het horen van partijen uitspraak tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden, in welk geval de voorzieningenrechter binnen 24 uur na de behandeling van de zaak uitspraak doet. 2. De rechter betreft bij de beoordeling van het huisverbod tevens de feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na het opleggen van het huisverbod.'

Gewone behandeling, versneld of vereenvoudigd?

De gewone procedure bij de bestuursrechter gaat uit van vooronderzoek gevolgd door een onderzoek ter zitting. Hiervoor gelden vele (deel)termijnen. De Awb kent de mogelijkheid van versnelde behandeling (Afdeling 8.2.3), in welk geval een aantal met name genoemde termijnen worden bekort. Er vindt wel een zitting plaats. De toepassing van versnelde behandeling is een bevoegdheid van de bestuursrechter (art. 8:52 lid 1 Awb). De rechtzoekende kan verzoeken om toepassing van versnelde behandeling in een individueel geval. Een beleidsmatige toepassing vinden we in art. 23 lid 1 Procesregeling bestuursrecht 2010 waarin bij beroepen wegens niet tijdig beslissen – naast vereenvoudigde behandeling – versnelde behandeling wordt voorgeschreven. Soms bepaalt de wetgever dat de zaak versneld moet worden behandeld. Dit is onder andere gebeurd bij het hoger beroep tegen een besluit tot vordering van woonruimte op grond van de Hvw²⁹ en bij het besluit tot onteigening van een financiële instelling.³⁰

De Awb kent ook de mogelijkheid van vereenvoudigde behandeling (Afdeling 8.2.4), waarmee in zogenoemde 'kennelijk'-gevallen uitspraak wordt gedaan buiten zitting. Ook vereenvoudigde behandeling is een bevoegdheid van de bestuursrechter. Bij wet kan vereenvoudigde behandeling worden voorgeschreven (zie art. 8:55b lid 1 Awb) of juist worden uitgesloten (zie art. 6:7 lid 1 Wft).

De openbaarheid van de zitting

De Awb gaat uit van een openbare zitting (art 8:62 lid 1). De bestuursrechter kan echter bepalen dat het onderzoek ter zitting geheel of gedeeltelijk zal plaatshebben met gesloten deuren in het belang van vier limitatief opgesomde omstandigheden: openbare orde of de goede zeden (a), de veiligheid van de Staat (b), de belangen van minderjarigen of eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van partijen (c), de goede rechtspleging (d). Hier geldt dus als uitgangspunt 'openbaar, tenzij'. Het tegenovergestelde kennen we ook: 'niet openbaar, tenzij'. Zo vindt de bespreking van beroepen tegen medische besluiten (ZW, WAO, WIA) in beginsel achter gesloten deuren plaats voor zover betrekking hebbende op medische gegevens.³¹ Ook voor

29 Artikel 44 lid 3 Hvw luidt: 'De Afdeling behandelt de zaak met toepassing van afdeling 8.2.3 van de Algemene wet bestuursrecht en doet uiterlijk acht weken na de dag waarop het beroepschrift is ontvangen, uitspraak. Blijkt aan de Afdeling dat de zaak een gewone behandeling vordert, dan doet zij binnen dertien weken uitspraak.'

30 Artikel 6:7 lid 1 en lid 3 Wft luiden: '1. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State behandelt de zaak met toepassing van afdeling 8.2.3 van de Algemene wet bestuursrecht. Afdeling 8.2.4 van die wet blijft buiten toepassing. (...) 3. De Afdeling doet uitspraak uiterlijk op de veertiende dag nadat het beroepschrift is ontvangen. Indien met toepassing van artikel 8:14, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht twee of meer zaken gevoegd worden behandeld, doet de Afdeling uitspraak uiterlijk op de veertiende dag na ontvangst van het laatst ontvangen beroepschrift.'

31 Art. 75f lid 1 ZW luidt: 'Indien artikel 8:32, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht is toegepast, vindt in afwijking van artikel 8:62, eerste lid, van die wet het onderzoek ter zitting, voor zover betrekking hebbend op medische gegevens, met gesloten deuren plaats, tenzij de bestuursrechter ambtshalve of op verzoek van een van de partijen bepaalt dat het onderzoek openbaar is.' Zie in gelijke zin art 88f WAO.

het belastingrecht geldt als uitgangspunt: achter gesloten deuren, tenzij.³² De reden zal daarin zijn gelegen dat openbaarmaking van financiële gegevens van een partij, de privacy van die partij zou kunnen schaden. Bij beroepen tegen fiscale boetebe-sluiten geldt openbaarheid als uitgangspunt.

In de hiervoor genoemde gevallen kan de bestuursrechter steeds van het door de wetgever gekozen uitgangspunt afwijken; hij heeft de mogelijkheid maatwerk toe te passen. Maar de bestuursrechter zal dat zelden doen, omdat hij dan de afwijking van de hoofdregel moet motiveren. Om die reden vindt de behandeling van WOZ-zaken in de regel achter gesloten deuren plaats, terwijl de gegevens die over tafel gaan grotendeels publiek zijn of makkelijk kunnen worden achterhaald (kadastertelefoon) en zelden de privacy zullen schenden. Dat is in veel strafzaken en andere bestuursrechtzaken wel anders, terwijl daar de behandeling in beginsel openbaar is. Dit roept de vraag op waarom de wetgever niet vasthoudt aan het Awb-uitgangspunt: 'openbaar, tenzij'. Soms valt er niets te kiezen voor de rechter, namelijk als de wetgever heeft bepaald dat de behandeling ter zitting niet in het openbaar plaatsvindt (art. 3:154, lid 5 Wft).³³

De uitspraak

Op grond van art. 8:66, lid 1 Awb doet de bestuursrechter na sluiting van het onderzoek binnen zes weken schriftelijk uitspraak op het beroep. Die termijn kan onder bijzondere omstandigheden met zes weken worden verlengd, dus tot in totaal twaalf weken. De bestuursrechter kan ook mondeling uitspraak doen op het beroep. Hij doet dat doorgaans direct na sluiting van het onderzoek ter zitting. De (mondelinge) uitspraak kan met ten hoogste een week worden verdaagd (art. 8:67 lid 1 Awb).

De regeling van de artikelen 8:66 en 8:67 Awb zegt weinig over de totale lengte van de procedure, de periode vanaf de ontvangst van het beroepschrift tot aan de uitspraak. Voor de duur van het vooronderzoek zijn in de Awb namelijk geen termijnen vastgelegd. Een procedure bij de bestuursrechter kan snel gaan, vijf tot tien maanden is snel, maar ook lang duren, vier jaar voor één instantie komt voor. Dan is wel de redelijke termijn als bedoeld in art 6 EVRM geschonden, en is compensatie voor vooronderstelde spanning en frustratie geboden. Het bestuursprocesrecht is wat betreft de uitspraaktermijn vergelijkbaar met het strafprocesrecht. De regels van strafvordering verhinderen niet dat een strafzaak lang, soms jaren kan duren. Echter, indien het onderzoek is gesloten dan moet de uitspraak binnen veertien dagen volgen (art. 345 lid 3 Sv).

32 Art. 27c AWR luidt: 'Artikel 8:62 van de Algemene wet bestuursrecht is slechts van toepassing voorzover het beroep is gericht tegen een uitspraak waarbij een bestuurlijke boete geheel of gedeeltelijk is gehandhaafd. In andere gevallen heeft het onderzoek ter zitting plaats met gesloten deuren, maar kan de rechtbank bepalen dat het onderzoek openbaar is, voor zover de belangen van partijen daardoor niet worden geschaad.' Er is een voorstel in procedure tot wijziging van de Algemene wet inzake rijksbelastingen in verband met de openbaarheid van belastingrechtspraak waarbij artikel 27c AWR wordt geschrapt.

33 Artikel 3:154, lid 5 Wft luidt als volgt: 'De rechtbank behandelt het verzoek van de Nederlandsche Bank tot machtiging met de meeste spoed op een niet openbare terechtzitting op de voet van de rechtspleging in burgerlijke zaken, voorzover daarvan bij deze wet niet is afgeweken. De uitspraak wordt niet in het openbaar gedaan.'

De wetgever kan in de materiewet de bestuursrechter opdragen om binnen een bepaalde termijn de procedure met een uitspraak af te wikkelen. De reden daarvoor is dat bepaalde belangen vereisen dat binnen een bepaalde termijn rechtszekerheid bestaat over rechten en/of verplichtingen. De wetgever heeft hiervan veelvuldig gebruik gemaakt in het omgevingsrecht.³⁴ Termijnstellingen voor de rechter vinden we in vele andere wetten, waaronder art. 1.7 lid 3 Kieswet (uiterlijk op de zesde dag na ontvangst beroepschrift), in art. 6:7 lid 3 Wft (uiterlijk op veertiende dag na ontvangst beroepschrift), in art. 94 lid 3 Vw 2000 (binnen zeven dagen na de zitting, die moet plaatsvinden binnen veertien dagen na het beroep, zonder mogelijkheid van verlenging), en in art. 44 lid 3 Hvw (binnen acht weken na ontvangst beroepschrift, en met gewone behandeling binnen dertien weken).

De wetgever zal zich er van bewust moeten zijn dat er een grens is aan de mogelijkheid dwingende termijnen aan de rechter op te leggen. Het opnemen van wettelijke doorloop- en uitspraaktermijnen voor de bestuursrechter leidt er toe dat de betreffende procedures voorrang krijgen op andere procedures. Zaken waarvoor de 'gewone' Awb-regeling geldt, zonder dwingende termijnen, gaan daardoor langer duren. In de praktijk is gebleken dat de bestuursrechter niet steeds in staat is genoemde termijnen te halen.³⁵

Een ander aandachtspunt is het toekennen van tal van procesmogelijkheden in het bestuursprocesrecht, die voordelig zijn in termen van finale geschilbeslechting (macro), maar die de doorlooptijd per instantie (micro) doen toenemen. De toepassing van die mogelijkheden, zoals de bestuurlijke (en judiciële) lus, kan er toe leiden dat de uitspraaktermijn niet wordt gehaald. Hieraan wordt in de Chw tegemoetgekomen door de uitspraaktermijn te verlengen indien tussenuitspraak wordt gedaan (art. 1.7 Chw). Ook nieuwe procesmogelijkheden in de Awb, zoals de mogelijkheid incidenteel hoger beroep (art. 8:110 – 8:112 Awb) in te stellen, zullen leiden tot verlenging van de doorlooptijd van procedures. Dat kan problematisch zijn bij wettelijk gefixeerde doorloop- en uitspraaktermijnen.

4.2.7. Toetsing en finaliteit

Inherent aan het systeem van (vernietigings)beroep tegen besluiten is dat de bestuursrechter de rechtmatigheid van het besluit beoordeelt ten tijde van het nemen van het besluit. Hij kijkt dus terug in de tijd (ex tunc). Dat heeft als nadeel

34 Zie o.a. art. 8.2 lid 2 Wro (binnen twaalf maanden na afloop van de beroepstermijn op een beroep tegen een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan) en art. 8.3 lid 2 Wro (binnen zes maanden na ontvangst van het verweerschrift); art. 1.6 lid 4 Chw (binnen zes maanden na afloop van de beroepstermijn, tenzij een tussenuitspraak wordt gedaan); art. 26 lid 1 Tracéwet (bij tracébesluiten binnen twaalf maanden na ontvangst van het verweerschrift, met drie maanden verlengingsmogelijkheid (lid 2); bij de A74 binnen zes maanden na ontvangst van het verweerschrift); art. 14 Spoedwet wegverbreding (binnen twaalf maanden na ontvangst van de verweerschriften, met een mogelijkheid tot verlenging van twaalf weken).

35 Zie het persbericht van 18 mei 2011 op www.raadvanstate.nl: 'De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State streeft ernaar om de zaken waarop de Crisis- en herstelwet van toepassing is binnen de wettelijke termijn van zes maanden na het einde van de beroepstermijn af te ronden met een uitspraak. Dat lukt niet in alle gevallen.'

dat de rechter in beginsel geen rekening kan houden met de situatie ten tijde van de procedure en de zitting. Dat is anders in de verzoekschriftenprocedure, waar de belanghebbende de bestuursrechter verzoekt de rechtsbetrekking vast te stellen; in die procedure zal de bestuursrechter in de regel *ex nunc* oordelen, dat wil zeggen op basis van de feiten, omstandigheden en het recht zoals die zich voordoen ten tijde van zijn oordeel (vgl. titel 8.4 Awb). De reden voor invoering van deze procedure is mede gelegen, blijkens de toelichting, in de nadelen die kleven aan het besluitmodel bij vragen van aansprakelijkheid voor onrechtmatig overheidshandelen. De minister heeft aangekondigd dat hij bereid is te bezien in welke delen van het bestuursrecht de verzoekschriftprocedure nog meer kan worden ingevoerd. Maar omdat het zo ver nog niet is, ligt de focus in deze paragraaf verder op het vernietigingsberoep en de *ex tunc*-toetsing.

Het nadeel van de *ex tunc*-toetsing en het wettelijk georganiseerd terugkijken in de tijd wordt enigszins gemitigeerd door wettelijke regelingen die bewerkstelligen dat na het instellen van beroep genomen besluiten die vallen binnen dezelfde rechtsbetrekking kunnen dan wel moeten worden meegenomen in de lopende procedure. De Awb kent een aantal concentratie-bepalingen.³⁶ Maar ook in bijzondere wetten zijn concentratieregelingen opgenomen.³⁷ Aanwijzing 153 vraagt aandacht voor de vraag of bij het instellen van een concentratieregeling het rechtsmiddel moet gelden voor alle voorgaande besluiten of alleen tegen het laatste besluit.³⁸ Uit de toelichting volgt 'dat het beperken van de lasten voor de rechtspraak enerzijds en het geen afbreuk doen aan de rechtsbescherming van de burger anderzijds hierbij tegen elkaar dienen te worden afgewogen. Een punt van overweging kan mede zijn dat het laatste besluit in de reeks niet het essentiële besluit is. In deze gevallen zal in de desbetreffende beroepsbepaling het beroep tegen de aan het laatste besluit voorafgaande besluiten uitdrukkelijk moeten worden uitgezonderd.'

Het nadeel van de *ex tunc*-toetsing wordt verder in sommige wetten weggenomen door de opdracht aan de rechter om (na vernietiging) rekening te houden met feiten en omstandigheden, waar onder beleidswijzigingen, die na het besluit hebben plaatsgevonden, dus om *ex nunc* te toetsen. Dit geldt bij de beoordeling van de vraag of asielzoekers voor een verblijfstitel in aanmerking komen (art. 83 Vw 2000) en voor de beoordeling van de uithuisplaatsing (art. 6 lid 2 Wth). Van belang is voorts de opdracht van de wetgever aan de bestuursrechter om het geschil zoveel mogelijk definitief te beslechten (artikel 8:41a Awb). Dat kan onder meer door – al dan niet na een tussenuitspraak – de rechtsgevolgen in stand te laten of zelf in de

36 Zie de art 4:19 (bestuurlijke dwangsom bij beroep niet tijdig beslissen), 4:125 (financiële nevenbeschikkingen), 5:31c (bestuursdwang), 5:39 (last onder dwangsom), 6:19 (wijzigingsbesluiten) en 6:20 Awb (reëel besluit na beroep tegen niet tijdig beslissen).

37 Zie o.a. art. 15, lid 2, Woningwet en art. 9, lid 2 Wth (bij het besluit tot verlenging van het huisverbod).

38 Aanwijzing 153 luidt: 1. Indien de besluitvorming uiteenvalt in een reeks achtereenvolgende besluiten, wordt overwogen of het uit een oogpunt van concentratie van rechtsbescherming aanbeveling verdient te bepalen dat de desbetreffende administratiefrechtelijke voorzieningen slechts openstaan tegen het laatste besluit in deze reeks. 2. In dat geval wordt tevens bepaald dat daarbij ook de voorafgaande besluiten kunnen worden betrokken.

zaak te voorzien (artikel 8:72 lid 3, onderdelen a en b, Awb). Bij de toepassing van die instrumenten dient de bestuursrechter eveneens ex nunc te oordelen.

Bij boetebesluiten moet de bestuursrechter zelf in de zaak voorzien (art 8:72a Awb), hetgeen de finaliteit bevordert; dit sluit toepassing van de bestuurlijke lus niet uit.³⁹ Het spreekt voor zich dat de bestuursrechter in de verzoekschriftprocedure ook zelf in de zaak voorziet indien het verzoek geheel of gedeeltelijk voor toewijzing in aanmerking komt (art 8:95 Awb).

4.2.8. *Het spoedoordeel en de voorlopige voorziening*

Spoedoordelen worden doorgaans gegeven door de voorzieningenrechter, maar in bijzondere omstandigheden kan de wetgever bepalen dat de bodemrechter met spoed uitspraak moet doen. Dat zagen we hiervoor al in onder andere de Kieswet, de Wft, de Vw 2000 en de Wth. Nu aandacht voor de (on)mogelijkheden van de voorzieningenrechter.

Het bestuursprocesrecht kent niet het zelfstandig 'kort geding'. Op grond van titel 8.3 Awb (artikel 8:81) kan de belanghebbende bij de voorzieningenrechter een verzoek om een voorlopige voorziening doen. Dat kan echter alleen indien bezwaar is gemaakt of (administratief) beroep of hoger beroep is ingesteld. De koppeling tussen verzoek en bodemprocedure heet de connexiteitseis. Een voorlopige voorziening kan dus niet worden gevraagd en gekregen in de fase van zienswijzen tegen een ontwerp-besluit (Afdeling 3.4 Awb). In die fase zal de belanghebbende het moeten hebben van de burgerlijke rechter. Nog onduidelijk is of en zo ja op welke wijze de connexiteitseis moet worden toegepast tijdens het verzoek om schadevergoeding (art. 8:90 en 8:91 Awb) als bodemprocedure en of de voorzieningenrechter ook al kan worden benaderd in de 'wachttijd' van acht weken als bedoeld in art. 8:90 lid 2 Awb. Wil de bestuursrechter een 'effective remedy' bieden, dan zal hij een verzoek in die fase moeten ontvangen. Dit om te voorkomen dat een benadeelde belanghebbende zich voor een voorschot om schadevergoeding in dat stadium van de procedure zal moeten wenden tot de burgerlijke rechter.

De voorzieningenrechter kan een besluit schorsen of een andere voorziening treffen. Indien de procedure zich bevindt in het stadium van (hoger) beroep kan de voorzieningenrechter 'kortsluiten', waarmee tevens de hoofdzaak wordt afgedaan (art. 8:86 Awb). Als een voorlopige voorziening is getroffen, kan worden gevraagd om opheffing of wijziging van die voorziening (art. 8:87). De voorzieningenrechter kan zonder zitting uitspraak doen (art. 8:83 lid 4) en doet overigens zo spoedig mogelijk (schriftelijk of mondeling) uitspraak.

Er zijn gevallen waarin de wetgever heeft bepaald dat de voorzieningenrechter binnen een bepaalde termijn uitspraak moet doen op het verzoek. In art. 6 lid 1 Wth

³⁹ Zie hierover o.a. CRvB 3 augustus 2011, AB 2012/224, m.nt. Stijnen, en de einduitspraak CRvB 21 februari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV6610. Zie verder CBb 14 maart 2012, AB 2012/225, m.nt. Stijnen, en Rb. Almelo 29 oktober 2012, AB 2012/394 m.nt. Koenraad.

is geregeld dat de voorzieningenrechter – in afwijking van de Awb – de uithuisgeplaatste hoort binnen drie dagen en dat onmiddellijk mondeling uitspraak wordt gedaan, of – in bijzondere gevallen – uiterlijk binnen 24 uur na de behandeling van de zaak schriftelijk uitspraak. In art. 154a lid 10 Gemeentewet is geregeld – deels in afwijking van de Awb – dat de voorzieningenrechter de verzoeker zo mogelijk nog tijdens zijn ophouding hoort, dat wil zeggen binnen twaalf uren. Verder moet de voorzieningenrechter onmiddellijk mondeling uitspraak doen en bij toewijzing van het verzoek besluiten tot onverwijld invrijheidstelling.

Soms is door de wetgever bepaald dat titel 8.3 Awb niet van toepassing is.⁴⁰ In dat geval kan dus geen voorlopige voorziening bij de bestuursrechter worden gevraagd en zal de burgerlijke rechter aanvullende rechtsbescherming moeten verlenen. De noodzaak tot het vragen van een voorlopige voorziening kan worden voorkomen indien de wetgever bepaalt dat de inwerkingtreding van een besluit wordt opgeschort en/of door schorsende werking toe te kennen aan het aanwenden van een rechtsmiddel (par. 4.2.9).

4.2.9. Preventieve rechterlijke toetsing, schorsende werking en opschortende werking

Preventieve rechterlijke toetsing

Hiervoor kwam al aan de orde dat de rechtsbescherming bij de bestuursrechter beperkt is tot voor beroep vatbare besluiten. Dat betekent dat de burgerlijke rechter rechtsbescherming moet verlenen bij onder andere niet voor beroep vatbare besluiten, in de fase dat het besluit nog niet is genomen en bekendgemaakt, en bij benadeelden door een besluit die niet worden aangemerkt als belanghebbende bij dat besluit. Verder gaat de bestuursrechter, enige uitzonderingen daargelaten, (nog) niet over feitelijk overheidshandelen. Een aankondiging van een onderzoek is geen besluit.⁴¹ De bestuursrechtelijke rechtsbescherming schiet hier dus te kort. De rechtsbescherming ter zake van inspectie, controle, toezicht, zoals geregeld in titel 5.2 Awb, is eerst en vooral de competentie van de burgerlijke rechter. Toezichthouders hebben tal van bevoegdheden, waaronder het betreden van elke plaats, met uitzondering van een woning zonder instemming van de bewoner (art. 5:15 lid 1 Awb). Zij kunnen zich zo nodig toegang verschaffen met behulp van de sterke arm (art. 5:15 lid 2 Awb). Het gaat hier om ingrijpende 'opsporing'-bevoegdheden zonder controle vooraf bij de bestuursrechter.

Vanwege de samenhang met strafrechtelijke opsporingsbevoegdheden is in sommige bestuursrechtelijke wetten voorzien in strafrechtelijke preventieve toetsing. Zo

⁴⁰ Zie bijv. art. 44 lid 1 Huisvestingswet m.b.t. besluit tot woningvordering. De wetgever heeft voor bezwaar en beroep tegen dergelijke besluiten tevens voorzien in opschortende werking van het besluit, zodat de noodzaak om een voorlopige voorziening (schorsing) te vragen ontbreekt.

⁴¹ ABRvS 15 juli 2009, AB 2010/97 m.nt. Boswijk, in WIB-zaak.

is bij huis- en bedrijfsbezoeken door de ACM in het kader van de Mededingingswet toestemming (machtiging) van de rechter-commissaris vereist (art 55a lid 1 Mw).⁴² Uit oogpunt van consistentie komt de vraag op waarom een dergelijke preventieve toets ontbreekt bij huisbezoeken in het kader van de sociale zekerheid en de Hvw.⁴³

Schorsende werking

Besluiten treden doorgaans in werking de dag na bekendmaking. Vanaf dat moment kan bijvoorbeeld gebruik worden gemaakt van de verstrekte vergunning, met alle gevolgen van dien. In art. 6:16 Awb is de hoofdregel neergelegd dat het maken van bezwaar of het instellen van beroep geen schorsende werking heeft. Op grond van artikel 6:24 Awb geldt die regel ook voor het hoger beroep, incidenteel hoger beroep en bij (incidenteel) cassatieberoep. Het aangevochten besluit c.q. de aangevochten uitspraak wordt door het aanwenden van het rechtsmiddel dus niet geschorst.

De wetgever kan van deze hoofdregel afwijken. Aanwijzing 160⁴⁴ vraagt aandacht voor het al dan niet toekennen van schorsende werking. In de toelichting is aangegeven dat 'met het oog op de rechtsbescherming, in het bijzonder van derden-belanghebbenden, het soms gewenst kan zijn om te regelen dat de werking van een besluit gedurende een bepaalde periode na de bekendmaking wordt opgeschort. Aandacht hiervoor is met name van belang als de uitvoering van het besluit tot onomkeerbare gevolgen leidt.' Het gaat dus om een afweging van belangen, te weten de belangen gemoeid met onmiddellijke werking van het besluit enerzijds en anderzijds de belangen van andere belanghebbenden om onomkeerbare gevolgen te kunnen voorkomen en om de rechter de kans te geven op verzoek een (voorlopig) oordeel te vellen over de rechtmatigheid van het besluit.

In beginsel geldt de schorsende werking voor de periode waarbinnen bezwaar kan worden gemaakt of beroep kan worden ingesteld bij een bestuursrechter. Een verdergaande mogelijkheid is dat wordt bepaald dat het besluit buiten werking blijft totdat op een ingesteld beroep is beslist. Overigens geldt dat de bestuursrechter in het kader van de bevoegdheid tot het treffen van een voorlopige voorziening op grond van een daartoe ingesteld verzoek kan beslissen de schorsing op te heffen. Het

42 Art 55a Mw luidt: '1. Voor het betreden of het doorzoeken, bedoeld in artikel 55, eerste lid, is een voorafgaande machtiging vereist van de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank Rotterdam. De machtiging kan bij wijze van voorzorgsmaatregel worden gevraagd. De machtiging wordt zo mogelijk getoond. 2. Artikel 171 van het Wetboek van Strafvordering is van overeenkomstige toepassing. De rechter-commissaris kan het openbaar ministerie horen alvorens te beslissen. 3. Tegen de beslissing van de rechter-commissaris staat voor zover het verzoek om een machtiging niet is toegewezen, voor de Autoriteit Consument en Markt binnen veertien dagen beroep open bij de rechtbank Rotterdam. 4. Het betreden of het doorzoeken vindt plaats onder toezicht van de rechter-commissaris. 5. De artikelen 2 en 3 van de Algemene wet op het binnentreden zijn niet van toepassing.'

43 Art. 77 Hvw luidt: 'De toezichthouder is bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, een woning binnen te treden zonder toestemming van de bewoner.'

44 Aanwijzing 160 lid 1 luidt: '1. Bij het openstellen van beroep wordt overwogen of moet worden afgeweken van de hoofdregel van artikel 6:16 Awb, inhoudend dat het aanwenden van de rechtsmiddelen van bezwaar, beroep en hoger beroep geen schorsende werking heeft.'

is van belang onderscheid te maken tussen schorsende werking van het bezwaar, het beroep en het hoger beroep.

Schorsende werking van het bezwaar komt voor in o.a. 1:85 Wft⁴⁵ en kwam voor in art 48h, lid 2 Wet toezicht effectenverkeer (Wte 1995).⁴⁶ Schorsende werking van het beroep zien we terug in het hiervoor genoemde art. 1:85 Wft en in art. 48h lid 1 Wte 1995.⁴⁷ In art 48h Wte 1995 was geregeld dat de werking van een boetebeschikking wordt opgeschort tot dat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist (lid 1). Voor overtredingen gold de opschorting alleen de bezwaarfase (lid 2). Schorsende werking van het beroep komt ook voor bij onder meer de beschikking op een verzoek om verlengen bekostigingsstermijn en over de beëindiging van de bekostiging,⁴⁸ het vorderingsbesluit van woonruimte,⁴⁹ de verblijfsvergunning regulier (art 73 Vw 2000), en de verblijfsvergunning asiel (art 82 Vw 2000). Een 'zwaardere' variant ontstaat als de schorsende werking van beroep wordt gecombineerd met de opschorting van een besluit gedurende een bepaalde periode, doorgaans de bezwaar- of beroepstermijn, en als beroep wordt ingesteld totdat op dat beroep is beslist. Deze constructie is gebruikt bij de monumentensloopvergunning⁵⁰ en bij de boete en last onder dwangsom in het mededingingsrecht (art. 63 Mw). Schorsende werking van het hoger beroep komen we tegen in het sociale zekerheidsrecht en het belastingrecht.⁵¹ De ratio is gelegen in het restitutierisico van het bestuur, indien op grond van de uitspraak van

45 Art. 1:85 Wft luidt: '1. Indien tegen een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete bezwaar of beroep wordt aangetekend, schorst dit de verplichting tot betaling van de boete totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist. 2. De schorsing van de verplichting tot betaling schorst niet de berekening van de wettelijke rente.'

46 Art 48h, lid 2 Wte 1995 (ingetrokken per 1 januari 2007 en vervangen door de Wft) luidde: 'In afwijking van het eerste lid wordt de werking van de beschikking tot oplegging van een boete voor een overtreding die op grond van artikel 48f, tweede lid, is aangewezen, opgeschort totdat de bezwaartermijn is verstreken of, indien bezwaar is gemaakt, op het bezwaar is beslist.' Zie ook art. 12p van het wetsvoorstel Stroomlijningswet (*Kamerstukken II* 2012-2013, 33 622, nr. 2). Uit de toelichting (*Kamerstukken II* 2012/2013, 33 622, nr. 3) blijkt dat de wetgever voortaan alleen nog aan het rechtsmiddel van bezwaar schorsende werking wil toekennen en alleen gedurende 24 weken. Die termijn is een optelsom van zes weken bezwaartermijn, zes weken extra bij een bezwaaradviescommissie en de mogelijkheid om de termijn met zes weken te verdagen.

47 Art 48h, lid 1 Wte 1995 luidde: 'De werking van de beschikking tot oplegging van een boete wordt opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist.'

48 Zie art. 5 Experimentenwet onderwijs.

49 Zie art. 44 lid 2 Hvw.

50 Art 17 lid 3 Monumentenwet 1988 luidt: 'De werking van de vergunning wordt opgeschort, totdat de beroepstermijn is verstreken, of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist. De vergunninghouder kan de voorzieningenrechter van de rechtbank onderscheidenlijk de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State verzoeken de opschorting op te heffen. Titel 8.3 van de Algemene wet bestuursrechtspraak is van overeenkomstige toepassing.'

51 Zie hiervoor art. 8:106 Awb, art. 9 Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak (CRvB) en art. 27h lid 3 AWR. De laatste bepaling luidt: 'De werking van de uitspraak van de rechtbank of van de voorzieningenrechter wordt opgeschort totdat de termijn voor het instellen van hoger beroep is verstreken of, indien hoger beroep is ingesteld, op het hoger beroep onherroepelijk is beslist. De eerste volzin geldt niet indien de uitspraak een beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit betreft.'

de rechtbank door het bestuur aan de burger moet worden betaald tijdens hoger beroep. Schorsende werking van het cassatieberoep komt voor in het belastingrecht (art 28 lid 7 AWR).⁵²

De wetgever kan dus kiezen uit een groot aantal varianten van schorsende werking van rechtsmiddelen, lichtere en zwaardere, al dan niet in combinatie met opschorting van het besluit, welke opschorting weer gekoppeld kan zijn aan het indienen van een verzoek om een voorlopige voorziening. De keuze van de wetgever om al dan niet schorsende werking toe te kennen aan bezwaar en/of (hoger) beroep is van betekenis voor de rechtsbescherming. Indien schorsende werking is toegekend aan bezwaar en/of beroep volstaat het aanwenden van dat rechtsmiddel om te bereiken dat de werking van het besluit wordt opgeschort. Indien geen schorsende werking is toegekend, zal de belanghebbende tevens om een voorlopige voorziening moeten vragen bij de voorzieningenrechter om de werking van het besluit geschorst te krijgen.

Voor sommige boetebesluiten geldt dus schorsende werking (boetes in het financiële bestuursrecht), voor andere boetebesluiten niet, zoals voor boetes op grond van de WAV. Dit terwijl ook boetes buiten het financiële bestuursrecht fors kunnen zijn. De vraag is dan ook welke factoren voor de wetgever bepalend zijn om al dan niet schorsende werking te verbinden aan het aanwenden van een rechtsmiddel (financiële prikkel, hoogte boete, voorkomen procedures bij de voorzieningenrechter, etc). Is sprake van voldoende consistentie, mede in het licht van het gegeven dat boetes in het strafrecht pas kunnen worden ingevorderd nadat deze door de rechter zijn opgelegd en het instellen van (cassatie)beroep schorsende werking heeft?⁵³

Schorsende werking van een rechtsmiddel moet worden onderscheiden van de opschortende werking, dat wil zeggen uitgestelde inwerkingtreding, van een besluit. Opschortende werking en schorsende werking kunnen ook worden gecombineerd.

Opschortende werking

Wanneer treedt een besluit in werking? De hoofdregel is hier dat een besluit in werking treedt de dag na die waarop het is bekendgemaakt. Bekendmaking geschiedt door uitreiking, verzending en/of publicatie van het besluit (art. 3:40 – 3:44 Awb). Op deze hoofdregel heeft de wetgever uitzonderingen gemaakt.

Een eerste categorie uitzonderingen vormt de opschorting van de inwerkingtreding tijdens de bezwaar- en/of beroepstermijn. Deze variant zagen we hiervoor al bij de monumentensloopvergunning. In art. 12p 'Stroomlijningswet' wordt de werking van een boetebesluit van de ACM opgeschort totdat de termijn voor het maken van

⁵² Art. 28 lid 7 AWR luidt: 'De werking van de uitspraak van het gerechtshof, de rechtbank of de voorzieningenrechter wordt opgeschort totdat de termijn voor het instellen van beroep in cassatie is verstreken of, indien beroep in cassatie is ingesteld, op het beroep in cassatie is beslist.'

⁵³ In het strafrecht geldt als hoofdregel de schorsende werking van (cassatie)beroep. Art. 557 lid 1 Sv luidt: '1. Voor zover niet anders is bepaald, mag geen beslissing worden ten uitvoer gelegd, zolang daartegen nog enig gewoon rechtsmiddel openstaat en, als dit is aangewend, totdat het is ingetrokken of daarop is beslist.'

bezwaar is verstreken; als binnen die termijn bezwaar is gemaakt wordt de opschorting in beginsel verlengd tot 24 weken na de dag van bekendmaking van het boetebesluit.⁵⁴ Nog enkele voorbeelden uit het omgevingsrecht: de aanlegvergunning (art. 44 Wro),⁵⁵ de goedkeuring van een bestemmingsplan (art. 28 lid 7 WRO-oud) en tal van milieubesluiten (art 20.3 Wet milieubeheer).⁵⁶ Ook de Wabo kent deze constructie. Art. 6.1 lid 2 Wabo bepaalt dat het besluit pas in werking treedt na het verstrijken van de bezwaar (a)- of beroepstermijn (b). Dat geeft belanghebbende die het besluit wil bestrijden de mogelijkheid het rechtsmiddel van bezwaar of beroep aan te wenden en een verzoek om een voorlopige voorziening in te dienen, terwijl het aangevochten besluit nog geen materiële rechtskracht heeft. De eventuele nadelige gevolgen van het besluit treden nog niet in. Van de belanghebbende wordt dus actie verwacht, die moet niet alleen bezwaar maken of beroep instellen, maar daarnaast ook een voorlopige voorziening vragen. Doet de belanghebbende dat niet dan houdt de opschortende werking op aan het eind van de bezwaar- of beroepstermijn en treedt het besluit in werking. Het gevolg van het (tijdig) vragen om een voorlopige voorziening is dat de opschorting van het besluit voortduurt tot het oordeel van de voorzieningenrechter (art. 6.1 lid 3 Wabo).⁵⁷ Wordt het verzoek afgewezen, dan vervalt de opschortende werking en treedt het besluit in werking. Indien het verzoek wordt toegewezen dan kan het besluit worden geschorst, doorgaans tot op het bezwaar is beslist of tot de uitspraak op het beroep.

Een 'zwaardere' variant wordt verkregen door de opschorting / schorsing niet te beperken tot het einde van de bezwaar- of beroepstermijn (dus gedurende zes weken), maar deze te laten voortduren tot op het bezwaar of het beroep is beslist. Bij die constructie kan de aanlegger van de procedure, bijvoorbeeld de omwonende die een omgevingsvergunning van zijn buurman bestrijdt, 'achterover leunen' en de uitkomst afwachten. Dit terwijl de vergunninghouder gedurende de procedure van zijn vergunning geen gebruik kan maken. Om die reden opent de wetgever soms de mogelijkheid voor de vergunninghouder een voorlopige voorziening te vragen om de opschortende werking op te heffen. We zien deze optie onder andere bij de van

54 Zie art. 12p wetsvoorstel Stroomlijningswet (*Kamerstukken II* 2012-2013, 33 622, nr. 2).

55 Art. 44 lid 4 WRO (vervallen per 1 juli 2008) luidde als volgt: 'De vergunning treedt in werking met ingang van de zevende week na de dag waarop zij is verleend.' Art. 3.16 lid 4 Wro luidt: 'De vergunning treedt, onverminderd het bepaalde in artikel 8.4, derde lid, in werking met ingang van de zevende week na de dag waarop zij is bekendgemaakt.'

56 Art. 20.3 lid 1 Wm luidt: 'Een besluit op grond van: deze wet en (...) waartegen ingevolge artikel 2 van de bij de Algemene wet bestuursrecht behorende Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan worden ingesteld, treedt in werking met ingang van de dag na de dag waarop de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift afloopt, dan wel, indien ingevolge artikel 7:1, eerste lid, onderdeel d of e, van de Algemene wet bestuursrecht geen bezwaar kan worden gemaakt, met ingang van de dag na de dag waarop de termijn voor het indienen van een beroepschrift afloopt. Indien gedurende die termijn bij de bevoegde rechter een verzoek om voorlopige voorziening is gedaan, treedt het besluit niet in werking voordat op dat verzoek is beslist.'

57 Art. 6.1 lid 3 Wabo luidt: 'Indien in gevallen als bedoeld in het tweede lid, gedurende de daar bedoelde termijn bij de bevoegde rechter een verzoek om voorlopige voorziening is gedaan, treedt de beschikking niet in werking voordat op dat verzoek is beslist.'

rechtswege vergunning in art. 6.1 lid 4 Wabo⁵⁸ en bij de monumentensloopvergunning in art. 17 lid 3 Monumentenwet 1988, die hiervoor al aan de orde kwam.

Een tweede categorie uitzonderingen op de hoofdregel van inwerkingtreding daags na de bekendmaking wordt gevormd door het koppelen van de inwerkingtreding van een besluit aan het moment van de publicatie er van op een voorgeschreven wijze. Zo bepaalt art. 15.2a lid 4 Telecommunicatiewet dat van een besluit waarbij een aanbieder wordt verboden nog langer elektronische communicatiewerken of -diensten aan te bieden mededeling moet worden gedaan in de Staatscourant; het besluit treedt niet eerder in werking dan twee weken na die mededeling.

4.2.10. *Beslistermijnen en de gevolgen van niet tijdig beslissen*

Zonder besluit geen toegang tot de bestuursrechter. Het is dan ook van belang dat het bestuur tijdig beslist, ambtshalve maar ook op aanvragen en bezwaarschriften. De termijnen voor het bestuur om te besluiten verschillen nogal. In de bijzondere wetten zijn veel speciale termijnen opgenomen, die afwijken van de algemene termijnen in de Awb. Lange beslistermijnen houden de rechtzoekende af van de bestuursrechter. Is in de bijzondere wet niet een van de Awb afwijkende termijn opgenomen, dan gelden de termijnen uit de Awb. Voor primaire besluiten is de uiterste termijn acht weken (art. 4:13 Awb). De beslissing op bezwaar moet worden genomen binnen zes of uiterlijk twaalf weken (art. 7:10 Awb). Als de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van toepassing is geldt een beslistermijn van maximaal zes maanden (art. 3:18 Awb). Nagenoeg alle termijnen kunnen worden verlengd of verdaagd. In de bijzondere wetten 'regent' het van de Awb afwijkende beslistermijnen, bijvoorbeeld in art. 129 WW en de art. 73a en 74 Zw.⁵⁹

Los van de nationale beslistermijnen mag de procedure bij het bestuur (en de rechter) niet onredelijk lang duren (art 6 en 13 EVRM). Voor de bezwaarfase betekent dit in niet-punitieve zaken niet langer dan zes maanden.⁶⁰ De gevolgen van niet tijdig beslissen zijn verschillend geregeld. De wetgever kan aan niet tijdig

58 Art. 6.1 lid 4 Wabo luidt: 'In afwijking van het eerste lid wordt de werking van een overeenkomstig artikel 3.9, derde lid, van rechtswege verleende vergunning opgeschort totdat de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift, bedoeld in artikel 6:7 van de Algemene wet bestuursrecht, is verstreken of, indien bezwaar is gemaakt, op dit bezwaar is beslist. De vergunninghouder kan de voorzieningenrechter van de rechtbank verzoeken de opschorting op te heffen. Titel 8.3 van de Algemene wet bestuursrecht is van overeenkomstige toepassing.'

59 Genoemde artikelen kennen termijnen van dertien, zeventien en eenentwintig weken na het verstrijken van de bezwaartermijn. Nog langere termijnen met ruime verlengingsmogelijkheden t.a.v. in het buitenland wonende belanghebbenden zien we in de sfeer van de oorlogspensioenen, zoals in art 37b Wet buitengewoon pensioen 1940-1945, art 44b Wet buitengewoon pensioen Indonesisch verzet, art. 43 Wet uitkeringen vervolgingsslachtoffers 1940-1945, en art. 55 Wet uitkeringen burger-oorlogsslachtoffers 1940-1945.

60 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting over de rechtspraak inzake de redelijke termijn de special *Overheid en Aansprakelijkheid* 2013, nr. 2 mei 2013, 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling', par. 4, p. 61-71. De termijnen zijn geharmoniseerd naar aanleiding van de conclusie van Staatsraad A-G Widdershoven van 23 oktober 2013 in ECLI:NL:RVS:2013:1586. Zie ABRvS 29 januari 2014, AB 2014/115.

beslissen materiële gevolgen verbinden (de aanvraag wordt geacht te zijn geweigerd, dan wel verleend). De positieve fictieve beschikking (de 'lex silencio positivo') is neergelegd in de Awb (afd. 4.1.3.3 Awb). Tegen die fictieve beschikking staat bezwaar en beroep open. Ook als het niet tijdig beslissen niet van rechtswege materiële gevolgen heeft, kan de belanghebbende daartegen opkomen bij de bestuursrechter (art. 6:2 Awb en Afd. 8.2.4a Awb), omdat het niet tijdig beslissen voor de rechtsbescherming met een Awb-besluit is gelijkgesteld. Daarnaast kan het bestuur een dwangsom verbeuren van maximaal € 1.260 indien twee weken na ingebrekestelling nog niet is beslist (par. 4.1.3.2 Awb).

4.2.11. De bestuurlijke voorprocedure

Voordat beroep op de rechter kan worden ingesteld moet een voorprocedure bij het bestuur worden doorlopen (art. 6:13 Awb). Indien niets wordt geregeld door de wetgever dan is de bezwaarprocedure van toepassing. Verder komen voor het administratief beroep, en de uniforme openbare voorbereidingsprocedure.

In de bezwarenprocedure neemt het bestuur een eerste besluit, al dan niet naar aanleiding van een aanvraag. Het primaire besluit wordt bekendgemaakt en treedt in werking. Het besluit heeft materiële rechtskracht en de (eventuele belastende) rechtsgevolgen treden in. Tegen het primaire besluit kan binnen zes weken bezwaar worden gemaakt (art. 6:7 Awb). Het bestuur moet zijn besluit heroverwegen op de grondslag van het bezwaar (art. 7:11 Awb). De procedure voorziet in het houden van een hoorzitting (art. 7:2 en 7:3 Awb). Tegen het besluit op bezwaar staat beroep open op de bestuursrechter (art. 8:1 en 7:1, lid 2 Awb), wederom binnen zes weken. Tijdens bezwaar kan aan de voorzieningenrechter een verzoek om een voorlopige voorziening (schorsing / maatregel) worden gevraagd (art. 8:81 Awb).

Administratief beroep is alleen van toepassing als de wetgever die mogelijkheid heeft geopend. Administratief beroep houdt in dat tegen het besluit van bestuursorgaan A beroep kan worden ingesteld bij bestuursorgaan B, het beroepsorgaan. Zo kan van een besluit van de korpschef (A) tot intrekking van een wapenvergunning administratief beroep worden ingesteld bij de minister van V en J (B; art. 34 lid 1 Wwm). Ook de WAHV kent administratief beroep (art. 6-8), in dit geval bij de officier van justitie. De procedure voorziet in een hoorzitting (art. 7:16 en 7:17 Awb). Het beroepsorgaan kan het eerste besluit vernietigen als dat in strijd is met het recht (art. 7:25 Awb). Tegen het besluit op administratief beroep van het beroepsorgaan staat beroep open op de bestuursrechter (art. 8:1 en 8:5 lid 2 Awb). Tijdens het administratief beroep kan de voorzieningenrechter worden benaderd met een verzoek om een voorlopige voorziening.

Bij de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, ook wel het 'zienswijzemodel' genoemd werkt het anders. Dat model is van toepassing als de wetgever dat specifiek heeft voorgeschreven, of als het bestuur daartoe zelfstandig heeft besloten (art. 3:10 lid 1 Awb). In dit model neemt het bestuur, al dan niet naar aanleiding van een aanvraag, eerst een ontwerpbesluit (art. 3:11 Awb). Dat ontwerpbesluit heeft geen rechtskracht; de beoogde rechtsgevolgen treden nog niet in. Belanghebbenden

kunnen binnen zes weken hun zienswijzen naar voren brengen (art. 3:16 Awb), dat kan schriftelijk en mondeling. Het bestuur kan een hoorzitting houden, maar is daartoe niet verplicht.⁶¹ Het bestuur betreft de zienswijzen bij het nemen van het besluit (op de aanvraag). Tegen dat besluit staat binnen zes weken beroep open op de bestuursrechter; er hoeft dus niet eerst bezwaar worden gemaakt (art 7:1, lid 1 d Awb). Tijdens de zienswijzefase kan de (voorzieningen)rechter van de bestuursrechter nog niet worden benaderd; zo nodig zal de civiele voorzieningenrechter aanvullende rechtsbescherming moeten bieden.

4.2.12. Prorogatie

De standaard Awb-procedure kent een verplichte voorprocedure bij het bestuur voordat beroep op de rechter kan worden ingesteld. Wordt de voorprocedure niet gevolgd, terwijl daar geen goede reden voor is, dan is het beroep niet-ontvankelijk (art. 6:13 Awb). De redenen voor het verplicht stellen van de voorprocedure zijn gelegen in de kans voor het bestuursorgaan om fouten te herstellen en een beter besluit te nemen, het verlenen van laagdrempelige rechtsbescherming aan de belanghebbende, zeefwerking voor de toegang tot de rechter, en als wordt doorgeprocedeerd in de ordening van feiten en belangen en dossieropbouw.

Op de hoofdregel van de verplichte voorprocedure heeft de wetgever een aantal uitzonderingen gemaakt, die zijn te vinden in art. 7:1 lid 1 Awb. De belangrijkste zijn dat geen bezwaar kan worden gemaakt en dus rechtstreeks beroep moet worden ingesteld tegen: een besluit op bezwaar (a), een besluit voorbereid met de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (b), als de rechter dat heeft bepaald (e), bij beroep tegen niet tijdig beslissen (f), en bij beroep tegen een besluit genomen op grond van een voorschrift genoemd in de Regeling rechtstreeks beroep (g). In die regeling, bijlage 1 bij de Awb, zien we een bonte verzameling van wetten en wetsebepalingen.

Daarnaast heeft de wetgever in de Awb bij een in beginsel verplichte bezwaarprocedure een optie ingebouwd om die procedure over te slaan. Dat kan als de indiener van het bezwaarschrift daarom tijdig vraagt aan het bestuursorgaan en dat bestuursorgaan daarin bewilligt (art. 7:1a Awb). Bij instemming wordt het bezwaarschrift doorgezonden aan de bestuursrechter en wordt het behandeld als beroep-schrift. De bestuursrechter heeft de mogelijkheid de zaak terug te zenden aan het bestuursorgaan als dit kennelijk ten onrechte heeft ingestemd met rechtstreeks beroep (art. 8:54a Awb).

De verplichte voorprocedure heeft een aantal belangrijke voordelen. Verschillende belangen kunnen echter vergen dat de bestuurlijke heroverweging wordt overgeslagen, zodat de rechter in staat wordt gesteld het besluit met voorrang te toetsen op onrechtmatigheid. Dit is onder meer het geval bij huisverboden op grond van de Wet tijdelijk huisverbod, omdat daar een inbreuk op het grondrecht van vrijheid speelt.

⁶¹ ABRvS 31 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:600.

Dat geldt voor de beschikking tot bestuurlijke ophouding op grond van de Gemeentewet (art 154a), omdat ook daarmee het recht op vrijheid wordt aangetast en snelle toetsing door de rechter geboden is. Maar waarom dat ook geldt voor bijvoorbeeld de vordering van woonruimte door B&W ter bestrijding van leegstand is minder duidelijk (art 40, lid 1 Huisvestingswet). Weliswaar is hierbij het huisrecht in geding, maar binnentreden zonder toestemming is niet aan de orde. In de behoefte aan spoedige toetsing door de rechter kan worden voorzien door tijdens de heroverweging in bezwaar de voorzieningenrechter te benaderen met een verzoek om schorsing.

De judiciële lus (art. 8:113, lid 2 Awb) kan als een bijzondere vorm van prorogatie worden aangemerkt. Indien de hogerberoepsrechter de uitspraak van de rechtbank en het bestreden besluit vernietigt kan hij bepalen dat het bestuursorgaan een nieuw besluit neemt en dat beroep tegen dat besluit slechts kan worden ingesteld bij de hogerberoepsrechter. In dat geval wordt Beroep bij de rechtbank wordt dus overgeslagen.

4.2.13. De aankondiging

Het bestuursprocesrecht kent diverse vormen van aankondigingen: (a) voorafgaand aan het bestuursbesluit; (b) na bekendmaking van het bestuursbesluit maar voorafgaand aan uitvoering van het besluit; en (c) na het bestuursbesluit maar voorafgaand aan openbaarmaking van dat besluit.

Ad a. In de Awb worden regels gegeven (art. 4:7 en 4:8) voor het horen van belanghebbenden voordat een bestuursorgaan een aanvraag tot het geven van een beschikking geheel of gedeeltelijk afwijst. Het bestuur kondigt dan het voornemen aan de aanvraag te weigeren, bijvoorbeeld naar aanleiding van een verzoek handhavend op te treden. In de uniforme openbare voorbereidingsprocedure kunnen over het ontwerp-besluit zienswijzen worden geuit. Het ontwerp-besluit fungeert als aankondiging van een voorgenomen bestuursbesluit. In de fase voorafgaand aan het te nemen bestuursbesluit kan de bestuursrechter niet worden benaderd. Daar is in die fase doorgaans ook geen behoefte aan. Dat is anders bij feitelijk handelen van de overheid dat niet wordt gevolgd door een voor beroep vatbaar bestuursbesluit. In hoofdstuk 3 kwam aan de orde dat de Hoge Raad bij een strafrechtelijke ontruiming van woonruimte een vooraankondiging eist, die mede toe doel heeft dat de betrokkenen (o.a. krakers) zich kunnen wenden tot de burgerlijke rechter in kort geding om een onevenredige inbreuk op hun huisrecht te voorkomen. Het OM moet het oordeel van de kortgedingrechter afwachten; artikel 13 EVRM vereist niet dat de uitkomst van een (eventueel) daartegen ingesteld hoger beroep ook moet worden afgewacht.⁶²

Ad b. In de sfeer van de herstelsancties wordt gewerkt met de constructie waarbij een last wordt gegeven ('beëindig de illegale gedraging') en daarnaast een maatregel wordt aangekondigd (de last onder bestuursdwang of de last onder dwangsom). Daarnaast wordt de aangeschrevene een termijn geboden (begunstigingstermijn) om de illegale situatie te beëindigen en de maatregel te voorkomen.⁶³ Weliswaar

⁶² Zie par. 3.6; HR 28 oktober 2011, AB 2012/350.

⁶³ Zie art. 5:24 lid 2 en 5:32a lid 2 Awb.

treedt het besluit waarbij de (voorlopige⁶⁴) last onder bestuursdwang of last onder dwangsom wordt opgelegd in werking door bekendmaking aan de overtreder, maar die heeft het zelf in de hand of het komt tot de "sanctie". Hoewel het aanwenden van een rechtsmiddel het bestuursdwangbesluit niet opschort, is de mogelijkheid voor het bestuur om feitelijk bestuursdwang toe te passen wel "opgeschort" c.q. op termijn gesteld. Dat biedt de aangeschrevene de mogelijkheid tegen een dergelijk besluit bezwaar te maken en een verzoek om een voorlopige voorziening in te dienen. Voorafgaand aan het besluit van de burgemeester tot bestuurlijke ophouding wordt de persoon die een voorschrift overtreedt de kans geboden de beschikking tot ophouding te voorkomen door het voorschrift alsnog na te leven.⁶⁵

Van enige aankondiging is geen sprake indien het bestuur vanwege de vereiste spoed overgaat tot feitelijk handhaven zonder dat tevoren de belastende beschikking op schrift wordt gesteld. Art. 5:31 Awb regelt de spoedbestuursdwang. Indien de situatie dermate spoedeisend is dat een besluit niet kan worden afgewacht, kan terstond bestuursdwang worden toegepast. Zo spoedig mogelijk nadien moet de bestuursdwang zonder voorafgaande last alsnog bij besluit worden bekendgemaakt. Het is duidelijk dat rechtsbescherming bij de bestuursrechter achteraf het feitelijk ingrijpen door de overheid niet kan verhinderen. De bestuursrechter kan dan ex tunc toetsend beoordelen of het besluit rechtmatig is, hetgeen van belang is voor een evt. vordering tot schadevergoeding. Om het feitelijk ingrijpen te beïnvloeden zal de belanghebbende zich moeten wenden tot de burgerlijke rechter, dat wil zeggen de (civiele) voorzieningenrechter. De regeling van het achteraf op schrift stellen van het bestuursbesluit kennen we ook bij de maatregelen die de burgemeester kan treffen om de openbare orde en veiligheid veilig te stellen.⁶⁶

Ad c. Sommige belastende besluiten worden gevolgd door openbaarmaking, waardoor een ieder van het besluit kennis kan nemen ('naming and shaming'). In de bijzondere wetten is veelal voorzien in de constructie dat de openbaarmaking moet worden aangekondigd. Gedurende de 'wachttijd' kunnen zienswijzen worden geuit en kan de voorzieningenrechter worden benaderd met het verzoek de openbaarmaking te verbieden. Enkele voorbeelden.

64 Art. 83 lid 1 en 2 Mw luidt: '1. De Autoriteit Consument en Markt kan een voorlopige last onder dwangsom opleggen, indien naar haar voorlopig oordeel aannemelijk is dat artikel 6, eerste lid, artikel 24, eerste lid, of artikel 41, eerste lid, is overtreden, en onverwijld spoed, gelet op de belangen van de door de overtreding getroffen ondernemingen of het belang van instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, dat vereist.'

2. Een voorlopige last verplicht de overtreder, tot het verrichten of nalaten van in die last omschreven feitelijke gedragingen of rechtshandelingen.

65 Art. 154a lid 5 Gemeentewet luidt: 'De burgemeester laat tot ophouding als bedoeld in het eerste lid niet overgaan dan nadat de personen uit de in het eerste lid bedoelde groep in de gelegenheid zijn gesteld de tenuitvoerlegging van de beschikking tot ophouding te voorkomen, door alsnog het voorschrift, bedoeld in het vierde lid, na te leven.'

66 Zie de aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied door de burgemeester (art. 151b lid 4 Gemeentewet; opschriftstelling en bekendmaking), de gebiedsontzegging (art. 172a Gemeentewet of APV), het bevel ouderlijke zorg (art. 172b Gemeentewet), sluiting van de woning (art. 174a Gemeentewet en art. 13b Opiumwet), en het tijdelijk huisverbod (art. 2 lid 7 en art. 9 Wth).

In art. 2:23 Whc is geregeld dat het bestuur een beschikking tot opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete openbaar kan maken. Het voorstellen tot openbaarmaking moet te voren aan de overtreder worden bekendgemaakt, opdat deze zijn zienswijze omtrent de voorgenomen openbaarmaking naar voren kan brengen. Openbaarmaking vindt niet plaats gedurende de twee weken nadat het besluit op de in art. 3:41 Awb voorgeschreven wijze is bekendgemaakt. Dat geeft de geadresseerde de tijd om bezwaar te maken en een voorlopige voorziening te vragen. In art. 1:96 Wft is geregeld dat het uitvaardigen van een openbare waarschuwing niet eerder geschiedt dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop de betrokken persoon in kennis is gesteld van het besluit (lid 1). Indien wordt verzocht om een voorlopige voorziening in de zin van art. 8:81 Awb wordt de werking van het besluit opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter (lid 2). Indien bescherming van de belangen die de Wft beoogt te beschermen geen uitstel toelaat, kan de toezichthouder onverwijld een openbare waarschuwing uitvaardigen (lid 3). Een soortgelijke regeling geldt voor de (veelal verplichte) 'vroegtijdige' openbaarmaking van een boetebesluit in het financiële toezicht (art. 1:97 Wft). Boetebesluiten worden in ieder geval bekend gemaakt als ze rechtens onaantastbaar zijn, tenzij de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet (art. 1:98 Wft). De last onder dwangsom wordt in beginsel openbaar gemaakt zodra een dwangsom wordt verbeurd (art. 1:99 Wft).⁶⁷

4.3. De relatie tussen inbreuk op (grond)rechten en het procesrecht

Uit het in par. 4.2 gegeven overzicht van parameters, de 'knoppen' van de wetgever, volgt dat de wetgever bij de introductie van een nieuwe overheidsbevoegdheid of maatregel vele keuzen kan en moet maken. Daarbij geldt dat niets regelen ook een keuze is, namelijk voor het standaardregime van het betreffende overheidshandelen.

In hoofdstuk 2 is beschreven dat uit de artikelen 6 en 13 EVRM volgt dat de wetgever moet voorzien in adequate rechtsbescherming. Bij een zwaardere inbreuk op (grond)rechten moet een spoedoordeel gevraagd kunnen worden. Bij een maatregel met onomkeerbare gevolgen moet bij voorkeur zijn voorzien in preventieve toetsing door een onafhankelijke autoriteit, zoals de rechter.

4.3.1. Spoed en onomkeerbare gevolgen

Welke mogelijkheden heeft de wetgever nu om een spoedoordeel van de rechter te bewerkstelligen? We zagen in paragraaf 4.2 onder meer de volgende opties de revue passeren.

⁶⁷ De openbaarmaking van bestuurlijke sancties en bindende aanwijzingen door de ACM is in het wetsvoorstel Stroomlijningswet geregeld in art. 12u – 12w (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 622, nr. 2). Zie meer uitgebreid over de openbaarmaking in het kader van de Wft R. Stijnen, 'De openbare waarschuwing en de openbaarmaking van sancties in de wet op het financieel toezicht', in D. Busch en M.P. Nieuwe Weme, *Christels Koers. Liber Amoricum. Prof. Mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol*, Deventer: Kluwer 2013.

Bij het bestuur: korte(re) beslistermijnen en overslaan voorfase / bezwaar.

Bij de bestuursrechter in bodemzaken: verzoek in plaats van beroep; beroep van rechtswege; korte(re) beroepstermijn; verplicht versnelde behandeling; wettelijk gefixeerde doorlooptijd en korte(re) wettelijke uitspraaktermijn.

Bij de voorzieningenrechter: wettelijk gefixeerde doorlooptijd; korte(re) wettelijke uitspraaktermijn en opdracht mondelinge uitspraak op of schriftelijke uitspraak kort na de zitting.

Met de juiste instelling van deze "knoppen" kan de wetgever er voor zorgen dat de bestuursrechter in staat wordt gesteld desgevraagd een spoedoordeel te geven. De mogelijkheden daartoe worden vergroot indien de bestuursrechter de bevoegdheid zou krijgen te oordelen over feitelijk handelen (en nalaten) van het bestuursorgaan, bijvoorbeeld ten aanzien van voorbereidingshandelingen.

De wetgever heeft er in de bestuursrechtspraak niet voor gekozen de hogerberoepsrechter toezicht te laten houden op de voortgang van de procedure in eerste aanleg. Het medisch tuchtrecht kent die mogelijkheid wel. Op grond van artikel 64 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg kan het Centraal tuchtcollege bindende aanwijzingen geven aan een Regionaal tuchtcollege, onder meer over de duur van het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.⁶⁸ Een soortgelijke bevoegdheid is voor de (bestuurs)rechtspraak bepleit door Barkhuysen en van Emmerik bij schending van de redelijke termijn door de eerstelijnsrechter.⁶⁹ Adequate rechtsbescherming kan vergen dat afbreuk wordt gedaan aan de bevoegdheid van de eerstelijnsrechter om zelf de procedure vorm te geven en de voortgang daarvan te bewaken. Het is alleen zinvol indien de hogerberoepsrechter vervolgens zelf de redelijke termijn in acht neemt en dat is nog niet steeds het geval.

Welke mogelijkheden heeft de wetgever om onomkeerbare gevolgen te voorkomen?

Bij het bestuur: voornemenprocedure; opschortende werking van het besluit of schorsende werking rechtsmiddel bezwaar of administratief beroep.

68 Artikel 64 Wet BIG luidt: 1. Het centrale tuchtcollege waakt tegen nodeloze vertraging in de behandeling van zaken door de regionale tuchtcolleges. 2. Het centrale tuchtcollege kan zich de stukken, betrekking hebbende op een bij een regionaal tuchtcollege aanhangige zaak, doen overleggen en een termijn stellen, waarbinnen het regionale tuchtcollege het vooronderzoek dan wel het onderzoek op de terechtzitting moet sluiten. 3. Indien het regionale tuchtcollege hieraan niet voldoet, kan het centrale tuchtcollege de behandeling van de zaak aan een ander regionaal tuchtcollege overdragen.

69 T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel?', *NJB* 2008, p. 1579-1582. Zie ook T. Barkhuysen en B.J. van Ettehoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009, p. 129-141.

Bij de bestuursrechter: spoedoordeel bestuursrechter door middel van wettelijke doorlooptijd en/of uitspraaktermijn; verplichting mondelinge uitspraak op of direct na zitting; opschortende en/of schorsende werking rechtsmiddel (hoger) beroep of verzoek voorlopige voorziening of mogelijkheid opheffing ex lege schorsende werking via verzoek voorlopige voorziening.

In de paragrafen over schorsende en opschortende werking is uitgebreid aan de orde gekomen welke scala aan mogelijkheden de wetgever heeft om te bewerkstelligen dat de (voorzieningen)rechter over de kwestie kan oordelen voordat het besluit in werking treedt. Zo kan de wetgever kiezen voor onder andere: schorsende werking tijdens de bezwaar- en/of (hoger) beroepstermijn; schorsende werking tijdens de bezwaar- en/of beroepstermijn en als daarbinnen een verzoek om een voorlopige voorziening wordt gedaan tot dat op dat verzoek is beslist; schorsende werking tot dat op het bezwaar en/of (hoger) beroep is beslist; opschortende werking van het besluit tijdens de bezwaar- of beroepstermijn; opschortende werking van het besluit tot dat op bezwaar en beroep is beslist of opschortende werking besluit, maar met de mogelijkheid om in een voorlopige voorziening om opheffing te vragen.

Opschortende werking van het besluit is een 'zwaarder' middel dan schorsende werking van het rechtsmiddel bezwaar en beroep, in die zin dat bij opschorting het besluit niet in werking treedt, terwijl bij schorsing het besluit in werking is getreden maar de rechtsgevolgen kort nadien worden geschorst door het aanwenden van een rechtsmiddel. Bij schorsende werking kan worden gekozen of het besluit in werking treedt na het oordeel van de voorzieningenrechter, de rechter in eerste aanleg, de hogerberoepsrechter en – indien van toepassing – de cassatierechter. Verder kan de wetgever bepalen wie er een rechtsmiddel moet aanwenden: de vergunninghouder (opschortende werking besluit met mogelijkheid opheffing) of de omwonende (schorsende werking tijdens de bezwaartermijn en eventueel langer als tijdig ingediend verzoek om voorlopige voorziening wordt toegewezen). Door een combinatie van opschortende werking met schorsende werking van bezwaar en/of beroep kan de wetgever een vorm van 'preventieve' rechterlijke toetsing bereiken. Immers, de bestuursrechter wordt in staat gesteld de (on)rechtmatigheid van het besluit te beoordelen voordat het in werking treedt en de eventuele nadelige gevolgen zich doen gevoelen. In die zin moet het 'dogma' dat de bestuursrechter 'slechts' achteraf toetst en dat bij de bestuursrechter, anders dan bij de strafrechter, geen preventieve rechterlijke toets mogelijk is, worden genuanceerd.

Bespreking van de 15 stappen leert dat de wetgever bij overheidsbesluiten voldoende mogelijkheden heeft te voorzien in adequate rechtsbescherming. Maar dezelfde bespreking leert ook dat de praktijk van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming rijk geschakeerd is, misschien wel te rijk. Onduidelijk is waarom bij soortgelijke maatregelen wisselende regimes van rechtsbescherming worden gehanteerd. Zijn de verschillen te verklaren door te kijken naar de periode waarin ze tot stand zijn gekomen? Bestaat er zoiets als een wetgevingstendens of wetgevingsmode, waarbij een tendens ook weer uit de gratie kan raken? Of moet de oorzaak van de diversiteit

worden gezocht in verschillen tussen de departementen? Is er sprake van cultuurverschillen tussen wetgevingsfamilies?⁷⁰ Is het de taak van het ministerie van V en J (eventueel tezamen met het ministerie van BZK) om niet uit te leggen verschillen te voorkomen?

Wat de achtergrond van de verschillen ook mag zijn, als die niet kunnen worden gerechtvaardigd in het licht van de inbreuk op het betreffende (grond)recht en de verplichting te zorgen voor adequate rechtsbescherming, dan is er een probleem en is meer zorg voor consistentie in de rechtsbescherming bij soortgelijke maatregelen geboden. Daarom nogmaals aandacht voor de vraag of moet worden gewerkt aan de ontwikkeling van een kader, waarbij de rechtsbescherming meer consequent en consistent wordt afgestemd op de aard en zwaarte van de maatregel.

4.3.2. Nogmaals: consistentie

Wat is nu het beeld als we de in de hoofdstukken 2 en 3 beschreven overheidsmaatregelen afzetten tegen het gekozen regime van rechtsbescherming? Kan worden geconstateerd dat naar gelang de inbreuk op (grond)rechten zwaarder is ook is gekozen voor een zwaardere vorm van rechtsbescherming? Is het geboden procesrecht adequaat in het licht van de eisen van het EVRM? En is er voldoende consistentie?

De boete

Preventieve toetsing is niet vereist. Het systeem van de Awb, met bezwaar, beroep en hoger beroep volstaat. In het belastingrecht is cassatieberoep mogelijk. Daarnaast kan in genoemde fasen een verzoek om een voorlopige voorziening worden gedaan om het boetebesluit geschorst te krijgen. In het mededingingsrecht, het economisch bestuursrecht en het belastingrecht is een dergelijk verzoek niet nodig, omdat wordt gewerkt met vormen van schorsende werking van bezwaar en (hoger) beroep. In andere delen van het bestuursrecht, zoals bij de boete op grond van de Wav, is er geen schorsende werking. Uit oogpunt van consistentie is het aan te bevelen dat inzicht wordt geboden in de redenen voor deze 'ongelijke behandeling'.

Antecedenten

Ook bij inbreuken op (grond)rechten wegens antecedenten is op grond van het EVRM geen preventieve rechterlijke toets vereist. Wel moet een spoedige behandeling of een voorlopige voorziening mogelijk zijn. Dat is het geval, omdat tijdens bezwaar tegen (bijvoorbeeld) de intrekking van een vergunning de voorzieningenrechter kan worden benaderd. Die kan – zo nodig – binnen enkele dagen uitspraak doen.

⁷⁰ Zie de stellingen van J.M. Polak in zijn bijdrage aan 'De 14 wetsfamilies', IBW-reeks nr. 24 uit 1977, VNG-uitgeverij. Polak constateert dat de vraag of tot wetgeving moet worden overgegaan door de 14 niet aan de hand van dezelfde criteria wordt beantwoord (stelling 3) en dat tussen de 14 verschillen in maten, waaronder de mate van rechtsbescherming, decentralisatie en sanctionering (stelling 6).

Bewaring

Ook hier vereist het EVRM geen voorafgaande rechterlijke toets, maar wel een rechterlijke toets op korte termijn. Die is vormgegeven door de constructie van het beroep (van rechtswege) in combinatie met een wettelijk voorgeschreven korte doorlooptijd en een uitspraaktermijn van zeven dagen. Uit oogpunt van consistentie valt op dat vrijheidsontneming bij de bestuurlijke ophouding niet is gekozen voor het vangnet van het beroep van rechtswege, evenmin als bij het huisverbod.

Veiligheidsrisicogebieden en fouilleren

Preventief fouilleren is feitelijk handelen en de toetsing daarvan is voorbehouden aan de strafrechter en/of de burgerlijke rechter. Het besluit tot het instellen van een veiligheidsrisicogebied en tot verlenging er van kan door de bestuursrechter worden getoetst. Maar alleen door een belanghebbende bij het besluit. Probleem is hier de wijze waarop de bestuursrechter invulling geeft aan het belanghebbende-begrip. Als de bestuursrechter dat niet verruimt, dan zou de wetgever voor een ruimer belanghebbende-begrip kunnen kiezen en dat in de wet kunnen vastleggen. Bij besluiten met zulke ingrijpende gevolgen is ook denkbaar een constructie met preventieve rechterlijke toetsing. Dat zou kunnen door te werken met een voornemenbesluit, waarbij de burgemeester toestemming (machtiging) moet vragen aan de rechtbank of de rechter-commissaris. Na verkregen toestemming wordt het besluit bekendgemaakt en treedt het in werking. Denkbaar is ook dat het besluit in werking treedt na bekendmaking, maar zijn geldigheid verliest indien niet op korte termijn rechterlijke 'goedkeuring' wordt verkregen. De wet zou kunnen regelen dat de burgemeester die goedkeuring moet vragen binnen (bijvoorbeeld) drie dagen en dat de rechter op dat verzoek binnen enkele dagen moet beslissen. Een dergelijke constructie zou ook toegepast kunnen worden bij de huisverboden op grond van de Wth.

Binnentreden

Het gaat hier om feitelijk handelen, waardoor de bestuursrechter buiten spel staat wat betreft de rechtsbescherming, ook als het binnentreden plaats vindt in het kader van de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid of taak. Rechtsbescherming tegen het feitelijk binnentreden is aan de burgerlijke rechter. In een enkele bestuursrechtelijk wet is voor binnentreden van een woning een preventieve toets ingebouwd, namelijk de machtiging van de rechter-commissaris van de rechtbank Rotterdam.⁷¹ Uit oogpunt van consistentie is onduidelijk waarom dat niet zo is geregeld bij huisbezoeken in het kader van de sociale zekerheidswetgeving en bij de toepassing van de Huisvestingswet. Bij laatstgenoemde wet kan zelfs in woningen worden binnengetreden zonder toestemming van de bewoner, hetgeen de Awb in art. 5:15 lid 1 verbiedt.⁷² Weliswaar is voorzien in een wettelijke grondslag (art. 77 Hvw), maar het EVRM vereist als uitgangspunt voorafgaande rechterlijke toetsing en

71 Zie art. 55 – 55c Mededingingswet en art. 12d wetsvoorstel Stroomlijningswet (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 622, nr. 2).

72 In gelijke zin art. 28 wetsvoorstel Wet regulering prostitutie en bestrijding misstanden seksbranche (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 211, nr. 2), waarin ook de bevoegdheid tot binnentreden in woningen zonder toestemming van de bewoner is opgenomen.

daar is – anders dan bij de Mededingingswet (art. 55a lid 1 Mw) – niet in voorzien. Waarom niet? Hier botsen de (wens tot) slagkracht bij het bestuur en de bescherming van grondrechten. Dat dit tot problemen kan leiden volgt uit de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 24 mei 2011, over de toepassing van art. 77 Hvw in relatie tot art. 8 EVRM. In de uitspraak wordt het volgende overwogen:

'4.4. In artikel 77 van de Huisvestingswet is de bevoegdheid voor de toezichthouder neergelegd om een woning binnen te treden zonder toestemming van de bewoner. Verweerder maakt gebruik van deze bevoegdheid in het kader van de opsporing en het voorkomen van woonfraude. Naar het oordeel van de rechtbank is tegen deze achtergrond sprake van een afdoende wettelijke grondslag voor een inbreuk op het huisrecht die een legitiem doel dient.

4.5. Ter beantwoording van de vraag of de inbreuk in het voorliggende geval ook noodzakelijk is, overweegt de rechtbank het volgende. Verweerder heeft gesteld dat de aanleiding voor het huisbezoek is gelegen in één of meer anonieme tips die via Bureau Zoeklicht zijn binnengekomen. Naar het oordeel van de rechtbank zijn anonieme tips onvoldoende om als redelijke grond voor een huisbezoek te dienen. De stelling van verweerder dat bij hem bekend is van wie de tip(s) afkomstig is/zijn, maakt dat niet anders. Het is immers door de anonimiteit van de melder(s) voor de rechtbank niet inzichtelijk hoeveel meldingen het betreft, omdat niet is uitgesloten dat meerdere meldingen van één persoon afkomstig zijn. Verweerder heeft voorts niet aannemelijk kunnen maken dat voorafgaand aan het huisbezoek nader onderzoek is gedaan dat de twijfel ondersteunt die naar aanleiding van de anonieme tip(s) is ontstaan. De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat geen sprake was van een redelijke grond voor een huisbezoek. Nu het binnentreden in de woning zoals overwogen onder 4.2 ook niet is geschied op basis van "informed consent", bestaat naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende rechtvaardiging voor de inbreuk op het huisrecht. Dit betekent dat de bij het huisbezoek opgedane bevindingen uit een oogpunt van "fair trial" in het kader van de besluitvorming buiten beschouwing dienen te worden gelaten. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat verweerder op grond van de Algemene wet voor het binnentreden de burgemeester had kunnen verzoeken een machtiging te verlenen om de woning zonder toestemming van de bewoner te kunnen betreden, maar dat verweerder van die mogelijkheid om hem moverende redenen geen gebruik heeft gemaakt.⁷³

Daarna volgt vernietiging van het bestreden besluit. De vraag is waarom niet in alle gevallen van een huisbezoek zonder toestemming van de bewoner een machtiging van een rechter wordt vereist? Uiteraard is daarbij van belang dat het bestuur daadkrachtig moet kunnen optreden, het aantal (mogelijke) binnentredingen (zijn daar betrouwbare cijfers over?), en de snelheid waarmee de rechter in staat is een verzoek tot machtiging af te handelen.

Vordering van inlichtingen

Het vorderen van inlichtingen is feitelijk handelen en valt daarmee buiten de competentie van de bestuursrechter, tenzij de vordering door de wetgever wordt aangemerkt als een beschikking waartegen bezwaar en beroep openstaat, zoals in het belastingrecht. Ook met betrekking tot de vordering van inlichtingen geldt dat geen preventieve toets is vereist en dat de nationale rechtsbescherming voldoet aan de EVRM-eisen. Wel is de vraag waarom gelijksoortige verzoeken om inlichtingen in het ene deel van het bestuursrecht, het belastingrecht, worden getoetst door de bestuurs(belasting)rechter, terwijl in het overige bestuursrecht die toetsing wordt overgelaten aan de burgerlijke rechter.

⁷³ Rb. Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ8594.

4.4. Waarborgen ter bescherming van grondrechten in het straf(proces) recht

4.4.1. Inleiding; beginselen

Zoals dat geldt voor alle rechtsgebieden, wordt ook het straf(proces)recht beheerst door beginselen.⁷⁴ Enkele belangrijke beginselen staan in de Grondwet, bijvoorbeeld het beginsel dat slechts de rechter een vrijheidsstraf mag opleggen.⁷⁵ Steeds belangrijker worden de beginselen uit internationale verdragen zoals het IVBPR en, vooral, het EVRM. Laatstgenoemd verdrag ontleent zijn belang vooral aan het in art. 6 bepaalde recht op een eerlijk proces, maar ook – althans voor wat betreft het strafrecht – aan de art. 5 (habeas corpus) en 8 (recht op privacy).

Een voor het strafrecht zeer belangrijk beginsel is het legaliteitsbeginsel. Voor het materiële strafrecht wordt dit beginsel geborgd door het bepaalde in art. 1 lid Sr. Kort gezegd: geen gedrag is strafbaar zonder een daaraan voorafgegane strafbepaling. Oftewel: bepaald gedrag kan niet met terugwerkende kracht (alsnog) strafbaar worden gesteld.

Voor wat betreft het strafprocesrecht wordt het legaliteitsbeginsel gevonden in art. 1 Sv: 'Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien'. Anders gezegd: iedere vorm van opsporing, vervolging, berechting en tenuitvoerlegging dient een wettelijke basis te hebben; buitenwettelijk strafvorderlijk optreden is niet toegestaan.⁷⁶ Zowel het materieelrechtelijke als het strafprocesrechtelijke legaliteitsbeginsel krijgen, met name in de beide genoemde wetboeken, verdere uitwerking in de onderscheidenlijke artikelen van die boeken. Voor zover het waarborgen ter bescherming van grondrechten in het straf(proces)recht betreft, zijn daarvan vooral de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit zeer van belang. Zij zullen hieronder aan de orde komen. Ook zal aandacht worden besteed aan het in art. 8 EVRM geformuleerde beginsel van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en in het bijzonder aan de daaruit voortvloeiende kwaliteitseisen die gesteld dienen te worden aan (wettelijke) bepalingen die een inbreuk op de privacy mogelijk maken. Er wordt achtereenvolgend ingegaan op waarborgen ter bescherming van grondrechten in (1) de opsporing, (2) de vervolging, (3) de berechting en (4) de tenuitvoerlegging. Aparte aandacht krijgt de (preventieve) vrijheidsbeneming.

4.4.2. Waarborgen ter bescherming van grondrechten in de opsporing

Opsporing is (onderdeel van) strafvordering en dient derhalve te geschieden (art. 1 Sv) 'op de wijze bij de wet voorzien'. Voor iedere opsporingsbevoegdheid dient een wettelijke basis te bestaan. De uit art. 8 EVRM voortvloeiende kwaliteitseisen die aan zo'n wettelijke basis dienen te worden gesteld, zijn (mede) afhankelijk van de ernst

⁷⁴ Zie hierover vooral het boek van Ch.J. Enschedé, *Beginselen van strafrecht* (bewerkt door T. Blom), Deventer: Kluwer 2013.

⁷⁵ Art. 113 lid 3 Gw.

⁷⁶ Dit is wat stellig geformuleerd; in werkelijkheid ligt dit iets genuanceerder.

van de inbreuk op enig grondrecht dat met de toepassing van de bevoegdheid wordt gemaakt.⁷⁷ Kort en enigszins versimpeld samengevat: hoe ernstiger de inbreuk op het grondrecht die de opsporingsbevoegdheid maakt, hoe hoger de eisen die aan de aan die bevoegdheid ten grondslag liggende wettelijke basis dienen te worden gesteld. Zo laat de jurisprudentie het toe dat voor de toepassing van een opsporingsmethode die niet of nauwelijks een inbreuk op (bijvoorbeeld) de privacy maakt, een algemeen, taakstellend artikel voldoende basis biedt. Als voorbeeld kan worden genoemd de niet-stelselmatige observatie (volgen, kort schaduwen). Deze bevoegdheid wordt al sinds jaar en dag ontleend aan de taakstelling van de politie (onder meer handhaving van de rechtsorde, waaronder de opsporing van strafbare feiten) zoals deze voortvloeit uit art. 2 Politiewet 1993 (thans art. 3 Politiewet 2012).⁷⁸ De wel stelselmatige observatie – waarmee bedoeld wordt op een vorm van observatie waarmee naar verwachting een meer dan geringe inbreuk op de privacy van de geobserveerde persoon wordt gemaakt – dient een expliciete wettelijke basis te hebben (in dit geval de art. 126g, 126o en 126zd Sv), die aan de kwaliteitseisen van art. 8 EVRM voldoet.⁷⁹

Steeds als een opsporingsbevoegdheid (nadrukkelijk) is geregeld, vermeldt de wet⁸⁰ (a) door wie de bevoegdheid kan worden toegepast, (b) ten opzichte van wie of wat de bevoegdheid kan worden toegepast, (c) in welke gevallen de bevoegdheid mag worden toegepast en (d) wat de gronden voor de toepassing van de bevoegdheid zijn. Ook wordt in de meeste gevallen (e) de (maximale) duur van de toepassing van de bevoegdheid geregeld. Met (a) tot en met (e) is aan de eisen van de toegankelijkheid en de voorzienbaarheid voldaan. De ook uit art. 8 van het EVRM voortvloeiende eis van de noodzakelijkheid verdient nog aparte aandacht. De toepassing van de inbreuk makende opsporingsbevoegdheid zal noodzakelijk dienen te zijn in het belang van het voorkomen van strafbare feiten. Dat kan in zijn algemeenheid wellicht voor iedere opsporingsbevoegdheid worden gezegd. Toch is het niet de bedoeling dat iedere opsporingsbevoegdheid in alle gevallen wordt ingezet, zeker niet als met toepassing van de bevoegdheid een (meer dan geringe) inbreuk op enig grondrecht van een al dan niet verdachte burger wordt gemaakt. Toepassing van een bevoegdheid zal steeds en ten minste in het belang van het (opsporings-) onderzoek moeten zijn en daarmee (vergelijk art. 132a Sv) als doel hebben het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Bovendien zal de mate waarin een inbreuk wordt gemaakt op enig grondrecht, in een redelijke verhouding moeten staan tot de aard en ernst van het strafbare feit waarop de opsporing is gericht. Hier komen de beginselen van de proportionaliteit en de subsidiariteit om de hoek kijken. Het

77 Mede, omdat bijvoorbeeld ook een eventueel afbreukrisico voor de opsporingsambtenaar bij toepassing van de bevoegdheid reden kan zijn tot gedetailleerde regelgeving. Als voorbeeld kan worden genoemd de opsporingsbevoegdheid infiltratie, zoals geregeld in de art. 126h, 126p en 126ze Sv.

78 Zie vooral HR 19 december 1995, NJ 1996/249 (Zwolsman).

79 Deze eisen betreffen de noodzakelijkheid (art. 8 lid 2 EVRM) en de uit de rechtspraak van het EHRM voortvloeiende (afgeleide) eisen van de toegankelijkheid en voorzienbaarheid.

80 Naast in Sv komen ook in andere wetten strafvorderlijke, waaronder opsporings-, bevoegdheden voor. In het bijzonder geldt dat voor de Opiumwet, de WWM, de WED en de Wegenverkeerswet 1994.

beginsel van de proportionaliteit houdt (kort gezegd) in dat de hiervoor bedoelde verhouding inderdaad redelijk moet zijn. Anders gezegd: de toepassing van opsporingsbevoegdheden waarmee een stevige inbreuk wordt gemaakt op een grondrecht dient voorbehouden te zijn tot die gevallen, waarin de verdenking een ernstig misdrijf betreft. Andersom dient in het geval de verdenking een bagatelfeit betreft, te worden volstaan met die opsporingsbevoegdheden die geen of slechts een zeer geringe inbreuk maken. Het beginsel van de subsidiariteit vervolgens houdt in dat een bepaalde bevoegdheid waarmee een meer dan geringe inbreuk op eens anders recht wordt gemaakt, pas mag worden toegepast als het daarmee beoogde resultaat niet ook op een andere, minder inbreuk makende wijze kan worden verkregen. Niet met en kanon op een mug schieten, derhalve.

4.4.3. *Bijzondere opsporingsbevoegdheden*

De hierboven kort beschreven uitgangspunten gelden weliswaar voor alle in Sv en de ten opzichte daarvan bijzondere wetten geregelde opsporingsbevoegdheden; het meest duidelijk komen ze naar voren in de regeling van de vrijheidsbenemende dwangmiddelen (zie hieronder) en in de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Deze per februari 2000 aan Sv toegevoegde verzameling van opsporingsbevoegdheden die een meer dan geringe inbreuk op een grondrecht (meestal de privacy) maken en/of een hoog afbreukrisico kennen voor de personen die ze toepassen (meestal opsporingsambtenaren) moest (en kon) aan alle vóór die tijd in de rechtspraak van het EHRM ontwikkelde eisen van noodzakelijkheid, toegankelijkheid en voorzienbaarheid voldoen. Het aardige is dat alle bevoegdheden steeds de hierboven met (a) tot en met (e) aangeduide onderwerpen expliciet regelen en daarbij – of daarnaast – de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit expliciteren. Zo is het 'geval' van stelselmatige observatie⁸¹ de verdenking van een misdrijf en de 'grond' het belang van het onderzoek. Verder is het voldoende dat de officier van justitie een bevel tot stelselmatige observatie geeft. Een opsporingsbevoegdheid die een verdergaande inbreuk op een grondrecht maakt als, bijvoorbeeld, de bevoegdheid tot het (heimelijk) aftappen en opnemen van vertrouwelijke telecommunicatie, de 'telefoontap',⁸² kent als 'geval' het bestaan van een verdenking van een misdrijf, dat gelet op zijn aard of de samenhang met andere misdrijven, een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert. De grond is dat het onderzoek een telefoontap dringend moet vorderen. Dat betreft de wettelijke neerslag van de subsidiariteit: indien een andere opsporingsbevoegdheid min of meer hetzelfde resultaat zou kunnen opleveren, zal het onderzoek een telefoontap (dus) niet dringend vorderen. Betreft het de mogelijkheid om vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel op te nemen in een woning – zijnde een bij uitstek beschermde plaats – dient het te gaan om een verdenking van een misdrijf dat met ten minste acht jaren gevangenisstraf is bedreigd.⁸³ Daarbij komt nog het vereiste dat de officier van justitie de toepassing van de laatstgenoemde bevoegdheden pas

81 Art. 126g Sv, een opsporingsbevoegdheid die weliswaar een meer dan geringe, maar geen echt zware inbreuk op de privacy maakt.

82 Art. 126m Sv.

83 Art. 126n Sv.

kan bevelen, nadat hij daartoe door de rechter-commissaris is gemachtigd. Een (voorafgaande) rechterlijke toets in het kader van de 'checks and balances', nu het immers een ingrijpende opsporingsbevoegdheden betreft.

Zo is voor iedere afzonderlijke bijzondere opsporingsbevoegdheid de lat op de eigen, op maat gemaakte, hoogte gelegd. Hoe zwaarder de inbreuk op het grondrecht, hoe stringenter de gevallen (drempels) en gronden (doelen) zijn geformuleerd en hoe 'hoger' de bevoegde autoriteit moet zijn. Een ander voorbeeld ter verduidelijking: het vorderen van gegevens die (slechts) dienen ter identificatie van een verdachte (NAW-gegevens) kan door iedere opsporingsambtenaar geschieden. Gaat het om 'gevoelige gegevens' (dat wil zeggen gegevens met betrekking tot bijvoorbeeld iemands ras, seksuele geaardheid of levensovertuiging) dient de vordering van de officier van justitie afkomstig te zijn, met voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris. De tussencategorie 'overige gegevens' kan worden gevorderd door de officier van justitie zonder dat deze daartoe een rechterlijke machtiging behoeft (vergelijk art. 126nc, 126nd en 126ne Sv).

4.4.4. *Vrijheidsbenemende dwangmiddelen*

De strafvorderlijke bevoegdheden die waarschijnlijk de zwaarste inbreuk op grondrechten van (verdachte) burgers maken, zijn de vrijheidsbenemende dwangmiddelen. In volgorde van oplopende inbreuk betreft dit het staande houden, de aanhouding, het ophouden voor onderzoek, de inverzekeringstelling en de beide vormen van voorlopige hechtenis: de bewaring alsmede de gevangenhouding respectievelijk -neming. Voor staande houden en aanhouden bij betrapping op heterdaad geldt dat als 'geval' voldoende is het bestaan van een verdenking van een strafbaar feit.⁸⁴ Gronden zijn achtereenvolgens het vragen naar de personalia en het overbrengen naar het politiebureau ter ophouding voor onderzoek. Voor zover de aanhouding buiten heterdaad plaatsvindt, dient als 'geval' sprake te zijn van een verdenking van een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten.⁸⁵ Bevoegde autoriteit is iedere opsporingsambtenaar.⁸⁶ De grond verandert niet.

De inverzekeringstelling (een periode van vrijheidsbeneming van maximaal drie dagen) kan alleen in gevallen waarin voorlopige hechtenis is toegelaten en dient in het belang van het onderzoek te zijn.⁸⁷ Zij dient te worden bevolen door in beginsel de officier van justitie. Alleen indien diens optreden niet kan worden afgewacht, is (ook) de hulpofficier bevoegd. Een eventuele verlenging van de inverzekeringstelling met nogmaals maximaal drie dagen kan uitsluitend door de officier van justitie worden bevolen. Het onder meer in art. 5 EVRM neergelegde beginsel van 'habeas corpus' dwingt tot het uiterlijk na drie dagen en vijftien uur na diens aanhouding, voorgeleiden van een verdachte aan een rechter(-commissaris).⁸⁸ Een nog langer

⁸⁴ Art. 52 en 53 Sv.

⁸⁵ Art. 54 Sv.

⁸⁶ Zij het dat deze daartoe de toestemming van de officier van justitie behoeft, behoudens in de situaties dat diens optreden niet kan worden afgewacht.

⁸⁷ Art. 58 lid 1 Sv.

⁸⁸ Zie art. 59a lid 1 Sv.

durende preventieve vrijheidsberoving van een verdachte is aan nog zwaardere eisen onderhevig.

Na afloop van de inverzekeringstelling kan – zo daartoe termen zijn – de bewaring worden bevolen. Dit is de bevoegdheid van de rechter-commissaris, op de (schriftelijke) vordering van de officier van justitie.⁸⁹ Daarvoor geldt dat er meer dan een verdenking nodig is, namelijk 'ernstige bezwaren', voor een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Welke feiten dit betreft is te vinden in art. 67 Sv. Kort gezegd: alle misdrijven die met ten minste vier jaren gevangenisstraf worden bedreigd, enkele in het bijzonder genoemde misdrijven en ten slotte alle misdrijven waarvan de rechtbanken in eerste aanleg kennis nemen, in de situatie dat van de verdachte geen vaste woon- of verblijfplaats bekend is. Ernstige bezwaren zijn overigens niet vereist in het geval de verdenking een terroristisch misdrijf betreft. Daarnaast moet sprake zijn van een 'grond' voor voorlopige hechtenis. De gronden staan limitatief opgesomd in art. 67a Sv. Het betreft (a) vluchtgevaar en (b) een dringende reden van maatschappelijke veiligheid. Deze tweede grond wordt in ditzelfde art. 67a Sv nader gespecificeerd in (i) strafbare feiten die bedreigd worden met een gevangenisstraf van twaalf jaren of meer en waardoor de rechtsorde ernstig is geschokt, (ii) gevaar op herhaling van ofwel strafbare feiten die met zes jaar of meer gevangenisstraf worden bedreigd ofwel die schadelijk zijn voor de gezondheid of veiligheid van personen, goederen en/of de staat, (iii) de 'veelplegersgrond' (recente veroordeling voor bepaalde, met name genoemde strafbare feiten) of, tenslotte, (iv) de grond dat vrijlating van de verdachte het onderzoek zou kunnen frustreren en/of collusiegevaar zou opleveren. De bewaring kan door de rechter-commissaris worden bevolen voor de duur van (maximaal) veertien dagen. Daarbij geldt het bepaalde van art. 67a lid 3 Sv: de voorlopige hechtenis mag niet langer duren, dan de te verwachten duur van de (uiteindelijk) op te leggen vrijheidsbenemende straf of -maatregel.

Waar de rechter-commissaris nog als 'unus' een periode van maximaal veertien dagen vrijheidsbeneming kan bevelen, is voor de periode van dertig dagen tot zelfs maximaal 90 dagen van de gevangenhouding of -neming een meervoudige (raad-) kamer vereist. Het bepaalde in art. 67a lid 3 Sv geldt dan temeer. Ook dienen de bezwaren in ernst, ten opzichte van het moment van het bevel tot inbewaringstelling, te zijn toegenomen, althans indien en voor zover niet toen reeds van een 'smoking gun' sprake was. Anders gezegd: Om de voortdurende van de voorlopige hechtenis te rechtvaardigen zal er in de loop van de tijd steeds meer belastend bewijsmateriaal moeten komen, behalve indien er al vanaf het begin een overtuigende hoeveelheid belastend materiaal bestond.

4.4.5. *Kritiek bij de toepassing van de voorlopige hechtenis*

De Nederlandse praktijk van de voorlopige hechtenis ligt enigszins onder vuur. De laatste jaren zijn er verscheidene publicaties verschenen waaruit blijkt dat – althans in de ogen van (de rest van) Europa – Nederland te vaak en te lichtvaardig

⁸⁹ Art. 63 lid 1 Sv.

verdachten voorlopig gehecht houdt. Waar het uitgangspunt zou moeten zijn dat een verdachte in vrijheid zijn berechting afwacht, tenzij er zwaarwegende belangen zijn hem voorlopig van zijn vrijheid te beroven, lijkt de Nederlandse praktijk wel van het tegenovergestelde uit te gaan: een verdachte van een feit waarop voorlopige hechtenis is toegelaten, wordt indien daartoe een grond aanwezig is vastgehouden, tenzij er zwaarwegende (persoonlijke) belangen zijn dat niet te doen. In dat geval wordt de voorlopige hechtenis weliswaar bevolen, doch geschorst.⁹⁰ De wetgever lijkt dit 'omgekeerde' uitgangspunt ondertussen te hebben omarmd: een wetsvoorstel is in behandeling om de gronden van de voorlopige hechtenis (art. 67a Sv) in die zin uit te breiden, dat de bewaring kan worden bevolen met als enkele doel het kunnen toepassen van snelrecht.⁹¹ Dit, terwijl de gronden voor voorlopige hechtenis zoals die in Nederland worden toegepast toch al enigszins op gespannen voet staan met wat 'Straatsburg' wil. Immers, uit jurisprudentie van het EHRM zou kunnen worden afgeleid dat de in Nederland gangbare veelplegersgrond⁹² de Straatsburgse toets moeilijk kan doorstaan,⁹³ zeker nu de Nederlandse rechter – anders dan het EHRM wil⁹⁴ – de aanwezigheid van gronden voor de voorlopige hechtenis nauwelijks en vooral standaard motiveert.

Tegelijkertijd moet de kritiek op de Nederlandse praktijk van de voorlopige hechtenis wat worden genuanceerd. In verhouding tot vele andere, ook ons omringende, landen worden in Nederland verdachten relatief snel berecht. Het is uitzondering dat een verdachte een jaar of langer vastzit, alvorens er een inhoudelijk oordeel over diens schuld of onschuld wordt gegeven. Tegen die achtergrond zal niet snel

90 Zie voor wat betreft kritiek op de Nederlandse praktijk bijvoorbeeld J. uit Beijerse, *Op verdenking gevangengezet. Het voorarrest tussen beginselen en praktische behoeften* (diss. Rotterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, o.a. p. 47 en M.S. Groenhuijsen, 'De nabije toekomst van de voorlopige hechtenis, in het bijzonder in het licht van de onschuldpraesumptie', in: J. de Hullu en W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 90. Zie ook L. Stevens, 'Voorlopige hechtenis en vrijheidsstraf', *NJB* 2010/1208, p. 1520-1525 en 'Voorlopige hechtenis in tijden van risicomanaagement – Lijdende of leidende beginselen', *DD* 2012/36. Zie verder S.L.J. Janssen en P.P.J. van der Meij, 'Tekenen bij het kruisje. De motivering van de voorlopige hechtenis', *NJB* 2012/1468 en J.H. Janssen, F.W. van den Emster en T.B. Trotman, 'Strafrechters over de praktijk van de voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2013, p. 430-444.

91 *Kamerstukken I* 2012/13, 33 360, A, Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de uitbreiding van de gronden voor voorlopige hechtenis.

92 Art. 67a lid 2, onder 3°, Sv, inhoudende dat de voorlopige hechtenis kan worden bevolen indien de verdenking een bepaald soort gewelds- of vermogensdelict betreft, en de verdachte in de afgelopen vijf jaren voor zo'n delict is veroordeeld. Ook moet er vrees voor herhaling bestaan voor zo'n delict, maar dat wordt dan lichtvaardig aangenomen door naar het verleden te wijzen.

93 Zie EHRM 26 juni 1991, *NJ* 1995/575 (Lettelier) en vooral EHRM 24 juli 2003, *NJ* 2005/550 (Smirnova). Het EHRM lijkt in deze uitspraken te vinden dat de voorlopige hechtenis slechts kan worden gegrond op vluchtgevaar, op een geschokte rechtsorde, op collusiegevaar en op concreet recidivegevaar.

94 EHRM 22 mei 2012, *EHRC* 2012/169 (Idalov), punt 141.

strijdigheid met het beginsel van 'habeas corpus' van art. 5 EVRM optreden. Steun voor dit standpunt kan worden gevonden in een tweetal arresten van het EHRM.⁹⁵

4.4.6. Waarborgen ter bescherming van grondrechten in de vervolging en berechting

Van vervolging is sprake vanaf het moment dat op vordering van de officier van justitie een rechter bij de zaak wordt betrokken. Niet iedere rechterlijke bemoeienis in het (opsporings-) onderzoek leidt meteen tot vervolging; er dient wel sprake te zijn van actieve bemoeienis door de rechter. Van vervolging spreken we in geval van een vordering tot het verrichten van onderzoekshandelingen door de rechter-commissaris, in geval van een vordering tot voorlopige hechtenis of – de vervolging bij uitstek – in geval van dagvaarding van de verdachte om te verschijnen op de terechtzitting.⁹⁶ De berechting neemt daarmee een aanvang.

De voorlopige hechtenis is hierboven reeds aan de orde gekomen. Met betrekking tot beide andere vormen van vervolging geldt dat het strafproces daarmee een andere, verdere fase is ingegaan. Waar het opsporingsonderzoek overwegend inquisitoir van aard is (en vaak ook langere tijd geheim, althans voor de verdachte), krijgt de vervolging al wat accusatoire kenmerken. Dat geldt uiteraard vooral voor de fase ná dagvaarden. De verdachte is vanaf dat moment een 'volwaardige' procespartij. Hij heeft vanaf het moment van dagvaarden recht op alle stukken en, althans in theorie, gelijke rechten als de officier van justitie voor zover het bijvoorbeeld betreft het aandragen en horen van getuigen of deskundigen. Hem komen, kort gezegd, alle rechten toe die in het kader van een eerlijk proces (art. 6 EVRM) voor een goede verdediging een verdachte ten dienste behoren te staan.

Los van de hierboven beschreven voorlopige hechtenis is het niet steeds klip en klaar dat een daad van vervolging een inbreuk op een grondrecht inhoudt. Onder omstandigheden houdt het dat wel in. Het – voor meerderjarige verdachten: op een openbare zitting – terecht staan op zich kan reeds als zo'n inbreuk worden beschouwd. De waarborgen die daar tegenover staan zijn allereerst het opportuniteitsbeginsel: de officier van justitie kan van (verdere) vervolging afzien op basis van gronden, aan het algemeen belang ontleend. Dit beginsel biedt aldus bescherming tegen te lichtvaardige vervolging. In geval de officier van justitie het opportuun acht

95 EHRM 5 juli 2007, NJ 2007/632 (Kanzi) en EHRM 5 juli 2007, NJ 2007/633 (Hendriks). Zie voor een uitgebreide bespreking van beide arresten M.J. Borgers, 'Het Straatsburgse oordeel over de ernstig geschokte rechtsorde, het slot van een trilogie', AA 2007, p. 981-986 en – nog uitgebreider – L. Stevens, 'De praktijk van de Nederlandse voorlopige hechtenis vanuit Straatsburgs perspectief: 'klaag niet te snel', DD 2008/35.

96 Strikt genomen kan ook van vervolging worden gesproken indien de officier van justitie van de rechter-commissaris vordert dat deze overgaat tot de instelling van een strafrechtelijk financieel onderzoek. Deze – minder vaak voorkomende – vorm van vervolging wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

(toch) te dagvaarden, kan door de verdachte een bezwaarschrift tegen de dagvaarding worden ingediend.⁹⁷ De behandeling van dit bezwaarschrift vindt plaats achter gesloten deuren.

Een onderzoekshandeling die de rechter-commissaris op vordering van de officier van justitie kan verrichten die een forse inbreuk op een grondrecht (i.c. het huisrecht) maakt, is de doorzoeking van een woning ter inbeslagneming. Hoewel dit niet uit de redactie van de betreffende wetsbepaling⁹⁸ is op te maken, geldt ook hier dat de toepassing van dit dwangmiddel eerst aan de orde is nadat de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit gewogen zijn. Daarenboven geldt dat dit dwangmiddel slechts 'door' de rechter-commissaris zelf kan worden verricht.⁹⁹ Bovendien, hoewel dit in de praktijk nauwelijks reële bescherming biedt, bestaat de mogelijkheid van bijstand door een advocaat tijdens een doorzoeking.

4.4.7. *Waarborgen ter bescherming van grondrechten in de tenuitvoerlegging*

Op de tenuitvoerlegging van straffen en maatregelen is een uitgebreid, eigen regime van toepassing, zeker indien het vrijheidsbenemende straffen of maatregelen betreft. Het penitentiair recht is een eigen rechtsgebied (met bijvoorbeeld een eigen beginselenwet), waarvan de bespreking de opzet van deze bijdrage te buiten gaat. In de algemene bepalingen biedt echter ook het Wetboek van Strafrecht wel een enkele waarborg. Zo is geregeld dat het recht tot uitvoering van de straf of maatregel door verjaring vervalt en dat de termijn daarvan een derde langer is dan de termijn van verjaring van het recht tot strafvordering.¹⁰⁰

Ten opzichte van het bestuursrecht is als een bijzonderheid van het strafrecht te noemen het beginsel dat het instellen van een rechtsmiddel (meestal: hoger beroep) de tenuitvoerlegging opschort. Een verdachte, die door de strafrechter wordt veroordeeld tot een straf, kan de tenuitvoerlegging van die straf in elk geval uitstellen door een rechtsmiddel in te stellen. Op dat beginsel bestaat wel een aantal uitzonderingen. Zo kan de strafrechter, parallel aan het opleggen van een gevangenisstraf, de gevangenneming van de veroordeelde bevelen.¹⁰¹ Weliswaar betreft dat een vorm van voorlopige hechtenis (waarvan de duur op te later te executeren straf in mindering zal worden gebracht); materieel komt dit neer op een onmiddellijke tenuitvoerlegging van de (vrijheidsbenemende-) straf.

In het geval de verdachte wordt veroordeeld tot een geheel of gedeeltelijk voorwaardelijke straf, kan de rechter bevelen dat de eventueel daaraan gestelde bijzondere voorwaarden dadelijk uitvoerbaar zijn.¹⁰² Zo kan er bijvoorbeeld ook indien

97 Art. 262 Sv.

98 Art. 110 Sv.

99 Dat wil zeggen: onder zijn verantwoordelijkheid en in beginsel in zijn aanwezigheid. Een uitzondering wordt gevormd door de doorzoeking (ook van een woning) ingevolge artikel 49 WWM, die door iedere opsporingsambtenaar kan worden verricht.

100 Art. 76 Sr.

101 Art. 65 lid 2 Sv.

102 Art. 14e lid 1 Sr.

hoger beroep wordt ingesteld toch alvast met reclasseringsbehandeling worden begonnen, indien er ernstig rekening mee wordt gehouden dat de veroordeelde anders in herhaling valt.

4.4.8. *Tot slot: compensatie voor onrechtmatige inbreuk op grondrechten*

Het strafproces als geheel dient ten minste te voldoen aan de eisen van een eerlijk proces zoals die voortvloeien uit artikel 6 EVRM. Onderdeel daarvan is dat de strafvorderlijke autoriteiten zich aan de (eigen) regels houden en de beginselen in acht nemen. Hierboven werd daar aandacht aan besteed. Desalniettemin kan het voorkomen dat er in het strafvorderlijk overheidsoptreden zich vormverzuimen hebben voorgedaan. Het is aan de rechter om te bezien of in dat geval dit verzuim kan worden hersteld.¹⁰³ Indien herstel niet tot de mogelijkheden behoort en er aan een aantal andere voorwaarden is voldaan, kan de verdachte op wiens (grond) recht een onrechtmatige inbreuk is gemaakt, daarvoor worden gecompenseerd. Die compensatie kan bijvoorbeeld bestaan uit strafvermindering. In dat geval moet de rechter expliciteren welke vermindering hij heeft toegepast, en waarom. Strafvermindering komt bijvoorbeeld aan de orde, indien de berechting niet binnen een redelijke termijn heeft plaatsgevonden.¹⁰⁴ Indien het vormverzuim bestond uit het in aanzienlijke mate geschonden zijn van een belangrijk strafvorderlijk voorschrift, kan uitsluiting van het bewijs dat met het vormverzuim is verkregen, plaatsvinden. Daarbij geldt dat een schending van het in art. 8 EVRM gegarandeerde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer niet zonder meer een inbreuk oplevert op de in art. 6 EVRM vervatte waarborg van een eerlijk proces.¹⁰⁵ Anders gezegd: de verdachte moet door het vormverzuim wel in zijn verdediging zijn geschaad. Later heeft de HR dit uitgelegd en aangevuld: bewijsuitsluiting komt (pas) aan de orde als het vormverzuim ofwel het recht van de verdachte op een eerlijk proces heeft beknut, ofwel indien sprake was van een zeer ingrijpende inbreuk op een grondrecht van de verdachte, waarbij de bewijsuitsluiting dan een sanctie is, gericht op het voorkomen van toekomstige soortgelijke inbreuken.¹⁰⁶ Indien de autoriteiten het al te bont hebben gemaakt kan zelfs de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie in de vervolging worden uitgesproken. Er moet dan wel sprake zijn van een ernstige schending van de beginselen van een goede procesorde, waarbij doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte tekort is gedaan aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak.¹⁰⁷

Steeds zal bij het bepalen of (en zo ja, welk) rechtsgevolg op een onherstelbaar vormverzuim moet volgen, een afweging moeten worden gemaakt tussen, kort

¹⁰³ Voor de rechter-commissaris wordt dit bepaald door art. 199 Sv; voor de zittingsrechter door art. 359a Sv.

¹⁰⁴ Zie vooral HR 17 juni 2008, NJ 2008/358. Zie meer uitgebreid hoofdstuk 3.

¹⁰⁵ HR 7 juli 2009, NJ 2009/399. Zie ook HR 3 juli 2012, RvdW 2012/1028.

¹⁰⁶ Zie vooral HR 19 februari 2013, NJ 2013/308 (machtiging van onbevoegde politiefunctionaris). Zie meer uitgebreid hoofdstuk 3.

¹⁰⁷ Zie HR 30 maart 2004, NJ 2004/376 (Afvoerpijp) en HR 11 oktober 2011, NJ 2011/505.

gezegd, het belang van de verdachte en het belang van de strafvordering. Daarbij geldt dat het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang.¹⁰⁸ Indien de jurisprudentie met betrekking tot art. 359a Sv chronologisch wordt gezien, valt op dat de Hoge Raad de lat voor compensatie steeds hoger legt. Anders gezegd: er zijn voor een verdachte steeds minder situaties waarin hij kan profiteren van door de strafvorderlijke overheid begane missers.

108 HR 4 januari 2011, NJ 2012/145.

HOOFDSTUK 5

CONCLUSIES EN OBSERVATIES

5.1. Inleiding: opzet van dit hoofdstuk

In dit rapport wordt verslag gedaan van een onderzoek naar grondrechtenbeperkend overheidshandelen. Vier grondrechten, waarop in het bestuursrecht veelvuldig (doorgaans gerechtvaardigd) inbreuk wordt gemaakt, staan daarin centraal:

- eigendomsontneming/-beperking;
- vrijheidsontneming/-beperking;
- inbreuk op lichamelijke integriteit; en
- inbreuk op privacy-/huisrecht.

Voor een zestal vergelijkbare categorieën maatregelen in het straf- en bestuursrecht is in hoofdstuk 3 de rechtsbescherming in het straf- en bestuursprocesrecht onderzocht en vergeleken. Deze zogenoemde 'tandems' betreffen:

- de bestuurlijke boete en de strafrechtelijke geldboete;
- de onthouding of intrekking van vergunningen en licenties op grond van antecedenten die bestaan uit vastgestelde overtredingen of vermoedens en de strafrechtelijke gevolgen van dergelijke antecedenten;
- de vreemdelingenbewaring (inclusief bewaring minderjarige vreemdelingen) en strafrechtelijk voorarrest (inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis);
- het aanwijzen van een veiligheidsgebied door burgemeester na verordening raad en de fouillering door politieambtenaren;
- het binnentreden van woningen in het kader van het bestuurlijk toezicht en strafvordering;
- de vordering van inlichtingen en gegevens door toezichthouders en opsporingsambtenaren.

In dit slothoofdstuk staan in paragraaf 5.2 allereerst de conclusies vermeld die volgen uit de voorgaande hoofdstukken. Paragraaf 5.3 bevat, naar aanleiding van de bevindingen in dit rapport, een slotbeschouwing met een aantal meer algemene observaties, toegespitst op de ambitie van de Agenda voor de Rechtspraak 2011-2014, namelijk dat rechtspraak bijdraagt aan de versterking van de rechtsstaat.

5.2. Conclusies

Uit de voorgaande hoofdstukken kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

Hoofdstuk 2 (EVRM-waarborgen volgend uit de Straatsburgse jurisprudentie):

- De eis van voorafgaande (rechterlijke) toestemming voor het opleggen van een maatregel door de overheid is in de EHRM-jurisprudentie eerder uitzondering dan regel.
- Een dergelijke eis is alleen uitgangspunt bij het tegen de wil van bewoners betreden van woningen. Voor de andere tandems zou dat ook kunnen gelden indien sprake is van (zeer) bijzondere omstandigheden.
- Wat de omvang en intensiteit van de rechterlijke toetsing bij de zes onderzochte tandems betreft, moet gelden dat de rechter die de rechtmatigheid van de inbreuk onderzoekt en toetst dit met volledige rechtsmacht moet kunnen doen en de betrokken maatregel zo nodig ook uit de wereld van het recht moet kunnen laten verdwijnen.
- Uit de jurisprudentie van het EHRM is er een voorkeur af te leiden voor een voorafgaande rechterlijke toets bij de fouillering van burgers en bij het vorderen van privé-gegevens.
- Voor de overige maatregelen is een voorlopige voorziening met schorsingsmogelijkheid toereikend vanuit EVRM-optiek.
- De intensiteit van de rechterlijke toetsing moet indringender zijn naarmate de (potentiële) belangen aantasting groter is (waarvan met name bij bewaringszaken sprake is).
- De gelijke behandelingsnormen uit het EVRM (artikel 14 en het Twaalfde Protocol) vragen om een rechtvaardiging van de verschillen in niveau van rechtsbescherming (in het strafrecht en bestuursrecht) waar het betreft qua belangen aantasting vergelijkbare maatregelen.
- De conclusie dat grondrechtenbescherming in het Nederlandse bestuursrecht als zodanig EVRM-proof is moet in die zin worden gerelativeerd dat de Straatsburgse jurisprudentie niet het stelsel van rechtsbescherming als zodanig beoordeelt maar enkel de concrete uitkomst in een individuele zaak.

Hoofdstuk 3 (Het nationale recht en de toegang tot de rechter)

- In het nationale recht is wel in een aantal gevallen voorzien in toetsing voorafgaand aan een ingrijpende maatregel dan wel direct na oplegging van een dergelijke maatregel, maar de wetgever lijkt zich daarbij niet erg veel te bekommeren om consistentie (verg. verschillende vormen van vrijheidsontneming en -beperking).
- Indien door de wetgever niet is voorzien in voorafgaande toetsing van mogelijk onomkeerbare strafvorderlijke of bestuurlijke maatregelen zal de burgerlijke rechter als restrechter dit gat opvullen (vgl. HR 28 oktober 2011, AB 2012/350 en HR 12 juli 2013, AB 2013/343).
- Voor wat betreft het huisrecht is strafvorderlijk deels voorzien in voorafgaande toetsing en deels niet. In het bestuursrecht gaat het in de praktijk telkens om toetsing achteraf. Bij toetsing achteraf gaat het om mogelijke bewijsuitsluiting.

- Inzake de informatievordering heeft in het bestuursrecht vaak toetsing achteraf plaats bij de maatregel of sanctie die geheel of ten dele op de verkregen informatie is gebaseerd. Indien het uitblijven van medewerking wordt gevolgd door een last onder dwangsom (of aanwijzing) dan kan in het kader van een verzoek om voorlopige voorziening toetsing door de bestuursrechter plaatshebben voordat sprake is van onomkeerbaarheid. Indien de informatievordering echter wordt gevolgd door een bestuurlijke boete is sprake van toetsing achteraf. Ter voorkoming daarvan kan de burgerlijke rechter in kort geding worden geadieerd. Het lijkt wenselijk dat de wetgever ook buiten het fiscale recht voorziet in een informatiebeschikking of een algemene regeling betreffende een bestuurlijke aanwijzing tot informatieverstrekking.
- In het strafrecht treedt veelal op een eerder moment het zwijgrecht en de daarmee verbonden cautieplicht in dan in het bestuursrecht (vgl. art. 29 Sv en art. 5:10a Awb). Omdat de wetgever in het midden heeft gelaten of de via art. 5:20 Awb gevorderde inlichtingen kunnen worden gebruikt voor de oplegging van een bestuurlijke boete, ligt het op de weg van de rechter om te bepalen of los van de wil van betrokkene bestaande gegevens kunnen worden gevorderd en zo ja, of voor die gegevens geldt dat die alleen mogen worden gebruikt voor maatregelen die niet zijn gericht op bestraffing (vgl. HR 12 juli 2013, AB 2013/343; CRvB 21 november 2012, AB 2013/27 en CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:116). De wetsgeschiedenis van het wetsvoorstel tot Wijziging van de Instellingswet ACM laat zien dat de wetgever deze problematiek in feite volledig bij de rechtspraak zal blijven parkeren (zie met name *Kamerstukken I* 2013/14, 33 622, C, p. 19-20). Het is dus zaak dat de (bestuurs)rechter zijn rug recht houdt.
- Met betrekking tot fouillering is veelal niet voorzien in toetsing vooraf. Toetsing kan achteraf plaatshebben bij de beoordeling of bewijsuitsluiting moet plaatshebben of dat sprake is van het niet voldoen aan een bevel of vordering. Het is wellicht met het oog op het realiseren van voorafgaande toetsing bij veiligheidsfouilleringen wenselijk het belanghebbendebegrip op te rekken waar het gaat om de aanwijzing van veiligheidsgebieden, maar dit is gelet op het voorgaande niet noodzakelijk (zie EHRM 15 mei 2012, AB 2012/304 (Colon t. Nederland)).
- Strafrechtelijke geldboetes worden in de hoofdregel door de strafrechter opgelegd, maar de strafbeschikking zal wellicht terrein gaan winnen. In het bestuursrecht gaat het steeds om toetsing achteraf van een door het bestuursorgaan opgelegde bestuurlijke boete. In tegenstelling tot het strafrecht geldt in het bestuursrecht als hoofdregel dat van bezwaar en beroep geen schorsende werking uitgaat.
- Bij bestuurlijke boetes kan een voorlopige voorziening bij de bestuursrechter worden gevraagd. De toetsing in het kader van de belangenafweging in de zin van art. 8:81 lid 1 Awb is divers. Soms wordt vooraf gekeken naar omkeerbaarheid en soms vooral naar de draagkracht, terwijl ook wel een voorlopig rechtmatigheidsoordeel plaatsheeft.
- De vraag of volle danwel terughoudende toetsing door de bestuursrechter plaatsheeft wordt vooral bepaald door de aard van de sanctie of maatregel (bestraffend of niet) en niet zozeer door de ingrijpendheid ervan (beoordelingsvrijheid vaak juist bij integriteits- en betrouwbaarheidsbeoordelingen die vergaande gevolgen kunnen hebben).

- De strafrechter legt zelf op vordering van het openbaar ministerie een geldboete op, terwijl de bestuursrechter de evenredigheid van de opgelegde bestuurlijke boete toetst. De intensiteit van die toetsing is verschillend. Dit hangt in de praktijk niet zozeer samen met het verschil tussen maximumboetes (art. 5:46 lid 2 Awb) en gefixeerde boetes (art. 5:46 lid 3 Awb), doch vooral met de hoogte van het boetebedrag en de mate waarin de boete door de wetgever en rechter als ordeningsinstrument wordt gezien.
- De bestuursrechter hanteert ter zake van de hoogte van de bestuurlijke boete een terminologie van volle toetsing, die hij vooral ontleent aan art. 6 lid 1 EVRM. Het EHRM schrijft echter niet een volle toetsing van de boetehoogte door de rechter voor. De Afdelingjurisprudentie, die meer dan andere bestuursrechters de beleidsregels van het bestuur tot uitgangspunt neemt, is dan ook niet in strijd met de rechtspraak van het EHRM (vgl. EHRM 28 juni 2011, AB 2012/15 (FD t. Nederland)). In het geval dat de bestuursrechter daadwerkelijk een volle toets verricht is sprake van een “tandje meer”. Die volle toetsing is gelet op het strafrechtelijke karakter van bestuurlijke boetes en de neiging van de wetgever steeds hogere strafmaxima vast te stellen niettemin gewenst, ook in het licht van art. 49 lid 3 EU-Handvest (vgl. HvJ EU 9 februari 2012, AB 2012/56 (Márton Urbán)).

Hoofdstuk 4 (Adequate rechtsbescherming en de ‘knoppen’ van de wetgever)

- Om de consistentie te verbeteren tussen het strafrecht en het bestuursrecht enerzijds en de bijzondere delen van het bestuursrecht anderzijds verdient het aanbeveling dat een algemeen kader wordt ontwikkeld dat behulpzaam is bij de beantwoording van de vraag welke bestuursrechtelijke rechtsbescherming passend is ('effective remedy') gelet op aard en zwaarte van de (te introduceren) overheidsbevoegdheid – of maatregel en de daarmee mogelijk gemaakte inbreuk op (grond)rechten.
- Bij huisbezoeken door toezichthouders zonder toestemming van de bewoner moet voorafgaande toestemming van een autoriteit (burgemeester, rechter-commissaris, rechter) uitgangspunt zijn.
- Bezwaar en (hoger) beroep tegen boetebesluiten moet schorsende werking krijgen. De wetgever kan in de bijzondere wet de schorsende werking beperken tot een nader te bepalen fase van de procedure, tot boetes boven een nader te bepalen bedrag, zekerheidsstelling verlangen, en een wettelijke rentebepaling opnemen.
- Bij overheidsmaatregelen die kunnen leiden tot forse inbreuken op (grond)rechten moet de wetgever nieuwe vormen van rechterlijke toetsing overwegen. Daarbij valt te denken aan 'toestemming vooraf' dan wel 'goedkeuring achteraf binnen een bepaalde termijn' door de bestuursrechter.

5.3. Observaties

Observatie 1 – Een (te) zuinige bestuurswetgever

Het spreekt vanzelf dat grondrechtenbescherming in het bestuursrecht ten minste voldoet aan de – minimum – eisen die het EVRM daaraan stelt. Uit dit onderzoek volgt echter dat de ondergrens van rechtsbescherming voor de onderzochte zes

categorieën maatregelen, zeker voor een sterk ontwikkeld rechtsbestel als het Nederlandse, betrekkelijk laag ligt. In hoofdstuk 2 wordt geconcludeerd dat voorafgaande rechterlijke toetsing (of toestemming door een vergelijkbare onafhankelijke autoriteit) naar de huidige stand van de Straatsburgse jurisprudentie, slechts vereist is bij het tegen de wil van betrokkenen binnentreden van hun woning.

Opmerkelijk is dat waar het EHRM slechts in een enkel geval een voorafgaande rechterlijke machtiging verlangt voor een maatregel die inbreuk maakt op een grondrecht de rechtsbescherming in het Nederlandse bestuursrecht niet veel verder gaat. In het Nederlandse (bestuurs)recht wordt erg scherp aan de Straatsburgse wind gezeild waar het gaat om bescherming tegen inbreuken op de in het EVRM gewaarborgde grondrechten. Dat maakt grondrechtenbescherming in het Nederlandse bestuursrecht op voorhand kwetsbaar omdat het systeem weinig flexibel is en het bestuursrecht niet is voorbereid op aanvullende rechtsbeschermingseisen die nodig kunnen zijn bij nieuwe (al dan niet technologische) ontwikkelingen. Rechtsbescherming in het bestuursrecht loopt daarmee het risico al snel tekort te schieten.

Observatie 2 - Niet alleen de rechter is hoeder van grondrechtenbescherming

In de beide workshops voor experts, die ter voorbereiding van dit rapport werden georganiseerd, rees bij de bespreking van hoofdstuk 3 (in het kader van de Straatsburgse zaak-Colon) de vraag of in het bestuursrecht de focus bij grondrechtenbescherming terecht zo zeer op de bestuursrechter is gericht. Immers, anders dan in het strafprocesrecht, waar grondrechtenbeperkingen van verdachten al in de opsporings- en vervolgingsfase 'gemonitord' worden door een rechter-commissaris en/of de raadkamer, komt de bestuursrechter, in het voorbereidend traject van een besluit dat inbreuk doet op een grondrecht van burgers, thans geen rol toe.

Terzijde moet worden opgemerkt dat het verbaast dat de idee van het bestuur als (eerste) hoeder van de grondrechten juist in ons land niet veel sterker is ontwikkeld. Grondrechtenbescherming is in de Nederlandse Grondwet in 1848 immers principieel bij regering en parlement neergelegd; de formele wetgever onderzoekt en bepaalt zelf de grondwettigheid van zijn eigen voorgenomen wet- en regelgeving (met uitdrukkelijke uitzondering van de rechter die ter zake in de Grondwet onbevoegd werd gemaakt.¹) Bij die stand van zaken mogen hoge eisen aan de rechtsstatelijkheid van wetgeving en bestuur worden gesteld. De praktijk is echter dat – bijvoorbeeld als het om 'straffend bestuur' gaat, sprake is van een 'ware wildgroei' van bestuursambten die tot straffen bevoegd zijn, van politieambtenaren, ministers, zelfstandige bestuursambtenaren, gedeputeerde staten, stadswachten en officieren van justitie.² Het EVRM – dat nauwelijks institutionele eisen aan de lidstaten stelt – staat daaraan niet in de weg. Hier wringt vooral dat het institutionele deel van het Nederlandse staatsrecht – mede als gevolg van het ontbreken van

1 Art. 131 lid 2 Grondwet 1848: 'De wetten zijn onschendbaar.' In 1983 kwam deze bepaling in art. 120 Grondwet (nieuw) te luiden: 'De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.'

2 J.J.J. Sillen, 'Straffend bestuur, de rechter en de Grondwet', *Rechtsgeleerd magazijn THEMIS* 2014-1, p. 26.

constitutionele rechtspraak – in de loop der jaren onderontwikkeld is geraakt. Verhey sprak recent in zijn oratie over het ‘onzichtbare staatsrecht’.³

Méér aandacht voor het eigen (staats)recht heeft ook een internationaalrechtelijke relevantie. In zijn ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Colon t. Nederland* (zie ook hoofdstuk 2) overweegt het EHRM, over de vraag of de aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied (zijnde een inbreuk op het recht in art. 8 EVRM) in het onderhavige geval ‘noodzakelijk was in een democratische samenleving’, dat die afweging kon worden overgelaten aan de Nederlandse lidstaat. Op gemeentelijk niveau was immers voorzien in een effectieve vorm van grondrechtentoetsing bij de aanwijzing van zo’n gebied door de burgemeester, namelijk door de gemeenteraad:

‘86. The Court reiterates the fundamentally subsidiary role of the Convention. The national authorities have direct democratic legitimation (...); moreover, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, they are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions (...)

87. It is therefore primarily the responsibility of the national authorities to make the initial assessment as to where the fair balance lies in assessing the need for an interference in the public interest with individuals’ rights under Article 8 of the Convention. (...)

92. Section 151b of the Municipalities Act (see paragraph 34 above) makes the powers of the Burgomaster to designate a security risk area dependent on the prior adoption of a bye-law by the local council. It further provides that such an area shall be no greater than strictly necessary and that the order shall be revoked when it is no longer needed. The use which the Burgomaster makes of his or her powers remains subject to review and control by the local council, an elected representative body (sections 155 and 155a of the Municipalities Act; see paragraphs 35 and 36 above).⁴

Niet ondenkbaar is dat de huidige kritiek in de publieke opinie op de ‘Europeanisering’ van de samenleving en het recht, een weerslag zal krijgen op de jurisprudentie van de Europese hoven, in die zin dat door het EHRM noodgedwongen méér vertrouwd moet worden op het rechtsbeschermend vermogen van politieke organen in de lidstaten. In de Verklaring van Brighton⁵ uit 2012, over de toekomst van het EHRM, die op initiatief⁶ van het Britse voorzitterschap tot stand kwam, werd de eigen verantwoordelijkheid door de 47 lidstaten nog eens uitdrukkelijk bevestigd.⁷ In de zaak-Colon onderstreept het hof niet alleen de eigen, subsidiaire rol ten

3 L.F.M. Verhey, *De constitutionele conventie een blinde vlek in ons staatsrecht (oratie)*, Leiden: Kluwer 2014, p. 3 e.v.

4 EHRM 15 mei 2012, AB 2012/304 (*Colon t. Nederland*).

5 <http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration>.

6 Hieraan doet niet af dat de achtergrond van die Verklaring gelegen was in de onvrede van met name de Britten met de ‘liberale’ koers van het EHRM.

7 Paragraaf 7 uit die verklaring luidt: ‘The full implementation of the Convention at national level requires States Parties to take effective measures to prevent violations. All laws and policies should be formulated, and all State officials should discharge their responsibilities, in a way that gives full effect to the Convention. States Parties must also provide means by which remedies may be sought for alleged violations of the Convention. National courts and tribunals should take into account the Convention and the case law of the Court. Collectively, these measures should reduce the number of violations of the Convention. They would also reduce the number of well-founded applications presented to the Court, thereby helping to ease its workload.’

opzichte van de lidstaten, maar leunt het ook sterk op een eigen verantwoordelijkheid van de lidstaten.

Terzijde – op de juistheid van de veronderstelling van het EHRM dat de *enkele* politieke controle van de burgemeester door de gekozen gemeenteraad een vorm van rechtsbescherming is die voldoende effectief is in de zin van art. 13 EVRM valt overigens wel af te dingen. In de praktijk van politieke besluitvorming is de grondrechtenconformiteit van een voorgenomen maatregel vaak één van de af te wegen 'belangen'. Dat klemmt te meer als geen alternatieve rechtsbescherming voorhanden is. Zoals in dit geval, omdat aanvullende rechtsbescherming door de bestuursrechter vóóraf tegen een aanwijzing van een risicogebied afstuit op het belanghebbende-begrip, terwijl rechtsbescherming achteraf illusoir is omdat de inbreuk (de feitelijke fouillering) door politieambtenaren al achter de rug ligt en niet meer kan worden teruggedraaid. Daarmee trekt het EHRM in de zaak-Colon een erg zware wissel op de Nederlandse politieke organen. Alleen de gang naar de burgerlijke rechter staat in zo'n geval open, maar die wordt niet als een reële optie ervaren zoals in 4.2.2.1 is beargumenteerd.

Het voorgaande wijst er op dat de praktische invulling van de verantwoordelijkheid voor en de taakverdeling tussen wetgever, bestuur en rechter bij de handhaving van grondrechten meer aandacht van constitutionalisten behoeft. Grondrechtencontrole betreft in de fasen van wetgeving, bestuursbesluitvorming en bestuursrechtspraak steeds een ander, relevant rechtsstatelijk aspect. De toetsing in abstracto door politieke organen van de grondrechtenconformiteit van voorgenomen regelgeving tijdens de wetgevingsprocedure is – gelet reeds op de andere, democratische legitimatie van het toetsend orgaan – een andere dan de toetsing in concreto die het politiek gecontroleerde bestuursorgaan uitvoert bij zijn voornemen om een maatregel te nemen. Zoals ook de toetsing in concreto door de onafhankelijke rechter van een voorgenomen, of reeds genomen besluit weer een andere is. In een democratische rechtsstaat gaat het hier om controlemechanismen die complementair aan elkaar zijn.

Wil grondrechtenbescherming in het (bestuurs)recht effectief zijn dan is noodzakelijk dat al in een vroeg stadium, bij de totstandkoming van wet- en regelgeving, en vervolgens bij de toepassing van bevoegdheden door het bestuur, de impact van voorgenomen inbreuken op grondrechten indringend op verdragsconformiteit wordt beoordeeld.

Observatie 3 - Evenwicht nodig bij grondrechtenbescherming in het bestuursrecht

De keuze van de wetgever om een onderwerp bestuursrechtelijk dan wel strafrechtelijk te regelen is bepalend voor de wijze waartegen (besluit of niet), bij wie (bestuursorgaan of (straf)rechter) en op welk moment (voorafgaand of achteraf) tegen overheidsingrijpen kan worden opgekomen, en hoe indringend (terughoudend of 'vol') maatregelen getoetst kunnen worden, en welke mogelijkheden er zijn om inbreuken te voorkomen (schorsing, vernietiging) dan wel te redresseren, of de gevolgen voor de justitiabele te beperken door middel van compenserende maatregelen (schadevergoeding, bewijsuitsluiting).

Intussen is in het bestuursrecht sprake van aanzienlijke verschillen in rechtsbescherming bij soortgelijke inbreuken op grondrechten. We treffen in dit onderzoek ten minste twee soorten bestuursrechtelijk relevante inconsistenties aan, namelijk (1) tussen de bijzondere delen van het bestuursrecht, en (2) tussen het bestuursrecht en andere rechtsgebieden.

Opvallend zijn met name de verschillen in de toegang tot de (bestuurs- dan wel straf-)rechter; de schorsende werking van rechtsmiddelen en de omvang en intensiteit van de toetsing door de (bestuurs- dan wel straf)rechter. In het licht van de jurisprudentie van het EHRM is echter niet de aard van het betrokken rechtsgebied (straf-, civiel of bestuursrecht) relevant maar de betrokken maatregel die inbreuk op het grondrecht maakt. Tegen soortgelijke inbreuken dient een gelijkwaardige rechtsgang open te staan. Het verbaast dan ook niet dat in de hoofdstukken 3 en 4 van dit rapport aandacht wordt gevraagd voor het probleem van (in-)consistentie bij grondrechtenbescherming in het bestuursrecht.

Het is verleidelijk om bij een verplaatsing van handhavingstaken van het strafrecht naar het bestuursrecht (zie hoofdstuk 3) ook het procesrecht 'mee' te verhuizen. Een discussie daarover stuit echter nu snel op praktische en theoretische problemen. Beide rechtsgebieden dienen immers geheel andere maatschappelijke doelen. Het strafrecht reageert per definitie achteraf en heeft als één van de strafdoelen dat van vervolging en (eventuele) sanctionering een preventieve werking uitgaat. Het openbaar bestuur daarentegen heeft de taak verder te bouwen aan de samenleving. Repressie en het handhaven van bestaande normen zoals in het strafrecht is slechts één, en niet eens de belangrijkste, taak van het bestuursrecht.

In de workshops voor experts werd er dan ook voor gewaarschuwd om in een zo breed rechtsgebied als het bestuursrecht te koersen op eenheid tussen de handhabingsbepalingen in de bijzondere wetten in het algemeen. De karakteristieken van de bijzondere delen van het bestuursrecht maken dat – bijvoorbeeld bij de handhaving van die bijzondere wet- en regelgeving – andere instrumenten worden ingezet (vergelijk het bouwrecht, het sociale zekerheidsrecht, het belastingrecht, het financieel toezicht of de openbare ordehandhaving).⁸ Onderlinge verschillen in grondrechtenbescherming maken rechtsbescherming in het bestuursrecht op zichzelf nog niet verdragsrechtelijk inconsistent of onevenwichtig. Daarvan is eerst sprake indien gelijksoortige inbreuken op grondrechten, binnen het bestuursrecht en tussen het bestuursrecht en strafrecht, door een verschillend regime worden geregeerd zonder dat inzichtelijk is waarom. In de hoofdstukken 2 en 3 komt naar voren dat ook diversiteit in rechtsbescherming tussen de zes onderzochte tandems in overeenstemming kan zijn met verdragsverplichtingen.

Differentiatie van grondrechtenbescherming is dus niet het echte probleem, mits sprake is van een beargumenteerde en doordachte keuze. Hoofdstuk 4 illustreert dat

8 Zie bijv. B.J. Schueler, 'De Awb en de bijzondere delen van het bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb, Boom Juridische uitgevers*, Den Haag, 2010, p. 173-191.

met het gamma van bestaande procedurele instrumenten voor rechtsbescherming in het bestuursrecht in vrijwel iedere situatie effectieve grondrechtenbescherming kan worden geboden, mits de wetgever maar aan de juiste knoppen draait. Problematisch is echter dat de bestuurswetgever rechtsbescherming ad hoc in de bijzondere wetten regelt en dat het zicht en de samenhang op grondrechtenbescherming – binnen de bijzondere delen van het bestuursrecht en tussen het bestuursrecht en met name het strafrecht – ontbreken.

In dit onderzoek komt pregnant naar voren dat al op korte termijn grote behoefte bestaat aan méér coördinatie en afstemming van grondrechtenbescherming in het bestuursrecht. Koopmans wees in 1999 al op de verkokering in het bestuursrecht die door de invoering van de Awb niet is weggenomen. Hij merkte toen op dat bij de redactie van de Awb-bepalingen niet erg in termen van grondrechten is gedacht.⁹ Maar het is niet zozeer de Awb die hier de aandacht vraagt. Juist in de materiewetgeving van het ‘bestuursrecht’ moet – zoals nu reeds in de boetesfeer – vanzelfsprekend worden dat bijvoorbeeld klassieke strafvorderlijke vragen van toepassing kunnen zijn, zoals bewijsvoering en bewijslast, de onschuldpresumptie, de toetsing van feiten én van de evenredigheid van de op te leggen sanctie, de redelijke termijn in strafzaken en de rechten van de verdediging. Het bestuursrecht komt niet in een vacuum tot stand, net zo min als het zich daarin verder ontwikkelt, schreven Barkhuysen en Van Emmerik terecht in 2010.¹⁰

Binnen het bestuursrecht en tussen het bestuurs-, straf- en burgerlijk recht is instrumentele rechtseenheid nodig om recht te doen aan het acquis van grondrechtenbescherming: tegen soortgelijke inbreuken in de verschillende rechtsgebieden is dezelfde effectieve rechtsbescherming door de rechter nodig (hetgeen differentiatie in rechtsbescherming op zich niet in de weg hoeft te staan). Bij nieuwe wet- en regelgeving moet consistentie (die ook gemotiveerde *inconsistentie* kan zijn) bij de keuze voor het instrumentarium van grondrechtenbescherming tegen inbreuken die de nieuwe maatregel een uitdrukkelijk aandachtspunt worden. Het voorgaande laat echter óók zien dat die aandacht niet eenmalig kan zijn omdat grondrechtenbescherming in internationaal en Europees verband sterk in beweging is. Dat is ‘lastig’ voor wetgevingsjuristen, maar daarom niet minder van belang. Blijvende monitoring van het rechtsbeschermingsniveau dat (o.a.) het bestuursrecht biedt is noodzakelijk

Observatie 4 – Osmose van rechtsgebieden

De hoofdstukken 2 en 3 van dit rapport illustreren – in het kader van grondrechtenbescherming – dat het principiële onderscheid tussen bestuurs- en strafrecht snel vervaagt. Maar ook buiten de sfeer van grondrechtenbescherming – namelijk op het vlak van het materiele bestuurs- en strafrecht zien we dat de relevantie van het

9 In: H.R.B.M. Kummeling e.a., *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, publikaties van de staatsrechtkring – staatsrechtconferenties – 3, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 198.

10 T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, ‘Het EVRM als inspiratiebron en correctiemechanisme voor de Awb’, in T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, o.c. p. 557.

onderscheid verdwijnt. De Luxemburgse en Straatsburgse grondrechtenjurisprudentie op terreinen als burgerschap, handhaving, vrijheidsbeneming, fair trial, familieleven, privacy en eigendom wijst in de richting dat het traditionele onderscheid tussen het civiele, straf- en bestuursrecht aan relevantie verliest. In het eindrapport Rechtspraak 2015 werd in 2007 al aandacht gevraagd voor de vervaging van het onderscheid tussen rechtsgebieden, waarbij in de toekomst met name het strafrecht en het bestuursrecht naar elkaar toegroeien.¹¹ Eerder, in 2005 wees een onderzoek van de Raad voor de rechtspraak naar 'Europeanisering' van de rechtspraak in dezelfde richting.¹²

Dit proces van osmose dat (mede) veroorzaakt wordt door (EU-)verdragsverplichtingen heeft reeds gevolgen voor de relatieve terughoudendheid die de bestuursrechtelijke toetsing lange tijd gekenmerkt heeft en waarvoor in de toekomst steeds minder ruimte zal zijn. De noodzaak die in de voorgaande hoofdstukken is beschreven om tot méér gecoördineerde grondrechtenbescherming te komen in de rechtspraak betekent dat voor een bijzondere positie van de bestuursrechter ten opzichte van zijn collega's in het burgerlijk en strafrecht in de toekomst steeds minder ruimte zal zijn.

Ten slotte wijst dit rapport, behalve op een aantal deelproblemen bij de huidige grondrechtenbescherming, op een meer fundamentele verandering in het recht. Want mét de osmose van rechtsgebieden verliest ook de traditionele organisatie van de rechtspraak, die op een negentiende- (straf- en burgerlijk recht) en twintigste-eeuwse (administratief/bestuursrecht) leest is geschoeid steeds sneller aan relevantie. In dit rapport valt reeds op dat de bestuursrechter als gevolg van verdragsverplichtingen steeds vaker 'strafrechter' is met daarbij behorende instrumentarium van rechtsbescherming. Dat zou aanleiding moeten zijn om na te denken over de huidige opzet van onze gerechten en de opleiding van juristen en rechters. Kan de sectorale (verkokerde) benadering van geschillen en berechting van strafbare feiten wel het organisatiemodel voor de toekomst blijven? Ligt niet veel meer voor de hand dat recht wordt gesproken in flexibele, thematische verbanden zodat expertise over ingrijpende beslissingen als bijvoorbeeld vrijheidsbeneming worden geconcentreerd en dat daarbij strafrechters én bestuursrechters worden betrokken. Waarom zou grondrechtenbescherming meer in het algemeen ons niet inspireren bij de opzet van een nieuwe rechterlijke organisatie? Kernthema's als familieleven, privacy, uitingsvrijheden, milieu of eigendom lenen zich goed voor een intensievere samenwerking tussen rechters uit de klassieke sectoren.

Willen wij dat rechtspraak bijdraagt aan de versterking van de rechtsstaat, in het bijzonder op het vlak van tijdige en effectieve rechtsbescherming, dan zullen wij ons rechtsbestel en onze rechterlijke organisatie opnieuw moeten uitvinden.

11 N.J.H. Huls, F.A.W. Bannier e.a., *Rechtspraak 2015*, Den Haag: Sdu 2007, p. 23.

12 S. Prechal, R.H. van Ooik, J.H. Jans, en K.J.M. Mortelmans, 'Europeanisation' of the Law: Consequences for the Dutch Judiciary, <http://irs.ub.rug.nl/ppn/27857565X>. Zie verder ook: M. de Werd, 'Europese rechtspleging', *NJB* 2013/1606, p. 1780-1784.

BIJLAGE

Matrix: toezicht, dwangmiddelen, sancties en andere maatregelen (stand van zaken eind 2013)

Naam maatregel	Strafrecht (S) of bestuursrecht (B) of civiel (C)	Wettelijke grondslag	Welke (grond) rechten zijn 'at stake'?	Welke rechter biedt rechtsbescherming? Strafrechter (S) en/of Bestuursrechter (B)? of Civiele rechter (C)?	Rechtsbescherming voor of na de maatregel?	Methode rechtsbescherming?	commentaar
Waarschuwing	B	Een lagere regeling of beleid	Eigendom	B	Achteraf	Indien de waarschuwing rechtsgevolgen heeft kan bezwaar en beroep worden ingesteld. Indien de waarschuwing geen rechtsgevolgen heeft kan eerst bij een toekomstige sanctie wegens recidive pas bezwaar en beroep worden ingesteld.	Niet snel wordt aangenomen dat sprake is van een beschikking. Vgl. ECLI:NL:CRVB:2009:BK4582 en ECLI:NL:RVS:2011:BU4598

Toezegging tot staken overtreding	B	Art. 49a Mw, art. 2.23 Whc	Eigendom	B	Achteraf	Bindendverklaring van de toezegging in de Mw is een beschikking op aanvraag. Daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo Toezegging in kader van de Whc is niet gereguleerd, maar kan wel worden gepubliceerd (naming en shaming). Tegen die beschikking staat bezwaar en beroep open voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo, doch voor publicatie	
Verbindend verklaring overeenkomst tot schadevergoeding door overtreder met Consumentenautoriteit	C	Art. 2.6 Whc	Eigendom	C	Vooraf	De verbindendverklaring wordt uitgesproken op verzoek van partijen	

Aanwijzing of aanschrijving (enkelvoudige last)	B	O.a.art. 5:2 lid 2 Awb, art. 13a Wo- ningwet, art. 27 Ar- bowet 1998, art. 1:75 Wft, art. 56 Mw	Eigendom, Pri- vacy (bij wo- ningaanschrij- ving)	B	Achteraf	Beschikking, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belang- hebbenden. Wel voor- lopige voorziening mogelijk na besluit in primo Bij niet naleven kunnen andere sancties volgen waartegen weer be- zwaar en beroep open- staat.	
Last onder dwangsom	B	O.a. art. 5:31d Awb, art. 1:79 Wft, art. 56 Mw, art. 13b Opiumwet, APV		B	Achteraf	Beschikking, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belang- hebbenden. Wel voor- lopige voorziening mogelijk na besluit in primo	
Voorlopige last onder dwang- som	B	Art. 83 Mw		B	Achteraf	Beschikking, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belang- hebbenden. Wel voor- lopige voorziening mogelijk na besluit in primo	Voorlopige last i.v. m. voorlopig be- stuurlijk oordeel omtrent overtreding

Last onder bestuursdwang	B	O.a. art. 15a Woningwet, art. 15.2 Telecommunicatiewet, APV		B	Achteraf	Beschikking, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo	
Bestuurlijke boete	B	O.a. art. 5:40 Awb, art. 19a Wav, art. 1:80 Wft, art. 56 Mw, art. 27a WW, art. 2 WAHV	Eigendom, onschuldpresumptie	B	Achteraf	Beschikking, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo Soms ook schorsende werking: Wft, Mw en Telecommunicatiewet Voor alle bestuurlijke boetes behoudens WAHV-zaken geldt dat ingeval van beroep griffierecht is verschuldigd Bij WAHV-zaken is zekerstelling vereist voor beroep bij de kantonrechter	(De hoogte van) een bestuurlijke boete kan zowel worden getoetst aan art. 5:46 Awb, art. 49 lid 3 Handvest, art. 6 lid 1 EVRM, als aan art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Vgl. AB 2012/15 en AB 2012/56 Ontbreken van schorsende werking hoeft geen strijd met onschuldpresumptie op te leveren. Zie EHRC 2002/88

Uit de handel nemen van voorwerpen of waren	B	Art. 15.2 Telecommunicatiewet	Eigendom			Bestuursdwang is mogelijk mbt zenduitrusting die niet voldoet	
Aanwijzen veiligheidsrisicogebied door burgemeester na verordening raad (APV)	S & B	Art. 151b Gemeentewet, art. 50-52 Wwm	Privacy, integriteit lichaam, genot eigendom (bij inbeslagname wapens)	B bij aanwijzen gebied door burgemeester, OvJ gelast bevoegdheid politie tot preventieve controle van bagage en voertuigen en fouilleren aan kleding. Weigering medewerking is strafbaar (184 Sr). S bevoegd bij vervolging	Achteraf	Besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo S achteraf bij strafvervolging	Verhouding B en S: aanwijzingsbesluit wordt door S (terughoudend) beoordeeld. Zie AB 2007/259
Cameratoezicht door burgemeester na	B	Art. 151c Gemeentewet	Privacy	B bij aanwijzen gebied door burgemeester	Achteraf	Besluit van algemene strekking, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift,	

verordening raad (APV)						daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo	
Noodbevelen burgemeester	S & B	Art. 175 Gemeentewet	Privacy, vrijheid van betoging	Weigering medewerking is strafbaar (184 Sr) en kan leiden tot bestuurlijke ophouding. S bevoegd bij vervolging, B is bevoegd ter zake van bestuurlijke ophouding	Achteraf	Niet schriftelijk, dus alleen S achteraf bij strafvervolging of B bij beschikking ophouding, rechtstreeks beroep achteraf. Voorlopige voorziening, indien mogelijk binnen 12 uur Wel eventueel een civiele vordering tegen gemeente	
Bestuurlijke ophouding groepen door burgemeester	B	Art. 154a en 176a Gemeentewet, APV	Vrijheidsontneming	B bij bestuurlijke ophouding	Achteraf/tijdens (meestal binnen 12 uur)	Beschikking, rechtstreeks beroep achteraf. Voorlopige voorziening, indien mogelijk binnen 12 uur	

Gebiedsontzegging, groepsverbod en/of meldingsplicht door burgemeester (maximaal 3 maanden, met 3 x verlenging)	S & B	Art. 172a Gemeentewet (Voetbalwet)	Vrijheidsbeperking	B bij bevel. Niet naleven bevel is strafbaar (184 Sr). S bevoegd bij vervolging		Beschikking, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo S achteraf bij strafvervolging	Beroep ook na afloop termijn maatregel ontvankelijk i.v.m. eer en goede naam. Vrij uitgebreide toetsing feitenvaststelling. Toetsing aan subsidiariteit en proportionaliteit. Zie AB 2012/174
Bevel van burgemeester aan ouder zorg te dragen dat minderjarige zich niet zonder begeleiding ophoudt op plaatsen (maximaal 3 maanden)	S & B	Art. 172b Gemeentewet	Vrijheidsbeperking minderjarige	B bij bevel. Niet naleven bevel is strafbaar (184 Sr). S bevoegd bij vervolging ouder		Beschikking, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo S achteraf bij strafvervolging ouder	

Bijlage

Gebiedsontzegging door burge-meester (Maximaal 8 weken)	S & B	Art. 172 Gemeentewet, APV	Vrijheidsbeperking	B bij gebiedsontzegging. Niet naleven bevel is strafbaar (184 Sr). S bevoegd bij vervolging	Achteraf	Beschikking, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo S achteraf bij strafvervolging	Verhouding B en S: (terughoudende) beoordeling gebiedsontzegging door S. Zie NJ 2010/33
Sluiten woning door burge-meester (al daarna niet met bestuursdwang)	S & B	Art. 174a Gemeentewet, art. 13b Opiumwet	Genot eigendom, privacy (woonrecht)	B op sluiten woning. Negeren sluiting is strafbaar (APV). S bevoegd bij vervolging	Achteraf	Beschikking, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo S achteraf bij strafvervolging	
Tijdelijk huisverbod door burge-meester (10 dagen, met verlenging tot 4 weken)	S & B	Art. 2, 9 Wet tijdelijk huisverbod	Genot eigendom, privacy (woonrecht)	B (vaak familierechter) op huisverbod. Negeren verbod is strafbaar (art. 10 Wet tijdelijk huisverbod). S	Achteraf/tijdens (binnen 3 dagen)	Beschikking, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel binnen 3 dagen voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo	Beroep ook na afloop termijn maatregel ontvankelijk i.v.m. eer en goede naam. Zie ECLI:NL:RVS:2010:BO4882 Deels volle toets feiten,

				bevoegd bij vervolging		S achteraf bij strafvervolging	deels beoorde- lingsruimte. Ex nunc toetsing als verbod nog voort- duurt. Zie ECLI:NL: RVS:2012:BV1178
Weigering of in- trekking exploi- tatievergunning/ vergunning sek- sinrichting door burgemeester	B	Art. 149 Gemeente- wet, APV	Genot eigen- dom	B	Achteraf	Beschikking, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorzie- ning mogelijk na be- sluit in primo	
Sluiting seksin- richting/ Sluiting overlastgevende voor het publiek openstaande ge- bouwen door burgemeester of college	S & B	Art. 149 en 154 Ge- meente- wet, APV	Genot eigen- dom	B op sluiten in- richting. Nege- ren sluiting is strafbaar via APV. S bevoegd bij vervolging	Achteraf	Beschikking, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorzie- ning mogelijk na be- sluit in primo S bij strafvervolging	
Weigering of in- trekking van vergunning of	B	O.a. art. 3 Bibob, art.	Genot eigen- dom	B	Achteraf	Beschikking, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor	

Bijlage

van ontheffing of toestemming door bestuursorganen		1:104 en 2:83 Wft, art. 15.2a en 15.3 Telecommunicatiewet				belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo	
Alcoholslotprogramma en ongeldig verklaring rijbewijs	CBR	Art. 131, 132b WVV 1994	Genot eigendom, Vrijheidsbeperking (rijontzegging)	B	Achteraf	Beschikking, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo	Ongeldig verklaring grootrijbewijs is wel een criminal charge en opleggen alcoholslot niet. Beide maatregelen worden terughoudend beoordeeld. Zie ECLI: NL:RVS:2013;1643
Vordering van inlichtingen of gegevens door toezichthouder of politie en identificatieplicht	S en B	O.a. art. 5:16, 5:16a, 5:17 en 5:20 Awb, art. 2 Wet op de identificatieplicht, art. 151a Gemeentewet,	Verdedigingsrechten, brief- en telefoongegeheim, genot eigendom, onschuldpresumptie	B S bij vervolging niet meewerken als economisch delict C bij KG	B achteraf In fiscaal recht ook vooraf mogelijk (wellicht i.v.m. omkering bewijslast) S achteraf	Besluit tot last of boete of intrekking uitkering wegens niet meewerken, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo Besluit tot vordering informatie fiscus (art. 52a	Informatieverzoek is geen besluit. Zie AB 1999/168 Legal privilege in o.a. Mw en WED

		art. 1:74 Wft, art. 25, 27e, 47, 52a AWR, art. 17, 53a WWB, art. 51 Mw, art. 24a WED				AWR). Eerst bezwaar S bij vervolging economisch delict Onrechtmatige daadsactie bij civiele rechter	
Huis- of bedrijfsbezoek i.v.m. toezicht/belang opsporing	B	Art. 5: 15 Awb, art. 55-55c Mw, art. 20 WED	Privacy, huisrecht, onschuldpresumptie	B R-C (S) bij huisbezoek NMa C bij KG	B achteraf bij niet meewerken (last of boete) Vooraf ingeval van KG	Besluit tot last of boete wegens niet meewerken, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo Verzoek van NMA aan de R-C Onrechtmatige daadsactie bij civiele rechter	Aankondiging onderzoek is geen besluit. Zie AB 2010/97

Huisbezoek sociale zekerheid	B	O.a. art. 17, 53a WWB	Privacy, huisrecht, onschuldpresumptie	B C bij KG	B achteraf bij intrekking uitkering Vooraf ingeval van KG	B bij intrekkingbesluit wegens niet medewerken, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo Onrechtmatige daadsactie bij civiele rechter	Wel wettelijke basis, maar voorts informed consent van belang. Zie RSV 2007/175 en RSV 2010/18 Art. 53a WWB is in 2013 aangescherpt ten nadele van bijstandontvanger
Monsterneming i.v.m. toezicht/belang opsporing	B	Art. 5:18, art. 21 WED	Genot eigendom, onschuldpresumptie	B C	Achteraf	B bij besluit tot last of boete wegens niet medewerken, achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Wel voorlopige voorziening mogelijk na besluit in primo Onrechtmatige daadsactie bij civiele rechter	Wijze van monsterneming kan ook rol spelen bij bewijsvraag en schadevergoeding. Zie AB 2010/125 en ECLI:NL: CBB:2010:BM4400
Onderzoek voertuigen i.v.m. toezicht/belang opsporing	B	Art. 5:19 Awb, art. 23 WED	Privacy, genot eigendom, onschuldpresumptie	B C	Achteraf	B bij besluit tot last of boete wegens niet medewerken. Eerst bezwaar. Onrechtmatige daadsactie bij civiele rechter	

Naming en Shaming	B & S	O.a. art. 8 WOB, art. 1:94-1:99 Wft, art. 2.23 Whc, art. 9 Wet BIG art. 339 en 36 Sr	Privacy, onschuldpresumptie	B C S	Vooraf/Achteraf	B Voorlopige voorziening bij besluit tot openbaarmaking of deelbeslissing tot publicatie van een sanctie. In bodemzaak achteraf, daarna pas bezwaar en beroep mogelijk voor belanghebbenden. Bepaalde tuchtrechtelijke maatregelen en uitspraken in het kader van de Wet BOG worden openbaargemaakt door aantekening in het register. C is restrechter. S kan in bepaalde gevallen openbaarmaking van zijn vonnis gelasten S kan achteraf in strafzaak berichtgeving door OM mee laten wegen C kan zich buigen over rechtmatigheid persberichten OM	Indien publicatie van sanctie op grond van beleid daarna is geen toetsende rol voor WOB-rechter aan de orde, maar voor de rechter die de sanctie beoordeelt. Zie ECLI:NL:RVS:2010:BO3468 en ECLI:NL:CBB:2008:BD5277. Voorvraag bij publicatie sancties is de vraag of die sanctie stand kan houden. Zie AB 2011/211 Toetsing persbericht OM door C aan art. 6 lid 2 EVRM. Zie NJ 2007/505
-------------------	-------	--	-----------------------------	-------------	-----------------	--	---

Verwijderingsbevel door politie	S	APV	Vrijheidsbeperking	S	Achteraf	S achteraf bij strafvervolging wegens overtreding APV of art. 184 Sr	S leest in APV geen bevoegd wettelijk bevel in de zin van art. 184 Sr. Zie NJ 2013/50
Gedwongen opname in psychiatrisch ziekenhuis	B & C	Wet Bopz	Vrijheidsontneming, integriteit lichaam	C bij verzoekschrift van OvJ	Vooraf of achteraf (binnen 2 dagen) Tijdens de behandeling	Vooraf bij verzoek OvJ Achteraf bij bewaringsstelling burgemeester met alsnog verzoek OvJ tot verlenging. Tijdens behandeling kan (door tussenkomst OvJ) een verzoekschrift worden ingediend	Tijdens de behandeling uitsluitend ex nunc toets. Zie NJ 2008/367
Strafbeschikking OvJ of bestuur	S	Art. 257a en 257b Sv (Wet OMafdoening)	Genot eigen-dom, vrijheidsbeperking (taakstraf, rijontzegging)	S	Achteraf	S achteraf. Verzet mogelijk. Schorsende werking van verzet. S bevoegd als na verzet door OvJ wordt gedagvaard	
Gedragsaanwijzing OvJ (Max. 90 dagen. 3 x verlenging)	S	Art. 509hh Sv	Vrijheidsbeperking	S	Achteraf/tijdens (zo spoedig mogelijk bij beroep)	S Achteraf. S bij dagvaarding verdachte. Ook kan verdachte beroep instellen bij S	

Onderzoek voorwerpen, vervoermiddelen en kleding bij aanwijzing terroristisch misdrijf na bevel OvJ of na AMvB	S	Art. 126zq-126zs Sv	Privacy, integriteit lichaam, genot eigendom (bij inbeslagname)	Weigering medewerking is strafbaar (184 Sr). S bevoegd bij vervolging		S achteraf bij strafvervolging	
Persoonsgericht verstoren	S & B	Art. 172 Gemeentewet, art. 3 Politiewet 2012	Privacy	Civiele rechter	Achteraf	Civiele rechter achteraf na dagvaarding gemeente	Wel wettelijke basis. Toetsing aan subsidiariteit en proportionaliteit. Zie AB 2006/389. Geloofsovertuiging is geen toereikende grond. Zie AB 2006/284
Ontruiming kraakpand	S	Art. 138a Sr, art. 551a Sv (Wet kraken en leegstand)	Privacy, huisrecht	Strafrechter bij vervolging wegens kraken Civiele rechter bij dagvaarding Staat	S achteraf C vooraf	S achteraf bij strafvervolging C vooraf	Voorafgaande rechterlijke toetsing bij dreigende ontruiming vereist in KG in eerste aanleg. Zie AB 2012/350
R-C bevelen handhaving openbare orde	S	Art. 540 e. v. Sv	Vrijheidsbenaming, vrijheidsbeperking	S (R-C)	Vrijheidsbenaming: binnen 48 u Vrijheidsbeperking vooraf	Rechterlijke beslissing	Kan volgen op bestuurlijke ophouding. Zie art. 540 lid 2 Sv

Voorlopige hechtenis	S	Art. 63 e.v. Sv	Vrijheidsbeneming	S (R-C)	Vooraf	Rechterlijke beslissing	
Schorsing voorlopige hechtenis	S	Art. 80 e.v.	Vrijheidsbeperking	S (R-C)	Vooraf	Rechterlijke beslissing	Bijkomende voorwaarden kunnen o.m. zijn: contactverbod, gebiedsverbod, meldingsplicht
Voorwaardelijke Veroordeling m. bijz. voorwaarden	S	Art. 14a e.v. Sr	Vrijheidsbeperking	S (zittingsrechter)	Vooraf	Rechterlijke beslissing Evt. onmiddellijk uitvoerbaar met evt. dadelijke tenuitvoerlegging vrijheidsbeneming (R-C)	o.m. contact- gebiedsverbod, elektronisch toezicht.
Onvoorwaardelijke veroordeling straffen en maatregelen	S	Art. 9 Sr	Vrijheidsbeneming (detentie, TBS), vrijheidsbeperking (taakstraf, gebieds- of contactverbod, rijontzegging), Eigendom (geldboete en	S (zittingsrechter)	Vooraf	Rechterlijke beslissing Hoofddregel is dat van rechtsmiddelen schorpende werking uitgaat. Uitzonderingen zijn mogelijk (art. 66, 75 en 557 Sv)	

			verbeurdverklaring, schadevergoeding)				
Inverzekeringstelling	S	Art. 57 Sv	Vrijheidsbeneming	S (R-C)	Achteraf/tijdens	Uiterlijk na 3 en 15 uur na aanhouding voorgelding aan R-C Geen schorsing o.i.d. mogelijk	
Staandehouden en stilhouden	S	Art. 52 Sv, art. 34 lid 4 WED, art. 160 WVV 1994	Vrijheidsbeperking	S of C	Niet of achteraf. Het niet gevolg geven aan stopteken in kader van WED en WVV 1994 is een strafbaar feit. Beoordeling door S	Achteraf. S (bewijsuitsluiting) of C	
Aanhouding door politie/BOA	S	Art. 53/54 Sv	Vrijheidsbeneming	S (R-C) of C	Hulp-Ovj bij voor geleiding. S (R-C) achteraf als iv.s. voortduurt	Uiterlijk na 3 en 15 uur na aanhouding voorgelding aan R-C Onrechtmatige daadsactie bij civiele rechter	
Aanhouding door burger	S	Art. 53 Sv	Vrijheidsbeneming	–	S of C	Aangifte geweld of vrijheidsberoving en mogelijkheid tot klacht bij niet vervolgen	

						Onrechtmatige daads- actie bij civiele rechter	
Tijdelijk stilleg- gen onderne- ming	S	Art. 28 WED	Eigendom	S	Achteraf	Periodieke toetsing op verzoek	
Voordeelontne- ming	S	Art. 36s Sr	Eigendom	S (zittingsrech- ter)	Vooraf, tenzij beslag is gelegd (art. 94a Sv).	Zittingsrechter stelt (de hoogte van) de ontneming vast	
Inbeslagneming voorwerpen	S	Art. 94 e.v. Sv, art. 19 WED	Eigendom	S (zittingsrech- ter)	Achteraf bij straf- oplegging	Indien de goederen niet verbeurd worden verklaard en niet reeds teruggegeven moeten ze worden terugge- geven/vergoed	
Telefoontap/af- luisteren	S	Art. 126l, 126m, 126s Sv	Privacy	S (R-C)	Machtiging vooraf	Achteraf. S (bewijsuit- sluiting)	
Observatie/Ca- meratoezicht	S	Art. 126g, 126o Sv	Privacy	–	Achteraf of hele- maal niet	Achteraf. S (bewijsuit- sluiting) of C	
Binnentreden in woningen i.v.m. bijzondere op- sporingsbe- voegdheden	S	O.a. art. 126s Sv	Privacy	S (R-C)	Machtiging vooraf	Achteraf. S (bewijsuit- sluiting) of C	

Huis(door)zoeking ter aanhouding of inbeslagname en schouw	S	Art. 55a, 97 e.v., 151, 192 Sv		S (R-C), behoudens uitzonderingsgevallen	Achteraf/vooraf of helemaal niet	Machtiging vooraf of zelf aanwezig. Bij spoed i.v.m. aanhouding hoeft machtiging R-C niet worden afgewacht (art. 55a Sv)	
Fouilleren/onderzoek aan lichaam	S	Art. 56 Sv, art. 7 Politiewet 2012	integriteit lichaam	–	Achteraf of helemaal niet	Achteraf. S (bewijsuitsluiting) of C	
Verhoren verdachte	S	Art. 29 Sv	Onschuldpresumptie	S	Achteraf/vooraf	Toetsing achteraf van geven cautie door politie. Rechter geeft zelf ook cautie bij verhoor	
Horen met oog op overtreding/boete	B	Art. 5:10a, 8:28a Awb, art. 53 Mw	Onschuldpresumptie	B	Achteraf/vooraf	Toetsing achteraf van geven cautie door toezichthouder/bestuur. Rechter geeft zelf ook cautie bij zitting	

Catalogus (grond)rechten:

1. Gelijke behandeling / anti discriminatieverbod: art. 1 Gw, art. 14 EVRM, art. 1 Twalfde protocol EVRM, art. 2, 3, 26 en 27 IBPR, art. 20-26 EU-Handvest, art. 18 WVEU, art. 2 IVRK
 2. Kiesrecht: art. 4 Gw, art. 3 Eerste Protocol EVRM, art. 39 en 40 EU-Handvest
 3. Vrijheid van godsdienst en levensovertuiging: art. 6 Gw, art. 9 EVRM, art. 145 Wsr, art. 10 en 22 EU-Handvest, art. 18 IVBPR
 4. Vrijheid van meningsuiting: art. 7 Gw, art. 10 EVRM, art. 11 EU-Handvest, art. 19 IVBPR
 5. Vrijheid van vereniging: art. 8 Gw, art. 11 EVRM, art. 5 ESH, art. 140 Wsr, art. 12 EU-Handvest, art. 5 ESH
 6. Vrijheid van vergadering en betoging (ook staking): art. 9 Gw, art. 11 EVRM, art. 143 Wsr, art. 12 en 28 EU-Handvest, art. 21 IVBPR, art. 6 ESH
 7. Eerbiediging persoonlijke levenssfeer: art. 10 Gw, art. 8 EVRM, art. 7 EU-Handvest
 8. Onaantastbaarheid menselijk lichaam: art. 11 Gw, art. 3 EVRM
 9. Huisrecht / binnentreden woning: art. 12 Gw, art. 8 EVRM, art. 17 IVBPR
 10. Brief- telefoongeheim: art. 13 Gw, art. 8 EVRM, art. 7 EU-Handvest
 11. Waarborgen vrijheidsontneming: art. 15 Gw, art. 5 en 6 EVRM, art. 6 EU-Handvest, art. 9 IVBPR
 12. Legaliteitsbeginsel: art. 16 Gw, art. 7 EVRM, art. 1 Wsr, art. 49 EU-Handvest, art. 14 IVBPR
 13. Wettelijk toegekende rechter: art. 17 Gw, art. 6 en 13 EVRM, art. 47 EU-Handvest, art. 14 IVBPR
 14. Toegang tot de rechter / effective remedy: art. 6 en 13 EVRM, art. 47 EU-Handvest
 15. Genot eigendom: art. 1 Eerste protocol EVRM, art. 17 EU-Handvest
 16. Recht op onderwijs: art. 14 EU-Handvest
 17. Recht op verblijf en verplaatsing: art. 18, 19 en 45 EU-Handvest, art. 12 en 13 IVBPR, art. 2 Vierde Protocol EVRM, art. 1 Zevende Protocol EVRM
 18. Gezinsrecht: art. 9 en 33 EU-Handvest, art. 8 EVRM, art. 23 IVBPR, art. 9 en 10 IVRK
 19. Kinderbescherming: IVRK, art. 24 EU-Handvest, art. 24 IVBPR, art. 7 ESH
 20. Vrijheid en veiligheid: art. 5 EVRM, art. 6 EU-Handvest
 21. Bescherming in het buitenland: art. 46 EU-Handvest
 22. Onschuldpresumptie: art. 6 EVRM, art. 14 IVBPR, art. 48 EU-Handvest
- Methoden rechtsbescherming bestuursrecht:**
1. Toezichthandelingen – geen besluit: civiele rechter als restrechter – bij niet voldoen aan vordering kan een sanctiebeschikking of strafvervolgning volgen
 2. Ontwerpbesluit (ambtshalve of op aanvraag) – zienswijzen – besluit – beroep (zonder schorsende werking, art. 6:16 Awb)
 3. Besluit (ambtshalve of op aanvraag) – bezwaar – beroep (zonder schorsende werking, art. 6:16 Awb)
 4. Rechtstreeks beroep (overslaan bezwaar, bijv. art. 6 lid 1 Wet tijdelijk huisverbod)
 5. Spoedtoetsing vзнr. (bijv. art. 6 lid 2 Wth, oordeel voorzieningemrechter < 3 dagen + mondelinge uitspraak: art 94 Vw 2000, toetsing vreemdelingenbewaring < 14 dagen)
 6. Opschorting uitspraak rechtbank (bijv. art. 19 Beroepswet)

7. Opschorting indienen beroepsschrift door derden (art. 6:8 lid 2, 3 en 4 Awb)
8. Opschorting werking besluit tot na verstrijken bezwaar- beroepstermijn (bijv. art. 6:1 lid 2 Wabo)
9. Opschorting werking besluit tot na oordeel vznr. op verzoek voorlopige voorziening (bijv. art. 6:1 lid 3 Wabo)
10. Opschorting boetebesluiten tot na verstrijken beroepstermijn + oordeel rechter (bijv. art. 63 Mw en art. 1:85 Wft)
11. Beschikking met opschortende voorwaarde (bijv. subsidietoekenning onder vwd goedkeuring begrotingspost, vgl 4:34 Awb)
12. Beschikking met ontbindende voorwaarde (bijv. lozingsvergunning onder vwd aansluiting pand op riolering)
13. Beschikking met begunstigingstermijn (last onder bestuursdwang, last onder dwangsom)
14. Beschikking tot publicatie openbare waarschuwing/boete/last (naming and shaming; bijv. art. 1:94 e.v. Wft; voorzieningenrechter is bevoegd)
15. Voeging derde belanghebbende met tegengesteld belang is mogelijk in lopende beroepsprocedure (art. 8:26 en 6:13 Awb)
16. Schadevergoeding wegens onrechtmatige besluitvorming kan via afzonderlijk besluit en in lopende zaak via bestuursrechter (art. 8:73 Awb) worden verzocht.

Methoden rechtsbescherming strafrecht:

1. Toezicht uit hoofde van de WED – civiele rechter als restrechter – bij niet voldoen aan vordering kan een strafvervolgning volgen
2. Dwangmiddel strekkende tot vrijheidsontneming – onverwijlde toetsing door Hulp-OvJ (o.a. aanhouding) of R-C (o.a. voorlopige hechtenis)
3. Andere opsporings- en dwangmiddelen – toetsing vooraf door OvJ of R-C
4. Strafoplegging via strafbeschikking – bij tijdig verzet volgt intrekking of vernietiging
5. Kennisgeving van verdere vervolging/dagvaarding – bezwaar mogelijk bij strafrechter
6. (Kennisgeving van) niet vervolgen – klachtprocedure door belangenhebbende(n) bij Hof
7. Dagvaarding (bij tenlastelegging of na verzet) – strafrechter beslist omtrent schuld en strafmaat
8. Rechtsmiddelen hebben schorsende werking. Uitzonderingen zijn mogelijk (art. 66, 75, 257g en 557 Sv)
9. Voeging benadeelde partij in strafzaak – strafrechter beslist omtrent schadevergoeding, tenzij beoordeling onevenredige belasting oplevert (art. 51f Sv en art. 361 Sv)
10. Dagvaarding bij voordeelontneming – strafrechter beslist omtrent ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel
11. Bij inbeslagneming zal indien niet tussentijds door het OM wordt beslist tot teruggave de zittingsrechter zich buigen over verbeurdverklaring

Naar aanleiding van de Agenda van de Rechtspraak 2011-2014 *Gericht op de samenleving* is door de landelijke overleggen bestuursrecht (LOVB) en strafrecht (LOVS) een werkgroep ingesteld. Deze heeft onderzocht of – juist in het licht van (EVRM) verdragsverplichtingen – er aanleiding bestaat de intensiteit van toetsing door de bestuursrechter en het moment daarvan in de bestuursrechtelijke procedure te heroverwegen, indien het voorgenomen overheidshandelen een (potentiële) inbreuk op een of meer grondrechten oplevert. Dit rapport doet verslag van dat onderzoek. Het brengt mogelijke knelpunten in kaart en bevat aanbevelingen voor het bestuur, de wetgever en de rechtspraak.

Daarbij wordt steeds een vergelijking gemaakt met het strafrecht in zes ‘tandems’ van bestuurlijke en strafrechtelijke maatregelen:

1. de bestuurlijke boete en de strafrechtelijke geldboete;
2. de onthouding of intrekking van vergunningen op grond van antecedenten die bestaan uit vastgestelde overtredingen of vermoedens en de strafrechtelijke gevolgen van dergelijke antecedenten;
3. de vreemdelingenbewaring en het strafvorderlijk voorarrest;
4. het aanwijzen van een veiligheidsgebied door burgemeester na verordening raad en de fouillering door politieambtenaren;
5. het binnentreden van woningen in het kader van het bestuurlijk toezicht en strafvordering;
6. de vordering van inlichtingen en gegevens door toezichthouders en opsporingsambtenaren.

Het onderzoek laat zien dat de huidige Nederlandse toetsingspraktijk thans in het algemeen nog voldoet aan de verdragsrechtelijke minimumstandaarden. Desalniettemin zijn er, met het oog op toekomstige ontwikkelingen, redenen de intensiteit en het moment van rechterlijke toetsing van bepaald ingrijpend overheidsoptreden te herijken.

www.kluwer.nl



verkrijgbaar als e-book
www.kluwer.nl/e-books



Kluwer

a Wolters Kluwer business