

Vergaderjaar 2008–2009

29702

Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht)

E

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 7 november 2008

De ondergetekende heeft met belangstelling kennis genomen van het nader voorlopig verslag. Mede namens de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties wordt hieronder ingegaan op de afzonderlijke vragen.

Bestuursrechtelijke geldschulden

1

De leden van de CDA-fractie lazen dat ook de regering meent dat het mogelijk is dat geschillen ontstaan nadat tegen de hoofdbeschikking geen of tevergeefs beroep is ingesteld, over verzoeken tot uitstel of kwijtschelding. Zij meent echter dat dit zich slechts in een kleine minderheid van de gevallen zal voordoen. Zij verwijst naar de gang van zaken na invoering van de mogelijkheid tot rechtstreeks beroep op de rechter met overslaan van de bezwaarprocedure en de invoering van de mogelijkheid de kosten van een bezwaarschriftprocedure «te claimen». Daar viel het mee dus zal het ook hier wel meevallen, zo vertalen deze leden van de CDA-fractie het betoog van de regering op dit punt.

Deze leden vragen zich echter af of deze vergelijking echt hout snijdt. De beide genoemde voorbeelden hebben betrekking op situaties die betrekkelijk riskant kunnen zijn voor degene die ze instelt en die tijd geld en energie vergen. Bij uitstel- en zeker bij kwijtscheldingsverzoeken gaat het niet alleen om een veel groter aantal beschikkingen dat daarvoor potentieel in aanmerking komt. Het gaat daarenboven ook om een terrein dat bij uitstek geschikt is voor massale actie al dan niet gecoördineerd door actiegroepen, belangenverenigingen of andere organisaties.

Het is om deze redenen dat deze leden van de CDA-fractie er nog niet van overtuigd zijn dat de beoogde verdere formalisering niet tot de gevreesde verdere toename van de druk op bestuursrechters zal leiden. Deze leden verzoeken de regering daarom haar stelling terzake nader te onderbouwen. Is het overigens ook zo, zo vragen deze leden van de CDA-fractie kennis genomen hebbend van Uw antwoord op vraag 12, dat indien het wetsvoorstel-Wolfsen¹ in werking treedt, te laat beantwoorde kwijtscheldingsverzoeken tot dwangsomprocedures kunnen leiden?

¹ Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen (Kamerstukken 29 934).

Het is inderdaad zo dat, wanneer het wetsvoorstel Dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen (wetsvoorstel-Wolfsen; Kamerstukken I 2005/06, 29 934, A) in werking zal zijn getreden, een bestuursorgaan dat niet tijdig beslist op een verzoek om kwijtschelding een dwangsom kan verbeuren. Het gaat dan immers om het niet tijdig beslissen op een aanvraag in de zin van genoemd wetsvoorstel.

Beslissingen omtrent kwijtschelding van geldschulden en uitstel van betaling worden door de rechtspraak ook thans al aangemerkt als voor beroep vatbare besluiten (ABRVs 13 juli 2005, AB 2006, 178 m.nt. NV). Niettemin is het aantal geschillen daarover zeer beperkt. Wij hebben geen reden om aan te nemen dat dit door het onderhavige wetsvoorstel zal veranderen.

2

Is de regering bekend met de brief van Geradts & Vetter van 22 juli jl.¹ aan de vaste commissie voor Justitie waarin de opvattingen van de regering, zoals weergegeven op p. 17 van de MvA, onjuist, althans onvolledig worden genoemd, nu de regering slechts naar het daar vermelde arrest uit 2004 van de Hoge Raad verwijst. Welke opvatting heeft de regering over de stelling in de brief dat bij aanvaarding van het voorliggende voorstel de rechtsbescherming, gelet op de daar aangehaalde jurisprudentie – buiten het belastingrecht – er op achter uitgaat. De publiekrechtelijke waarborgen zouden, zo menen de briefschrijvers, nu wel gelden in het algemene bestuursrecht, maar straks niet langer behoudens koerswijziging van de wetgever (brief blz. 2/3).

Wij onderschrijven niet de stelling van de briefschrijver, de heer Vetter, dat de rechtsbescherming er door het onderhavige wetsvoorstel op achteruit gaat. Het wetsvoorstel kent een zogenaamd «open systeem» van invordering (art. 4.4.4.2.11). Dit betekent vooral, dat een bestuursorgaan in plaats van een dwangbevel uit te vaardigen ook een vordering bij de burgerlijke rechter kan instellen. Voor het belastingrecht is dit reeds geldend recht. Voor het overige bestuursrecht is het thans vaak onduidelijk in hoeverre een open systeem geldt en brengt het wetsvoorstel dus een belangrijke verduidelijking.

Een volgende vraag is, in hoeverre bij de invordering langs privaatrechtelijke weg ook de publiekrechtelijke waarborgen gelden. Wij hebben in de memorie van antwoord (vraag 24) gewezen op het arrest HR 30 januari 2004, NJ 2004, 197) waaruit volgt dat dit in het belastingrecht niet altijd zonder meer het geval is. De heer Vetter stelt, dat dit buiten het belastingrecht wél altijd zonder meer het geval is. Dit geldt volgt echter niet uit de door hem aangehaalde arresten van de Hoge Raad. Dat zijn de klassieke «twee wegen-leer»-arresten, zoals onder meer HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (Windmill) en HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (Kunst- en antiekstudio Lelystad). Deze arresten gaan echter niet over de vraag of bij het volgen van de privaatrechtelijke weg ook publiekrechtelijke waarborgen gelden, maar over de vraag of de privaatrechtelijke weg überhaupt mag worden gevolgd. Bovendien betreffen zij geen van alle de invordering. Het arrest van 2004 is dus wel degelijk het belangrijkste houvast bij het beantwoorden van de vraag in hoeverre bij privaatrechtelijke invordering ook publiekrechtelijke waarborgen gelden. Wij lezen in het arrest van 2004 niet, dat dit nimmer het geval is. Zo laat het arrest onverlet dat de overheid ook bij de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Evenmin kan – om in te gaan op een concrete vraag van de heer Vetter – de keuze voor de privaatrechtelijke weg afdoen aan de publiekrechtelijke geheimhoudingsverplichtingen van de fiscus of een ander bestuursorgaan. Ook de bepaling die de hoogte van de aanmaningsvergoeding maximeert (art. 4.4.4.1.2) maakt geen onderscheid tussen privaat- en publiekrechtelijke invordering. Al met al kan men dus niet zeggen de keuze voor een open systeem de rechtsbescherming vermindert. Bij het volgen van de privaat-

¹ Ter inzage gelegd bij de afdeling Inhoudelijke Ondersteuning van de Eerste Kamer onder griffienummer 139.328.02.

rechtelijke weg gelden immers, nog afgezien van het voorgaande, ook aanvullende privaatrechtelijke waarborgen, waaronder de zeer belangrijke dat voor het verkrijgen van een executoriale titel de (in sommige gevallen hernieuwde) tussenkomst van de onafhankelijke rechter is vereist. Voor de volledigheid wijzen wij er op dat de heer Vetter ook nog een vraag stelt over de mogelijkheid om een geldschuld in te vorderen indien de beschikking waaruit zij voortvloeit nog niet onherroepelijk is. Op die kwestie gaan wij hieronder bij de beantwoording van de vragen 8 en 9 uitvoeriger in.

3

De regering wijst er in de memorie van antwoord (p. 18) op dat de hoofdregel in het bestuursrecht (art. 6:16 Awb) is dat bezwaar en beroep geen schorsende werking hebben, ook niet bij dwanginvordering. Wel wachten bestuursorganen in de praktijk, zo merkt de regering op, vaak tot de achterliggende beschikking onherroepelijk is. De regering wijst er in dit verband op dat het algemeen belang of de belangen van derden kunnen vergen dat eerder met invordering wordt begonnen. Verstaan deze leden van de CDA-fractie de regering goed indien zij hierin lezen dat de regering van opvatting is dat ook slechts in deze met name genoemde gevallen het aanvaardbaar is om direct in te vorderen en beroep niet af te wachten. Of zijn er ook andere motieven die een dergelijke «haast» kunnen schragen. Kan de regering ook een voorbeeld geven waar algemeen belang (afgezien van de dreiging dat betrokkenen zich aan de Nederlandse rechtsorde dreigen te onttrekken) directe invordering vergt?

Het is aan het tot invordering bevoegde bestuursorgaan om af te wegen of het tot invordering wil overgaan voordat de beschikking waaruit de geldschuld is ontstaan, onherroepelijk is. Vanzelfsprekend is het bestuursorgaan bij deze afweging wel gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het algemeen belang kan onder omstandigheden directe invordering vergen, bijvoorbeeld indien er gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat betrokkenen over enige tijd geen verhaal meer zal bieden. Het is immers een algemeen belang dat aan de overheid verschuldigde bedragen zoveel mogelijk ook daadwerkelijk worden betaald.

De bestuurlijke boete

Grondwettelijke verankering

4

De regering antwoordt op vragen van o.a. de VVD-fractieleden dat het niet goed doenlijk is het toepassingsbereik van de bestuurlijke boete grondwettelijk te verankeren. De leden van de CDA-fractie zouden echter in dit verband de volgende vraag willen stellen. Fenomenen als straf (dus ook boete), de berechting van strafbare feiten en tuchtrechtspraak worden op meerdere plekken in de Grondwet nadrukkelijk vermeld. De regering betoogt verder op meerdere plaatsen dat de bestuurlijke of punitieve boete qua rechtswaarborgen de vergelijking met de strafrechtelijke sanctie goed kan doorstaan en volledig past in het kader van art. 6 EVRM. Is de regering van opvatting dat de bestuurlijke boete een fenomeen is dat in onze nationale constitutie ongenoemd kan of behoort te blijven?

Op zichzelf zou het denkbaar zijn dat ook bestraffende bestuurlijke sancties in de Grondwet worden genoemd. Het lijkt nu echter niet het moment om daarover een standpunt te bepalen. Het is de bedoeling dat de Staatscommissie voor de herziening van de Grondwet zich onder andere in algemene zin bezig gaat houden met de relatie tussen de Grondwet en de rechten die ontleend kunnen worden aan artikel 6 EVRM (Zie daarover

Bestuurlijke boete versus strafrechtelijke afdoening

5

*In antwoord op vraag 34 in het voorlopig verslag van de Eerste Kamer erkent de regering dat efficiency op zichzelf geen doorslaggevend argument meer kan zijn om voor de bestuurlijke boete te kiezen nu ook OM-afdoening een alternatief biedt. Wel stelt de regering dat in voorkomende gevallen er andere argumenten kunnen zijn die de keuze voor de bestuurlijke boete rechtvaardigen. Kan de regering, zo vragen de leden van de **CDA**-fractie, hier zo mogelijk limitatief maar anders enumeratief voorbeelden van die argumenten noemen?*

Een argument kan zijn dat de handhaving van de desbetreffende regelgeving specifieke expertise vergt, die vooral bij het bestuursorgaan aanwezig is. Men denke aan het mededingingsrecht en het toezicht op gereguleerde markten. Overigens is in de memorie van antwoord reeds een notitie aangekondigd over de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. Deze notitie zal dezer dagen naar de Staten-Generaal worden verzonden. In de notitie zullen de argumenten waaraan deze leden refereerden meer uitgebreid de revue passeren.

6

*De leden van de **CDA**-fractie hebben in het voorlopig verslag gevraagd in hoeverre in de sfeer van de bestuurlijke boete het «opportuniteitsbeginsel» een rol speelt (vraag 41). Zij noemden daarbij met name de Staten-Generaal, de Provinciale Staten, de gemeenteraden en de algemene besturen van zelfstandige bestuursorganen. De regering antwoordt door te verwijzen naar de mogelijkheid van beleidsregels, de relevantie van het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, de beoordelingsvrijheid van het bestuursorgaan en de volle toetsing door de bestuursrechter.*

*Deze leden van de **CDA**-fractie begrijpen dit antwoord, maar wijzen erop dat zij ook iets anders vroegen. Kan in de sfeer van de decentrale overheden bijvoorbeeld de gemeenteraad in een kaderstellende notitie het «bestuurlijke-boete beleid» in het algemeen of binnen bepaalde sectoren of zelfs in specifieke gevallen van het college of de burgemeester nader normeren? College en burgemeesters zullen immers de facto dergelijke inkaderingen niet kunnen negeren. Het is immers een van de doelstellingen van de dualisering geweest, althans geworden, dat de raad het bestuur kaders stelt. Zo kan het zijn dat gemeente A onder impuls van de gemeenteraad aldaar terzake van bijvoorbeeld een bepaalde categorie boetewaardige zaken zus handelt en de buurgemeente op grond van inzichten van de gemeenteraad aldaar zo. Bijvoorbeeld indien de raad van A meent dat om hem moverende politieke redenen tegen een bepaalde «overtreding» geen punitieve boete dient te worden ingezet, terwijl de raad van B een keihard beleid ter zake voorstaat. Gaarne nog op dit punt de reactie van de regering.*

Als de wetgever de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boeten toekent aan bestuursorganen van decentrale overheden, en daarbij deze bestuursorganen ook nog een zekere beleidsvrijheid laat, dan impliceert dat noodzakelijkerwijs dat er verschillen in beleid tussen verschillende decentrale overheden kunnen ontstaan. Het impliceert evenzeer, dat de vertegenwoordigende organen (de gemeenteraad of provinciale staten) over dezelfde middelen beschikken om dit beleid te beïnvloeden als bij iedere andere bevoegdheid van het dagelijks bestuursorgaan (burgemeester en wethouders of gedeputeerde staten). Bij het voorgaande past

de kanttkening dat de thans bekende voorbeelden van bestuurlijke boetes op decentraal niveau (de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte en de Wet inburgering) uitsluitend in de sfeer van gemeenten voorkomen en dat in die gevallen de wetgever de nadere normering opdraagt aan de gemeenteraad middels een gemeentelijke verordening.

7

Is de regering met o.a. M.W.C. Feteris («De bestuurlijke boete en de 4e tranche van de Awb») van opvatting dat beleidsregels als «law» in de zin van artikel 15 JVBRR dienen te worden aangemerkt. Hierdoor zou de verlaging van boetes in latere beleidsregels ex nunc werken en als zodanig door de beboete kunnen worden ingeroepen.

Wij delen inderdaad de opvatting van prof. Feteris dat beleidsregels als «law» in de zin van artikel 15 IVBPR moeten worden aangemerkt. Dit betekent inderdaad dat bij een wijziging van beleidsregels ten gunste van de overtreder gedurende de procedure, de voor de overtreder meest gunstige beleidsregels moeten worden toegepast. Dit is reeds vaste jurisprudentie (ABRvS 23 april 2008, JB 2008, 127 m.nt. C.L.G. F.H.A.).

8

De regering heeft eerder in reactie op het Rapport van de Commissie Toetsing Wetgevingsprojecten gesteld dat zij het met die commissie eens is dat de schorsende werking van bezwaar uitgangspunt is (Bijlage Handelingen TK 1993/4 23 400 VI, nr. 48, p15) op het stuk van bestuurlijke boetes. De leden van de CDA-fractie zien een discrepantie tussen dat standpunt en het standpunt dat de regering bij de schriftelijke voorbereiding van het voorliggende wetsvoorstel inneemt (zie o.a. Kamerstukken TK 29 702, nr. 3, p 134 e.v.) Zien deze leden dat volgens de regering juist en indien dat het geval is, wil de regering dan aangeven waarom op dit punt haar opvatting is veranderd.

Toen genoemd kabinetsstandpunt in 1994 werd uitgebracht, bestond er – afgezien van het belastingrecht – nog nauwelijks praktische ervaring met de bestuurlijke boete. Sedertdien is de bestuurlijke boete in vele tientallen wetten ingevoerd. Daarbij is soms – vooral bij hoge boeten – gekozen voor schorsende werking van zowel het bezwaar als het beroep. Voorbeelden zijn de Mededingingswet (art. 63) en de Telecommunicatiewet (art. 15.12). In andere gevallen – bijvoorbeeld de Arbeidsomstandighedenwet en de Wet arbeid vreemdelingen – is vastgehouden aan de bestuursrechtelijke hoofdregel, dat bezwaar en beroep geen schorsende werking hebben. Het aldus gegroeide stelsel functioneert in de praktijk goed. Veelzeggend is in dit verband, dat er, hoewel er inmiddels grote aantallen bestuurlijke boeten worden opgelegd, nog altijd niet of nauwelijks gepubliceerde rechtspraak is over de invordering van deze bestuurlijke boeten. Blijkbaar leidt het soms ontbreken van schorsende werking in de praktijk niet tot geschillen. Men kan dus zeggen dat het standpunt van 1994 op grond van praktijkervaringen is bijgesteld.

9

De regering ziet wel ruimte voor de schorsende werking hierboven bedoeld bij zeer hoge boetes. Maar is het niet zo, zo vragen de leden van de CDA-fractie, dat een boete op grond van de werkloosheidswet van Euro 2269 (max.) niet dezelfde impact hebben op de beboete als de boete van 450 000 Euro in het kader van de Mededingingswet? Kan de regering in dit verband de kritiek, vooral vanuit strafrechtelijke hoek (Van Russen Groen, L.J.J. Rogier, Albers, Feteris, Lenos en Roording), die er op neer komt dat de onschuldpresumptie uit art. 6 EVRM op gespannen voet staat met het executeren van bestuurlijke boeten terwijl nog een bezwaarschrift

«loopt», becommentariëren? Ook al dwingt wellicht de jurisprudentie niet tot dat standpunt zijn er dan geen inhoudelijke argumenten om het standpunt «ja, tenzij..» in te nemen t.a.v. de vraag of een bezwaarschrift schorsende werking dient te hebben?

Het is juist dat het mede van de context afhangt wanneer een boete als «hoog» moet worden aangemerkt. Daarom moet de vraag naar een eventuele schorsende werking van bezwaar en beroep ook per boetestelsel worden bekeken. Voor een algemene omkering op dit punt van de basisregel naar een «ja, tenzij..» zien wij geen reden. Wat er zij van de standpunten in de aangehaalde – veelal al wat oudere – literatuur, wij herhalen dat bestaande boetestelsels zonder schorsende werking in de praktijk bevredigend functioneren en op dat punt zelden of nooit geschillen oproepen.

Ook het EHRM heeft geoordeeld dat het treffen van invorderingsmaatregelen bij nog niet onherroepelijk vaststaande boeten in zijn algemeenheid niet in strijd is met de onschuld presumptie. EHRM 23 juli 2002, *Västberga Taxi Aktiebolag en Vulic v. Zweden*, nr. 36 985/97). Wel dient een afweging te worden gemaakt tussen de nadelige gevolgen van de invordering voor de belanghebbende enerzijds en de belangen van de Staat bij onmiddellijke invordering van de boete anderzijds. Aan dit vereiste is in Nederland voldaan, enerzijds doordat bij hoge boeten het bezwaar en beroep doorgaans wel schorsende werking hebben, anderzijds doordat invorderingsmaatregelen in het concrete geval altijd in overeenstemming moeten zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die eveneens een belangenafweging vergen.

Rechtsbescherming burger

10

De regering, zo lazen de leden van de CDA-fractie al in diens reactie op het advies van de Raad van State, wil van de cautieplicht voor schriftelijke vragen gesteld in de aanloop naar een beschikking over een bestuurlijke boete af.

Hoewel deze leden dit punt in het voorlopig verslag niet hebben vermeld, achten zij het van belang er hier toch nog op in te gaan. De regering meent dat de cautie dient als bescherming tegen de psychische druk die van een mondeling verhoor kan uitgaan. Deze reden is niet aanwezig bij schriftelijke communicatie. In de literatuur blijkt die opvatting van de regering al enige tijd bij sommige auteurs omstreden.

Is het niet zo, zo vragen deze leden van de CDA-fractie de regering, dat de discrepantie tussen zwijgrecht dat al eerder ontstaat en de cautie die pas voor het verhoor moet plaats vinden merkwaardig is. Zou, gelet ook op het eigen karakter van het bestuurlijke boetetraject waarbij schriftelijke procedures doorgaans een grote rol kunnen spelen en juridische bijstand in die fase als regel ontbreekt, de regeling van de cautie op dit punt geen heroverweging verdienen?

Het is niet juist dat de regering van de cautieplicht bij schriftelijke vragen «af wil». Zoals eerder uiteengezet, is er, in navolging van het strafrecht, voor gekozen om de cautieplicht te koppelen aan het in artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering gebruikte begrip verhoor. Aldus wordt maximaal geprofiteerd van de ervaring die op dit punt in het strafrecht is opgedaan en van de jurisprudentie die op dit punt in het strafrecht is ontwikkeld. Deze jurisprudentie leert ons, dat het van de omstandigheden afhangt wanneer sprake is van een verhoor. Uit artikel 29 Sv vloeit voort dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een verklaring – het verschaffen van schriftelijke inlichtingen daaronder begrepen – omtrent zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit, waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd. Deze sedert jaar en dag

bestaande strafrechtelijke regeling functioneert in de praktijk bevredigend. Niet valt in te zien waarom dat voor de daarmee overeenkomende bestuursrechtelijke regeling anders zou zijn.

11

Met het oog op art. 6 EVRM vragen deze leden van de CDA-fractie zich nog het volgende af: In de zaak Özturk heeft het Hof overwogen dat de uit art. 6 EVRM voortvloeiende waarborgen van toepassing zijn op alle punitieve sancties. De regering redeneert in de context van het voorliggende wetsvoorstel dat het niet nodig is om ten aanzien van lagere sancties «rapport op te maken». Leidt het ontbreken van een rapport in bepaalde situaties niet tot een inbreuk op het recht op een eerlijk proces? Kan de regering weergeven hoe de scheiding tussen zware en lichte procedures zich naar haar inzicht verhoudt tot de jurisprudentie van het Hof in Straatsburg terzake van de rechtswaarborgen bij punitieve sancties.

De lichte procedure zal in de meeste gevallen worden gevolgd voor eenvoudig te constateren feiten. Men denke aan het niet tijdig afdragen van loon- of omzetbelasting of aan administratieve overtredingen als het niet tijdig inleveren van «werkbriefjes» in het kader van een uitkering. Dergelijke overtredingen zijn eenvoudig administratief te constateren: op een bepaalde datum is er iets afgedragen of ingeleverd of niet. Het opmaken van een rapport van een zo eenvoudig te constateren feit zou slechts onnodige bureaucratie en bestuurslasten opleveren. Van een inbreuk op het recht op een eerlijk proces kan sowieso nimmer sprake zijn. Immers, mocht het ontbreken van een rapport in een voorkomend geval eens leiden tot onzekerheid over de feiten, dan komt deze onzekerheid geheel voor risico van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan moet immers bewijzen dat de overtreding is gepleegd.

12

De leden van de CDA-fractie is het nog niet duidelijk waarom de regering er van heeft afgezien voor te stellen de rechtvaardigingsgronden uit het strafrecht op te sommen in de Awb.

De regering verwacht dat de bestuursrechter (zie vraag 56) wel aansluiting zal zoeken bij de jurisprudentie van de strafrechter. De regering vindt het ook de taak van het bestuur en de rechter om de rechtvaardigingsgronden in te vullen. Maar dat is, zo meent de regering, weer niet een taak voor decentrale wetgevers als Provinciale Staten en gemeenteraad.

De leden van de CDA-fractie menen dat de formulering van algemene rechtvaardigingsgronden net als de formulering van schulduitsluitingsgronden van ouds nu juist wel een taak is van de wetgever. Uiteraard is de interpretatie en toepassing daarvan aan rechters. Het is daarom dat zij nog eens de vraag willen voorleggen of het niet onverstandig is dat op het domein van het bestuursrecht de wetgever daarvan afziet. Vertrouwen op de rechter is een groot goed maar dat neemt huns inziens niet weg dat op hoofdpunten van rechtsbescherming – en de formulering van rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden vormen hoofdpunten – de wetgever zijn verantwoordelijkheid dient te nemen. Zoals hij dat ook deed in het strafrecht Die vraag klemt te meer nu in dit wetsvoorstel, althans in de toelichting daarop zo een sterke parallellie op het punt van de rechtswaarborgen bij de collegia van strafrechtelijke sancties enerzijds en punitieve boetes anderzijds wordt benadrukt.

Wij hebben er van afgezien om de strafuitsluitingsgronden uit het Wetboek van Strafrecht in de Awb op te sommen omdat ook daarmee geen sluitende codificatie zou worden bereikt. De strafuitsluitingsgronden zijn door een omvangrijke strafrechtelijke jurisprudentie nader ingevuld en aangevuld. Evenmin achten wij het in dit stadium van de rechtsontwikkeling verstandig om te pogen deze strafrechtelijke jurisprudentie in de

Awb te codificeren. Er is met de toepassing van rechtvaardigingsgronden in het bestuursrecht nog maar weinig ervaring opgedaan. De voorgestelde, meer «open» benadering biedt de bestuursrechter de ruimte om enerzijds inspiratie te zoeken in het strafrecht, maar anderzijds ook rekening te houden met eigenaardigheden van het bestuursrecht, zo dit nodig mocht blijken.

13

In het strafrecht worden strafbare feiten onderverdeeld in misdrijven en overtredingen. Het begrip «overtreding» heeft in het bestuursrecht een ruimere betekenis dan in het strafrecht. Op p. 45 van de memorie van antwoord schrijven de ministers dat «uit de aard van de bestuurlijke boete volgt dat deze kan worden opgelegd aan een ieder die in de context van de desbetreffende regeling als overtreder kan worden aangemerkt». Hieruit blijkt wel een heel wijde strekking van het begrip «overtreding», met een ruime marge voor het bestuur om te bepalen welke personen onder de categorie «overtreder» vallen.

*In het strafrecht geldt het adagium: geen straf zonder voorafgaande wetsbepaling. Moeten de leden van de **VVD**-fractie uit de hierboven aangehaalde passage van de memorie van antwoord de conclusie trekken dat dit adagium niet of althans in veel mindere mate geldt in het geval van een bestuurlijke punitieve sanctie? Moet de conclusie zijn dat bestuurlijke punitieve sancties kunnen worden opgelegd, ook zonder dat er een voorafgaande wetsbepaling is die voldoende duidelijkheid verschaft wie als overtreder kan worden aangemerkt? Graag een toelichting van de ministers.*

Wij menen dat hier sprake is van een misverstand. Wie bij handelen in strijd met een bepaald voorschrift als overtreder kan worden aangemerkt, wordt in de eerste plaats bepaald door dat voorschrift zelf: slechts degene tot wie een voorschrift zich richt, kan het als pleger overtreden. Tot wie een voorschrift zich richt, is een vraag van uitleg van dit voorschrift. De beantwoording van die vraag is, als bij iedere rechtsvraag, uiteindelijk aan de rechter, niet aan het bestuur. Er is dus geen sprake van dat het bestuur zelf kan uitmaken wie als overtreder kan worden aangemerkt. Hetzelfde geldt voor het medeplegen van de een overtreding: ook daarbij is het de rechter die aan de hand van de daarvoor geldende criteria uiteindelijk bepaalt of van medeplegen sprake is. Derhalve is er geen sprake van enigerlei inbreuk op het legaliteitsbeginsel.

14

Een bestuursorgaan kan de grondslag van een besluit wijzigen wanneer de bevoegdheid daartoe is vastgelegd in de desbetreffende bijzondere wet. Uit de praktijk blijkt dat de bevoegdheid om de grondslag van een besluit te wijzigen impliciet wordt aangenomen. Procedureel is een en ander geregeld in de artikelen 6.18 en 6.19 van de Awb. Betekent dit ook dat tijdens de bezwaar- c.q. beroepsprocedure in het kader van een bestuurlijke punitieve sanctie het bestuursorgaan de grondslag van het besluit kan wijzigen? Zo ja, hoe beoordelen de ministers dit in het licht van de rechtsbescherming van de burger?

In dit verband moet onderscheid worden gemaakt tussen de gedraging en de norm die door de gedraging wordt geschonden.

Een bestuursorgaan is niet bevoegd om een eenmaal genomen boetebesluit zodanig te wijzigen, dat aan de belanghebbende een andere gedraging (dus een ander feitencomplex) wordt tegengeworpen. Dit geldt overigens zelfs al in een eerder stadium van de procedure: is eenmaal het voornemen kenbaar gemaakt om voor een bepaalde gedraging een boete op te leggen, of zelfs maar van een bepaalde gedraging een rapport opge maakt, dan kan het bestuursorgaan de belanghebbende in die procedure

geen wezenlijk andere gedraging meer tegenwerpen. Als het bestuursorgaan de belanghebbende (ook) voor een andere gedraging wil beboeten, zal het een geheel nieuwe procedure moeten starten. Een andere situatie doet zich voor, als gedurende de procedure blijkt, dat de gedraging die de belanghebbende wordt verweten, door een ander voorschrift wordt verboden dan aanvankelijk gedacht. In dat geval kan een wijziging van de grondslag van de boete toelaatbaar zijn, mits de belanghebbende daardoor niet wezenlijk in zijn verdediging wordt geschaad. Dit laatste impliceert in ieder geval, dat de belanghebbende de gelegenheid moet krijgen om zich over de nieuwe grondslag uit te laten (vgl. art. 3:2 en art. 7:9 Awb).

15

Een vergelijkbare vraag stellen de leden van de VVD-fractie met het oog op art. 6:22 Awb. Volgens art. 6:22 Awb kan een vormverzuim in een besluit waartegen bezwaar wordt gemaakt of waartegen beroep is ingesteld door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten als blijkt dat de belanghebbende daardoor niet is benadeeld. In de memorie van toelichting wordt hieraan op p. 128 aandacht besteed: «Deze methode kan worden gebruikt in geval van inbreuken op procedurele waarborgen die niet kunnen worden gepasseerd, maar waarbij het ook te ver gaat om het gehele boetebesluit te vernietigen», zo valt te lezen. Wanneer in een strafprocedure de officier van justitie een wijziging in de telastelegging wil aanbrengen, gelden daarvoor strikte regels en beperkingen. Er valt een duidelijk verschil in rechtsbescherming van de burger te constateren tussen een bestuursrechtelijke procedure in het kader van een bestuurlijke punitieve sanctie en een strafprocedure. De strafprocedure biedt de burger meer rechtsbescherming. Hoe beoordelen de ministers dit?

De door deze leden geciteerde zin uit de memorie van toelichting ziet niet op de toepassing van artikel 6:22, maar op de mogelijkheid die de bestuursrechter heeft om, zelf in de zaak voorzien, de boete te verminderen. Voor het overige zal artikel 6:22 in een boetezaak slechts kunnen worden toegepast, indien de belanghebbende door de schending van het vormvoorschrift niet in zijn verdediging is geschaad. Gelet hierop achten wij de rechtsbescherming in het bestuursrecht niet minder dan in het strafrecht.

De door deze leden aangehaalde situatie van wijziging van de telastelegging vindt zijn bestuursrechtelijk equivalent niet in toepassing van artikel 6:22, maar in wijziging van het boetebesluit. Uit het hiervoor gegeven antwoord op vraag 14 moge blijken, dat daarvoor ook in het bestuursrecht strikte grenzen gelden.

Rechtseenheid

16

De leden van de VVD-fractie stellen vast dat wat de bestuurlijke boete betreft in hoogste instantie door vijf colleges uitspraken kunnen worden gedaan, namelijk de Raad van State, het College van Beroep voor het bedrijfsleven, de Centrale Raad van Beroep, de Hoge Raad in belastingzaken, het Hof Leeuwarden in zogenaamde Mulder zaken. De praktijk wijst uit dat deze colleges het over de uitleg van sommige juridische vragen eens zijn en over de uitleg van andere niet. Dit komt de rechtseenheid niet ten goede. In het strafrecht oordeelt in hoogst instantie één college, namelijk de Hoge Raad. Daarnaast is er de laatste vijf jaar in het strafrecht hard aan gewerkt om zoveel mogelijk rechtseenheid en rechtsgelijkheid te realiseren. Met de vijf verschillende colleges die in hoogste instantie uitspraak doen over de bestuurlijke punitieve sanctie valt wat deze sanctie betreft een tegengestelde ontwikkeling waar te nemen. Hoe beoordeelt de

minister van Justitie dit en welke stappen overweegt hij om in de hier gesignaleerde ontwikkeling verbetering te brengen?

Het verschijnsel, dat meer dan een rechter in hoogste instantie oordeelt, is niet specifiek voor de bestuurlijke boete, maar geldt voor het gehele bestuursrecht. De ervaring leert, dat de jurisprudentie van deze verschillende hoogste bestuursrechters wel nuanceverschillen laat zien, maar ook niet meer dan dat. Er bestaan bovendien verschillende vormen van overleg tussen de hoogste bestuursrechters, die er mede op gericht zijn om een ongewenst uiteenlopen van de jurisprudentie te voorkomen. Rond het leerstuk van de bestuurlijke boete zijn ons dan ook geen substantiële verschillen bekend. Wij mogen voorts aannemen dat de onderhavige uniforme wettelijke regeling, die in de plaats komt voor tientallen onderling enigszins verschillende regelingen, de rechtseenheid eerder zal vergroten dan verkleinen. Er is derhalve geen aanleiding om op dit punt specifieke maatregelen te treffen.

Mandaat, delegatie en attributie

17

De regering (vraag 42) ziet geen aanleiding om de mogelijkheid tot mandatering van de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes in te perken. Zij wijst er terecht op, zo menen de leden van de CDA-fractie, dat wel de aard van de bevoegdheid zich kan verzetten tegen mandatering. De regering meent dat zulks het geval kan zijn wanneer het gaat om een (politiek) gevoelige kwestie of in het geval een zeer hoge boete in aanmerking komt. Zijn er nog andere voorbeelden te noemen, zo vragen deze leden? Voorts informeren zij wat in dit verband onder «een zeer hoge boete» moet worden verstaan. Tenslotte vragen zij of het criterium (politiek) gevoelig wel goed werkbaar is. De rechtmatigheid van een in mandaat opgelegde boete hangt dan mede af van de mate van politiek tumult die op het besluit volgt. Gevoeligheid is immers een wel erg subjectief criterium. Gevoeligheid blijkt bovendien dikwijls achteraf. Kan de regering zich hier wat specifiekere over uitlaten? Onzekerheid is op dit terrein wellicht niet geheel te vermijden, maar dient wel zo veel mogelijk gereduceerd.

Wij hebben er slechts op willen wijzen dat het bestuursorgaan dat de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boeten heeft gemandateerd, te allen tijde bevoegd blijft om de beslissing in een concreet geval zelf te nemen (art. 10:7), om welke reden dan ook. Men denke aan het geval dat reeds het bericht dat bij een bepaald bedrijf een onderzoek is ingesteld, tot veel publiciteit en onrust aanleiding heeft gegeven, of het geval, dat een zodanig hoge boete wordt overwogen, dat een bedrijf in zijn voortbestaan wordt bedreigd. In dit opzicht verschillen beslissingen inzake bestuurlijke boeten overigens niet van andere besluiten. De praktijk wijst uit, dat het criterium van de aard van de bevoegdheid weinig problemen oplevert. Waarschijnlijk komt dit onder meer, omdat ambtenaren met gemandateerde bevoegdheden geneigd zijn om bij enige twijfel de zaak aan het bevoegde bestuursorgaan zelf voor te leggen.

18

De regering wijst in haar beantwoording van een vraag van de leden van de CDA-fractie (vraag nr. 78) op de omstandigheid dat de 4e tranche Awb ziet op attributie van bestuursorganen aan personen en colleges die onder verantwoordelijkheid van dat bestuursorgaan fungeren. Dat was deze leden overigens niet ontgaan (zie kamerstuk EK 29 702, B, p. 20 (midden)). Zij vroegen echter aandacht voor een ander aspect en wel dat de regering er voor heeft gekozen de attributie van een bestuursorgaan aan een ander bestuursorgaan niet te regelen. Het door de CDA-fractie genoemde voor-

beeld – de gemeenteraad scheidt in een verordening een bevoegdheid voor het college – wordt door de regering wel als attributie aangemerkt en wat deze leden betreft met goede reden. De vraag die nu echter opduikt is die welke delen van het bestuursrecht dan wel van toepassing zijn op die relatie nu deze ook niet als een delegatie (art 10:13 Awb) of mandaat-verhouding (art 10:1 Awb) kan worden gekwalificeerd, die in afzonderlijk paragrafen van de Awb worden geregeld.

De leden van de CDA-fractie geven toe dat dit punt verder reikt dan dit wetsvoorstel beoogt te regelen, maar menen dat deze kwestie bepaald niet van belang is ontbloot en verwelkomen derhalve een reactie ter zake van de regering.

De door deze leden bedoelde vorm van attributie – de gemeenteraad scheidt bij verordening een bevoegdheid voor het college van burgemeester en wethouders – is een daad van wetgeving. Daarvoor geeft het algemeen bestuursrecht traditioneel weinig regels. Wel moet worden aangenomen dat de gemeenteraad ook bij deze daad van wetgeving in abstracto gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het is echter moeilijk om een casus te bedenken waarbij de gemeenteraad daarmee in strijd zou handelen. Aangenomen moet immers worden, dat de gemeenteraad bij de uitoefening van zijn autonome verordenende bevoegdheid over een zeer ruime beleidsvrijheid beschikt.

Tenslotte

19

*Is er voorzien in een algemeen (straf)register voor de bestuurlijke boete? Zo nee, wat betekent dit voor het afgeven van een verklaring omtrent het gedrag, zo vragen de leden van de **VVD**-fractie?*

Er bestaat geen algemeen register van opgelegde bestuurlijke boeten. Dit betekent dat het opleggen van een bestuurlijke boete geen gevolgen heeft voor de beslissing omtrent het afgeven van een verklaring omtrent het gedrag.

20

De leden van de VVD-fractie ontvangen graag een reactie van de ministers op de in de brief van 19 september jl. door de Commissie Wetsvoorstellen van het Register Belastingadviseurs gestelde vragen.¹

De vragen in de door deze leden genoemde brief betreffen alle de kwestie, in hoeverre het door het onderhavige wetsvoorstel mogelijk wordt om onder omstandigheden een belastingadviseur te beboeten als medepleger (samen met de belastingplichtige) van een beboetbaar feit. Op deze kwestie zijn wij reeds ingegaan in de memorie van antwoord (vragen 62 en 67), alsook in de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer (vraag 52). Aldaar is uiteengezet, dat wij bij de invulling van het begrip medeplegen aansluiting zoeken bij het strafrecht. Dit betekent dat van medeplegen slechts sprake kan zijn ingeval van bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering bij het plegen van een delict. Tegen deze achtergrond kunnen de vragen van het Register Belastingadviseurs (RB) als volgt worden beantwoord:

1. De eerste vraag van RB omvat enkele subvragen. In de eerste plaats vraagt RB naar de situatie van een adviseur die bij het invullen van de aangifte een standpunt inneemt dat «voor discussie vatbaar» is. Wij wijzen er op, dat voor het opleggen van een vergrijpboete in het belastingrecht doorgaans opzet of grove schuld is vereist. Dit is voor de medepleger niet anders dan voor de «gewone» overtreder. Het enkele feit dat een standpunt «voor discussie vatbaar» is, zal uiteraard

¹ Ter inzage gelegd bij de afdeling Inhoudelijke Ondersteuning van de Eerste Kamer onder griffienummer 139.328.03.

op zichzelf nog geen opzet op of grove schuld aan belastingontduiking opleveren.

Voorts vraagt RB nog naar voorbeelden van gevallen waarin aan een adviseur een boete kan worden opgelegd. De voor de hand liggende voorbeelden zijn alle varianten op het voorbeeld dat reeds werd gegeven in antwoord 52 van de nota naar aanleiding van het verslag, namelijk het geval dat een adviseur in overleg met zijn cliënt een aangifte opzettelijk onjuist invult.

2. De tweede vraag betreft de situatie dat een belastingadviseur zich vergist. Ook deze vraag lost zich weer op in de vraag naar opzet of grove schuld. Bij een echte vergissing zal daarvan doorgaans geen sprake zijn.
3. Ten derde vraagt RB naar een voorbeeld van een situatie waarin de adviseur een beroep kan doen op afwezigheid van alle schuld. Een voorbeeld zou zijn een geval waarin een aangifte te laat wordt gedaan als gevolg van omstandigheden waarvan de adviseur geen verwijt kan worden gemaakt, bijvoorbeeld door storingen bij de postverwerking of bij de verwerking van elektronische aangiften (vgl. Rb. Haarlem 16 augustus 2007, LJN BB2114). Overigens denken wij dat dergelijke gevallen schaars zullen zijn.
4. RB vraagt voorts of sprake is van bewuste samenwerking in iedere situatie waarin de adviseur een aangifte invult. Het antwoord is dat van medeplegen uiteraard pas sprake kan zijn als bewust wordt samengewerkt bij het (opzettelijk of door grove schuld) onjuist of onvolledig invullen van de aangifte.
5. De vijfde vraag betreft de rol van een accountant waarmee de adviseur samenwerkt. Deze samenwerking is in beginsel niet van invloed op de positie van de belastingadviseur. Van medeplegen door de adviseur kan slechts sprake zijn als deze bewust samenwerkt met de belastingplichtige. Of hij daarbij tevens samenwerkt met een accountant of anderen, is voor zijn aansprakelijkheid als medepleger op zichzelf niet van belang.
6. Ten zesde vraagt RB in hoeverre relevant is of de belastingadviseur de door de belastingplichtige aangeleverde gegevens op hun juistheid controleert. Ook dit lost zich weer op in de vraag naar opzet of grove schuld. Bij het vaststellen daarvan zal van belang zijn of van de adviseur in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs mocht worden verwacht dat hij de gegevens zou controleren. Naar het ons voorkomt kan daarbij – dit in antwoord op een nadere vraag van RB – inderdaad relevant zijn of de adviseur ingevolge zijn beroepsregels verplicht was de gegevens te controleren.
- 7 en 8. RB vraagt of naast de adviseur die de aangifte invult ook degene die de aangifte controleert of over een onderdeel daar van heeft geadviseerd, dan wel het kantoor van de adviseur, dan wel een partner als medepleger kunnen worden aangemerkt. Het antwoord ligt weer besloten in het criterium van de bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering in combinatie met het vereiste van opzet en grove schuld. Als daaraan is voldaan, kan sprake zijn van medeplegen, ongeacht de precieze hoedanigheid van de medepleger.
9. Inderdaad zal een adviseur wiens advies buiten hem om onjuist in de aangifte is verwerkt, niet als medepleger kunnen worden aangemerkt.
10. De positie van adviseurs in loondienst is op dit punt niet anders dan die van adviseurs die niet in loondienst werkzaam zijn. Er is derhalve geen aanleiding om voor hen een aparte regeling te treffen.

11. Tenslotte vraagt RB naar het beleid van de Belastingdienst bij het opsporen van medeplegers. Het antwoord op die vraag is reeds gegeven in punt 67 van de memorie van antwoord, waarnaar wij kortheidshalve mogen verwijzen.

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin