

Handhaving van gebruiksnormen in de Meststoffenwet: goed, beter, mest

mr. R. Ligvoet¹

1. Inleiding

Als 2018 het 'fosfaatjaar' was vanwege de invoering van het fosfaatrechtenstelsel, dan was 2019 vanwege de uitspraken van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State over het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS)² het 'stikstofjaar'. Dierlijke mest bevat (onder andere) fosfaat en stikstof. De afgelopen jaren stonden dus – bewust of onbewust – in het teken van mest.

Voor de teelt van landbouwgewassen is mest nodig, maar ook voor mest geldt de (groot)ouderwijsheid: 'te is nooit goed, met uitzondering van tevreden.' Te veel mest zorgt namelijk voor ophoping van fosfaat in de bodem, verlies van stikstof naar de atmosfeer en uitspoeling van fosfaat en stikstof naar het grond- en oppervlaktewater.³ Een ophoping van fosfaat in de bodem zorgt voor verzuring, stikstof vervluchtigt als ammoniak uit mest en leidt tot (meer) schadelijk fijnstof in de lucht en uitspoeling van fosfaat en stikstof naar grond- en oppervlaktewater verstoort de ecologische balans van het water en bedreigt de kwaliteit van drinkwater.⁴ Te veel mest zorgt dus voor verontreiniging en milieu- en gezondheidsproblemen.

Die problemen waren aanleiding voor de Europese Kaderrichtlijn water⁵ en de Nitraatrichtlijn.⁶ De

richtlijnen verplichtten EU-lidstaten om maatregelen te nemen om verontreiniging van grond- en oppervlaktewater en bodem uit agrarische bronnen te voorkomen en waar nodig te beperken. Nederland staat voor een grote opgave als het gaat om het voldoen aan de richtlijnen, vanwege de grote veestapel in ons land en het feit dat er meer dierlijke mest wordt geproduceerd dan er landbouwkundig en milieukundig verantwoord kan worden gebruikt.⁷ Simpel gezegd: Nederland heeft een mestoverschot. Om te voldoen aan de Europese richtlijnen, zonder extensivering van de veehouderij (hetgeen destijds onbespreekbaar was), heeft Nederland, zoals Raadsheer Advocaat-Generaal (hierna: A-G) Wattel het al noemde in zijn conclusie over bestuurlijke beboeting bij overtreding van de Meststoffenwet,⁸ 'complexe, vooral gedelegeerde meststoffenwetgeving ingevoerd.'

De wetgeving is volgens A-G Wattel complex omdat 'met mestadministratie- en afvoerverantwoordingsplichten, forfaits, schattingen en verplichte bemonstering en analyse wordt getracht volledig zicht te hebben op de mestproductie, de meststromen en het meststoffengebruik.'⁹ Daardoor is de meststoffenwetgeving grotendeels een papieren werkelijkheid, maar wel een hele belangrijke, gelet op de grote belangen (waaronder milieu en gezondheid) die ermee worden gediend. In zijn conclusie merkt Wattel verder op dat het naleven van de meststoffenwetgeving geen vanzelfsprekendheid is, vanwege de fraudegevoeligheid van deze papieren werkelijkheid en de grote sommen geld die met mestfraude te verdienen zijn (mest afvoeren is immers duur). Gelet daarop is adequate handhaving van de meststoffenwetgeving 'een must'. De Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (hierna: de minister) kondigde daarom al eerder

1. Rico Ligvoet is advocaat bij Goorts + Coppens Advocaten in Deurne.
2. ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, T_vAR 2019/7989, m.nt. D.W. Bruil; ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, T_vAR 2019/7990, m.nt. D.W. Bruil.
3. R.P.J.J. Rietstra e.a., 'Gevolgen van een verminderde aanvoer van nutriënten voor de lange termijn bodemvruchtbaarheid', Alterra-Rapport 1736, Alterra, Wageningen, 2008, p. 9.
4. CbB 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:187 (conclusie A-G Wattel).
5. Richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid (PbEG 2000, L 327/1).
6. Richtlijn 91/676/EEG van de Raad van 12 december 1991 inzake de bescherming van water tegen verontreiniging door nitraten uit agrarische bronnen (PbEG 1991, L 375/1).

7. H. van Grinsven en A. Bleeker, Evaluatie Meststoffenwet 2016: Syntheserapport, Den Haag: Planbureau voor de Leefomgeving 2017, p. 39.
8. CbB 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:187 (conclusie A-G Wattel).
9. CbB 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:187, punt 0.6 (conclusie A-G Wattel).

een 'versterkte handhavingsstrategie' aan om fraude met mest tegen te gaan en om het naleven van wet- en regelgeving te bevorderen.¹⁰

2. De Meststoffenwet

Het Nederlandse meststoffenbeleid is vastgelegd in de Meststoffenwet (hierna: Msw) en het daarmee samenhangende Uitvoeringsbesluit Meststoffenwet (hierna: Ubm) en de Uitvoeringsregeling Meststoffenwet (Urm). Kern van de meststoffenwetgeving is art. 7 Msw, waarin is bepaald dat het verboden is in enig kalenderjaar op een bedrijf meststoffen in de bodem te brengen. Art. 8 van de Msw bepaalt vervolgens dat het verbod in art. 7 niet geldt indien de op of in de landbouwgrond gebrachte hoeveelheid meststoffen in het desbetreffende jaar de gebruiksnorm voor dierlijke meststoffen (onder a), de stikstofgebruiksnorm voor meststoffen (onder b) en de fosfaatgebruiksnorm voor meststoffen (onder c) niet overschrijdt. De gebruiksnorm voor dierlijke meststoffen is in beginsel 170 kilogram stikstof per hectare¹¹ van de tot het bedrijf behorende oppervlakte landbouwgrond.¹² De stikstofgebruiksnorm is afhankelijk van gewas en grondsoort en wordt bij ministeriële regeling vastgesteld¹³ en de fosfaatgebruiksnorm bedraagt 75 kilogram per hectare grasland en 40 kilogram fosfaat per hectare bouwland.¹⁴ Met andere woorden: er mag niet meer dan de gebruiksnorm voor dierlijke mest, stikstof en fosfaat in of op de bodem worden gebracht. Met drie rekensommetjes in art. 12 (lid 1, lid 2 en lid 4) Msw kan de hoeveelheid op of in de bodem gebrachte meststoffen worden bepaald.

Art. 14 van de Msw bepaalt verder dat degene die dierlijke meststoffen produceert of verhandelt steeds moet kunnen verantwoorden hoeveel meststoffen hij heeft gebruikt. Er dient dus een sluitende mestboekhouding aanwezig te zijn. Art. 35 van de Msw bepaalt vervolgens hoe de hoeveelheden fosfaat en stikstof in mest moeten worden bepaald, bijvoorbeeld aan de hand van forfaits, bemonstering en op basis van de 'best beschikbare gegevens'. Overtreding van het verbod van art. 7 Msw dan wel de verantwoordingsplicht van art. 14 Msw kan op grond van art. 51 (juncto 57 voor overtreding van

art. 7 dan wel juncto 58 voor overtreding van art. 14, eerste lid) leiden tot (forse) bestuurlijke boetes.¹⁵

3. Handhaving van de Meststoffenwet

De Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (hierna: RVO) en de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (hierna: NVWA) zijn door de minister belast met toezicht op de naleving en handhaving van de Msw.¹⁶ Volgens het boetebeleid van RVO (het Boetebeleid Meststoffenwet RVO.nl) is de NVWA verantwoordelijk voor controles in het veld en voert RVO administratieve controles uit.¹⁷ De minister heeft op grond van de Msw verschillende handhavingsbevoegdheden, waaronder het opleggen van een last onder bestuursdwang¹⁸ en het opleggen van een bestuurlijke boete.¹⁹ Ook kan de minister overtredingen van de Msw voorleggen aan het Openbaar Ministerie (hierna: OM), indien de ernst van de overtreding of de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan daartoe aanleiding geven.²⁰ In dat geval kan dus strafvervolgning volgen. De grondslag voor strafvervolgning is gelegen in de Wet economische delicten (Wed).

De feiten en omstandigheden die leiden tot (bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke) handhaving bij overtreding van de bepalingen van de Msw, zijn vaak gelijksoortig. Veelal komt de NVWA er na controle van een agrarisch bedrijf achter dat de mestboekhouding niet sluitend is. Het bedrijf heeft dan meer mest gebruikt in een jaar dan het aan plaatsingsruimte had,²¹ bijvoorbeeld door onregelmatige afvoer of excessief uitrijden van mest, waarna handhavend optreden volgt. Kort en goed is er dus sprake van (al dan niet onbewust) gesjoemel met mest. De grondslag voor handhavend optreden is dan gelegen in overtreding van art. 14 Msw, dan wel de art. 7 en 8 Msw.

Bij het vaststellen van één of meerdere overtredingen wordt volgens het boetebeleid van RVO in beginsel bestuursrechtelijke handhaving ingezet. Dat gebeurt vooral bij het overschrijden van gebruiksnormen en het niet naleven van de verantwoordingsplicht, de mestverwerkingsplicht en de administratieve voorwaarden. Ook de memorie van toelichting bij het wetsontwerp Wijziging van de meststoffenwet (invoering gebruiksnormen) laat er geen twijfel over bestaan dat overtredingen in de regel langs bestuursrechtelijke weg dienen te worden bestraft.²² Het uitgangspunt is dus be-

10. *Kamerstukken II 2018/19*, 33 037, nr. 311.

11. Uit de Nitraatrichtlijn volgt een gebruiksnorm voor stikstof uit dierlijke mest van 170 kilogram per hectare per jaar. Onder voorwaarden en met goedkeuring van de Europese Commissie, mag van deze gebruiksnorm worden afgeweken: de derogatie. Nederland maakt sinds 2006 gebruik van een dergelijke derogatie om meer stikstof uit dierlijke mest te kunnen gebruiken. Met een derogatievergunning mag 230 of 250 kilogram per hectare per jaar worden gebruikt (in 2019).

12. Art. 9 lid 1 Msw.

13. Art. 10 lid 1 Msw.

14. Art. 11 lid 1 Msw.

15. Tot wel € 83.000,- voor een natuurlijk persoon en tot wel € 830.000,- voor rechtspersonen.

16. Art. 47 lid 1 Msw.

17. Boetebeleid Meststoffenwet RVO.nl, te raadplegen via <https://www.rvo.nl/onderwerpen/agrarisch-ondernemen/mestbeleid/controle-en-handhaving>.

18. Art. 49 Msw.

19. Art. 51 Msw.

20. Art. 55 Msw.

21. Boetebeleid Meststoffenwet RVO.nl, paragraaf 2.4.1 en 5.1.2.

22. *Kamerstukken II 2004/05*, 29 930, nr. 3, p. 59.

stuursrechtelijke handhaving. Bestuursrechtelijke handhaving kent preventieve en bestraffende maatregelen. Het geven van een waarschuwing, het gebruiken van bestuursdwang en het opleggen van een last onder dwangsom hebben een preventief karakter. De maatregelen zijn gericht op het beëindigen van illegale situaties, het zo veel mogelijk herstellen van de gevolgen ervan en het voorkomen van herhaling. Het opleggen van een bestuurlijke boete is echter een sanctie met een bestraffend karakter. De maatregel beoogt niet alleen economisch voordeel weg te halen, maar ook leed toe te voegen. Uit het boetebeleid van RVO volgt dat het opleggen van bestuurlijke boetes de voorkeur heeft bij het inzetten van bestuursrechtelijke handhaving.²³ De maatregel wordt bijvoorbeeld ingezet bij overtreding van administratieve voorschriften, de controle van gebruiksnormen, de verantwoordingsplicht, het stelsel van verplichte mestverwerking en de verantwoorde groei melkveehouderij. Strafvervolgning volgt als de wet dit bepaalt (Besluit gebruik Meststoffenwet, productierechten en fosfaatrechten) en bij herhaalde of aanmerkelijke overtredingen, overtredingen gepleegd in georganiseerd verband en complexe of frauduleuze constructies.²⁴ Daarnaast worden overtredingen rondom productierechten en de voorschriften voor de minimum opslagcapaciteit voor dierlijke meststoffen strafrechtelijk gehandhaafd. Hetzelfde geldt voor het uitrijden van mest buiten de uitrijperiodes, het negeren van de regels voor het telen van een vanggewas of het scheuren van gras als dat niet mag. Strafrechtelijke handhaving kan volgens RVO gecombineerd worden met bestuursrechtelijke handhaving.²⁵ Ik ga ervan uit dat RVO daarmee bedoelt dat een bestuursrechtelijke herstelsanctie (zoals een last onder dwangsom) kan worden gecombineerd met een strafrechtelijke punitieve sanctie (zoals een boete). Een bestuursrechtelijke punitieve sanctie (de bestuurlijke boete) combineren met een strafrechtelijke punitieve sanctie zou namelijk in strijd zijn met onder meer de Algemene wet bestuursrecht en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM).²⁶

4. De rechtspraak

Er is de laatste jaren veel belangrijke rechtspraak gepubliceerd over het opleggen van bestuurlijke boetes in verband met overtredingen van de Msw (de zogenaamde 'mestboetes'). In die rechtspraak is de trend zichtbaar dat de bestuursrechter in toenemende mate gebruik maakt van (beginselen uit) het

strafrecht.²⁷ Het onderwerp is actueel, mede gelet op de versterkte handhavingsstrategie van de minister. Tijd dus om de balans op te maken.²⁸

4.1. De bestuurlijke boete

De minister is op grond van art. 51 Msw bevoegd om voor de in het artikel genoemde overtredingen een bestuurlijke boete op te leggen. De bestuurlijke boete is volgens art. 5:40 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gericht op bestraffing van de overtreder²⁹ en is daarmee een punitieve sanctie. Daarin onderscheidt zij zich van de bestuurlijke dwangsom, die strekt tot het voorkomen, beëindigen of ongedaan maken van een onrechtmatige situatie.³⁰ De bestuurlijke boete valt als punitieve sanctie onder de reikwijdte van het begrip 'criminal charge' in de zin van art. 6 van het EVRM, waardoor een aantal (straf)processuele waarborgen van toepassing is, zoals de onschuldpresumptie en het zwijgrecht.³¹

4.1.1. Bestuurlijke boete en de art. 6 en 7 EVRM

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CbB) stelde eerder vragen aan A-G Wattel over de verenigbaarheid van bestuurlijke beboeting bij overtreding van de art. 7 en 14 van de Msw met het Handvest van de grondrechten van de EU (EU-Handvest) en het EVRM. De president van het CbB vroeg zich – samengevat – af of de papieren werkelijkheid van de Msw, met haar forfaits, schattingen en bemonstering, verenigbaar was

27. Zie daarover: P.G. Grijpstra, 'Relevante rechtspraak in (mest)boetezaken: de toenemende invloed van het strafrecht op bestuursrechtelijke boetezaken', *M en R* 2017/79, aflevering 6, juli 2017.

28. Voor eerdere overzichten van rechtspraak over dit onderwerp wordt verwezen naar: J.J.J. de Rooij, 'Bestuursrechtelijke handhaving van de gebruiksnormen van de Meststoffenwet: de stand van zaken', *TvAR* april 2010, nr. 4, p. 145 – 152 en P.G. Grijpstra, 'Relevante rechtspraak in (mest)boetezaken: de toenemende invloed van het strafrecht op bestuursrechtelijke boetezaken', *M en R* 2017/79, aflevering 6, juli 2017.

29. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 133.

30. Zie daarover uitgebreid *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 133.

31. Dat volgt uit de arresten Öztürk (EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988/937) en Lutz (EHRM 25 augustus 1987, *NJ* 1988/938). In het arrest Jussila tegen Finland (EHRM 23 november 2006, *AB* 2007/51) heeft het Hof duidelijk gemaakt dat als uit een of meer criteria reeds zou blijken dat sprake is van een criminal charge, de geringe hoogte van de boete niet meer van belang is. De Hoge Raad merkte bijvoorbeeld het opleggen van een verhoging motorrijtuigenbelasting aan de hand van de criteria van het Engel-arrest (EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978/223) aan als een criminal charge (HR 19 juni 1985, *NJ* 1986/104). Het CbB schaaft bijvoorbeeld de bestuurlijke boete op basis van de Warenwet eerst onder het begrip punitieve sancties en stelt dat begrip vervolgens gelijk aan een criminal charge (CbB 5 april 2005, *Awb* 04/48).

23. Boetebeleid Meststoffenwet RVO.nl, paragraaf 4.3.1 en 5.2 voor de hoogte van de boete.

24. Boetebeleid Meststoffenwet RVO.nl, p. 14 – 17.

25. Boetebeleid Meststoffenwet RVO.nl, p. 15.

26. Zie daarover uitgebreid: J. Crijs en M. van Emmerik, 'Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht', *NJB* 2018/749.

met een aantal algemene rechtsbeginselen, waaronder de onschuldpresumptie (art. 6 (lid 2) EVRM) en de voorzienbaarheid (lex certa, art. 7 EVRM) dan wel of het stelsel van de Msw leidt tot onredelijke en willekeurige resultaten. Meer specifiek was de vraag, of:

1. de (lagere) wetgever met zijn aannames en veronderstellingen binnen redelijke grenzen is gebleven 'which take into account the importance of what is at stake and maintain the right of the defence',³² en;
2. of hij de beboetbare feiten ex de art. 7/8 en 14 Msw 'clearly defined in the law' heeft, zodanig dat 'the individual can know from the wording of the relevant provision (...) and, if need be, with the assistance of the courts' interpretati- on of it, what acts and omissions will make him criminally liable' (voorzienbaarheid).

In de conclusie die daarop volgde is A-G Wattel kritisch op de papieren werkelijkheid van de Msw en signaleert hij enkele knelpunten.³³ Het eerste knelpunt is de discrepantie tussen de formele delictomschrijving en de materiële werkelijkheid. Doordat de mineralenhoeveelheid forfaitair wordt bepaald (productie) of wordt geschat (de mestput), en de afvoerbemonstering een foutmarge heeft, wijken de werkelijke hoeveelheden fosfaat en stikstof in meststoffen af van de hoeveelheden op papier. Dat leidt tot discrepanties tussen het werkelijke en het papieren gebruik of tot een verantwoordingsgat in de afvoer, met als gevolg dat wordt verondersteld dat de boer met zijn mestboekhouding heeft geknoeid. De veronderstelling van de wetgever dat de boer met ofwel zijn afvoer, ofwel zijn gebruik heeft gesjoemeld, hoewel dat in werkelijkheid niet het geval hoeft te zijn, staat volgens Wattel op gespannen voet met art. 7 EVRM (voorzienbaarheid).

Art. 7 EVRM bepaalt dat strafbaar handelen of nalaten zodanig voorzienbaar moet zijn dat potentiële overtreders hun gedrag kunnen aanpassen om overtreding te voorkomen.³⁴ Wattel merkt op dat het stelsel van de Msw enkel aanvaardbaar kan zijn als de handhavingsmarges het hoogstwaarschijnlijk maken dat onschuldigen niet beboet worden. De handhavingsmarges waren echter geheim (uit vrees dat betrokkenen anders hun gedrag daarop zouden afstemmen), waardoor de wetgever volgens Wattel de lex certa³⁵ en nulla poena-beginselen³⁶ en de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) schond. Een verdachte kan immers niet toetsen of de boete terecht is opgelegd en in het verlengde daarvan kan hij zich

niet (adequaat) verdedigen. Geheimhouding van de handhavingsnormen zorgt er tevens voor dat de rechter niet (adequaat) kan toetsen of de boete terecht is opgelegd. Verder is Wattel van mening dat geheimhouding van de handhavingsmarges strijdig is met art. 7:4 (lid 2) en 8:42 Awb. Aan de andere kant merkt Wattel op dat veronderstellingen, zoals forfaits, schattingen en handhavingsmarges, onvermijdbaar zijn, omdat individuele mestproductiemeting en accurate individuele mestputmeting (praktisch onuitvoerbaar zijn).

Het tweede knelpunt is volgens Wattel een 'EVRM-rechtelijke', namelijk het ontbreken van voldoende mogelijkheden om de veronderstellingen te onzenuwen als gevolg van:

1. de (hiervoor al genoemde) geheime handhavingsmarges;
2. mogelijk onvoldoende contra-expertisemogelijkheden, en;
3. de mogelijke beperking van de rechter in zijn beoordeling van de accuratesse van wettelijke forfaits.
4. Wattel ziet bijvoorbeeld niet in waarom de bemonsterde agrariër slecht eenmaal heranalyse bij hetzelfde laboratorium mag vragen (punt 2) en hij merkt op dat de wetgever heeft benadrukt dat de bewijsleer in boetezaken 'vrij' is, hetgeen impliceert dat alle bewijs toelaatbaar is en ter volledige beoordeling en vrije keuze van de rechter moet staan, zodat ook de forfaits weerlegbaar moeten zijn (punt 3).³⁷

Wattel stelt dat de veronderstellingen in de Msw in feite neerkomen op bewijsvermoedens van overtreding van de Msw. Van dergelijke bewijsvermoedens mag volgens Wattel worden uitgegaan indien:

1. de boekhouding ook na toepassing van de – openbaar te maken en te onderbouwen – ministeriële handhavingsmarges niet sluit;
2. de overtreding (het gat in de boekhouding) na die margetoepassing redelijkerwijs niet verklaard kan worden door de onzekerheden en onnauwkeurigheden in de hoeveelhedenbepaling, zodat dat gat een zodanig krachtig vermoeden van onregelmatigheden rechtvaardigt dat een verklaring van de verdachte verlangd mag worden;
3. de agrariër de gelegenheid heeft om zich tegen het vermoeden te verweren, en;
4. de rechter vrij is om al het bewijs mee te wegen en een zelfstandig oordeel te vellen.

Het stelsel van gebruiksnormen in de Msw kan dus toelaatbaar zijn als dat in lijn is met de (straf)pro-

32. EHRM-zaken Salabiaku en, specifiek in de context van de Msw-problematiek, Klein Poelhuis.

33. CBB 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:187 (conclusie A-G Wattel).

34. CBB 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:187, onder 6.1.3 (conclusie A-G Wattel).

35. Subbeginsel van het legaliteitsbeginsel dat inhoudt dat voor iedereen duidelijk moet zijn welk handelen en nalaten leidt tot strafrechtelijke aansprakelijkheid, alsmede welke sancties daarop kunnen volgen.

36. Art. 16 Grondwet; geen straf zonder wet.

37. Dat alle bewijs toelaatbaar is en gebruikt kan worden om de papieren werkelijkheid van de Msw te weerleggen, volgt bijvoorbeeld uit een uitspraak van het CBB van 9 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:106, waarin door middel van getuigenverklaringen aannemelijk werd gemaakt dat mestscheiding had plaatsgevonden, terwijl uit het controlerapport volgde dat niet aannemelijk was dat mestscheiding had plaatsgevonden, gelet op de onwaarschijnlijk hoge gehalten stikstof en fosfaat en droge stof in de afgevoerde mest.

cessuele waarborgen van bijvoorbeeld art. 6 (lid 2) EVRM (onschuldpresumptie) en art. 7 EVRM (voorzienbaarheid). Samengevat zijn de belangen die op het spel staan (zoals milieu en gezondheid) te groot om handhaving door middel van de veronderstellingen in de Msw uit te sluiten, gelet op het feit dat individuele metingen praktisch gezien onuitvoerbaar zijn. Wattel noemt deze vorm van handhaving 'een acceptabel ondernemersrisico', met de kanttekening dat de handhavingsmarges dienen te worden geopenbaard en onderbouwd, en komt tot de conclusie dat de boeteregelgeving in beginsel niet onredelijk en willekeurig is, behalve als de forfaits onweerlegbaar bedoeld zouden zijn.

Het CbB heeft vervolgens op 18 december 2018 uitspraak gedaan.³⁸ Het CbB stelt vast dat de minister in reactie op de conclusie van A-G Wattel heeft meegedeeld bereid te zijn om een aantal handhavingsmarges in verband met meetfouten en onnauwkeurigheden terzake van bijvoorbeeld de aan- en afvoer van dierlijke mest (voor zover bemonsterd en geanalyseerd) openbaar te maken.³⁹ Het CbB oordeelt vervolgens, gelijk aan A-G Wattel in zijn conclusie, dat voorzienbaar moet zijn welk gedrag tot beboeting leidt. De omstandigheid dat de samenstelling van aan- en afgevoerde mest wordt gebaseerd op analyse van monsters, de geproduceerde mest op forfaitaire gehalten en voor de voorraden de best beschikbare gegevens worden gebruikt (waarbij in beginsel de analyse van monsters leidend is), maakt dat volgens het CbB niet anders.⁴⁰ Het CbB oordeelt verder – ondanks de kritische noot van Wattel op dat punt – dat de boetesystematiek van de Msw niet in strijd is met de art. 7 EVRM (voorzienbaarheid) en dat ook geen sprake is van strijdigheid met art. 6 (lid 2) EVRM (onschuldpresumptie). De delictomschrijving in art. 14 Msw is volgens het CbB 'op zichzelf niet onduidelijk' en voldoet aan de eisen die het EHRM daaraan stelt.⁴¹ De systematiek van gebruiksnormen in de Msw blijft daarmee dus overeind, maar wel 'kantje boord', zoals Barkhuysen en Van Emmerik al schreven in hun noot.⁴²

Wel ziet het CbB aanleiding voor het oordeel dat degene aan wie een voornemen tot een boete wordt opgelegd, reeds in het kader van dat voornemen op de hoogte moet worden gesteld van de inhoud van de handhavingsmarges. De verdachte boer heeft dan nog voordat daadwerkelijk een boete wordt

opgelegd een redelijke mogelijkheid om zich te verweren tegen het aan de niet-sluitende boekhouding (na correctie met marges) ontleende bewijsvermoeden. Het verweer kan bijvoorbeeld bestaan uit betwisting van de feiten die aan het voornemen ten grondslag zijn gelegd (de accuratesse van de forfaits, schattingen en monsterneming en analyse (bijvoorbeeld door het vragen van heranalyse of het doen uitvoeren van een contra-expertise)) en/of door andere feiten te stellen - en bij betwisting aannemelijk te maken - die redelijke twijfel wekken over de juistheid van het vermoeden dat een overtreding van art. 14 van de Msw is begaan.⁴³ Samengevat is het recht om je – nog voordat een boete wordt opgelegd – te verdedigen tegen verwijten van mestfraude dermate belangrijk, dat herstel in een latere fase (bezwaar, beroep of hoger beroep) door alsnog de handhavingsmarges bekend te maken niet mogelijk is. Daarop verklaarde het CbB het hoger beroep van de boer gegrond. De boer was immers niet reeds in het kader van het voornemen tot het opleggen van de boete op de hoogte gesteld van de handhavingsmarges. De boete was dus onterecht en de boer kwam 'met de schrik vrij'. Het gevolg van de uitspraak voor soortgelijke kwesties werd al door Bruil omschreven in zijn noot bij de uitspraak: zolang niet alle marges bekend zijn gemaakt, kunnen geen boetes worden opgelegd voor overschrijding van de gebruiksnormen.⁴⁴ Daarna volgde ook een aantal uitspraken waarin het CbB mestboetes van tafel veegde omdat de minister niet tijdig (bij het voornemen tot het opleggen van de boete) inzicht had gegeven in de handhavingsmarges.⁴⁵

4.1.2. Bestuursrechtelijke handhaving versus strafvervolgning

Bij constatering van mestfraude is het uitgangspunt – zoals hiervoor reeds besproken – bestuursrechtelijke handhaving, tenzij er sprake is van een herhaalde overtreding, een aanmerkelijke overtreding, een overtreding gepleegd in georganiseerd verband of een complexe, frauduleuze constructie. In dat geval dient strafrechtelijk vervolgd te worden. In 2017 meende een van mestfraude verdachte appellant dat hij de vraag of bestuursrechtelijk gehandhaafd of strafrechtelijk vervolgd moest worden in zijn voordeel kon gebruiken. In de kwestie was bestuursrechtelijk gehandhaafd (er waren bestuurlijke boetes opgelegd), maar de appellant stelde zich op het standpunt dat strafrechtelijk vervolgd had moeten worden, waardoor de bevoegdheid van het bestuursorgaan tot boeteoplegging was komen te vervallen. Daarop stelde de waarnemend president van het CbB vragen aan Raadsheer

38. CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:652, TvAR 2019/5978, UDH: TvAR/15431 m.nt. D.W. Bruil, JBO 2019/5 m.nt. D. van der Meijden, AB 2020/34 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik; ECLI:NL:CBB:2018:653; ECLI:NL:CBB:2018:654.

39. Zie daarvoor <https://www.rvo.nl/onderwerpen/agrarisch-ondernemen/mestbeleid/controle-en-handhaving/controle-op-gebruiksnormen/marges-bij-handhaving>.

40. CbB 18 december 2018, ECLI:NL:2018:652, r.o. 5.2.1.

41. EHRM 11 november 1996, nr. 17862/91, inzake Cantoni tegen Frankrijk, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD001786291, r.o. 29.

42. AB 2020/34 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

43. CbB 18 december 2018, ECLI:NL:2018:652, r.o. 5.4.

44. TvAR 2019/5978, UDH: TvAR/15431 m.nt. D.W. Bruil

45. Zie bijvoorbeeld CbB 30 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:328; CbB 28 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:223 en CbB 21 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:208.

Advocaat-Generaal (A-G) Keus, die de vragen in een conclusie beantwoordde. De vragen zagen op de verhouding tussen strafvervolging en bestuurlijke handhaving, als neergelegd in art. 5:44, tweede en derde lid, Awb en de mogelijke consequentie(s) in geval niet in overeenstemming met het artikel is gehandeld.⁴⁶

Art. 5:44, tweede lid, van de Awb bepaalt dat gedragingen die tevens strafbare feiten zijn door het bestuursorgaan aan het OM worden voorgelegd, tenzij bij wettelijke voorschrift is bepaald, dan wel met het OM is overeengekomen, dat daarvan kan worden afgezien (de zogenoemde 'voorlegplicht'). De voorlegplicht is een uitvloeisel van het ne bis in idem-beginsel,⁴⁷ het nemo debet bis vexari-beginsel,⁴⁸ en het una via-stelsel⁴⁹ en impliceert dat het OM en het bestuursorgaan met elkaar in overleg treden over de vraag of de overtreding strafrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk dient te worden aangepakt.⁵⁰ Het al eerder genoemde art. 55 Msw bepaalt wanneer overtredingen door het bestuursorgaan (dat in de regel de overtredingen zal constateren naar aanleiding van administratieve controles) worden voorgelegd aan het OM, namelijk 'indien de ernst van de overtreding of de omstandigheden waaronder zij is begaan daartoe aanleiding geven.' In het boetebeleid van RVO is uitgewerkt wanneer sprake is van een overtreding die ernstig genoeg is om aan het OM voor te leggen.⁵¹

Art. 5:44, derde lid, van de Awb bepaalt vervolgens dat, wanneer een gedraging zo ernstig is dat die aan het OM moet worden voorgelegd, het bestuursorgaan slechts een bestuurlijke boete oplegt indien het OM van strafvervolging afziet of het bestuursorgaan niet tijdig (binnen dertien weken) een reactie van het OM heeft ontvangen. Daarmee wordt getracht om samenloop van bestuursrechtelijke

handhaving en strafrechtelijke vervolging te voorkomen. Samengevat wordt de bevoegdheid tot boeteoplegging door het bestuursorgaan opgeschort, indien de overtreding aan het OM is voorgelegd.⁵² De vraag wanneer een gedraging zo ernstig is dat het OM in actie dient te komen, is weliswaar uitgewerkt in het boetebeleid van RVO,⁵³ maar laat ruimte voor interpretatie (wanneer is er bijvoorbeeld sprake van een 'complexe overtreding'?) en bovendien zal het bestuursorgaan in de regel als eerste op de hoogte zijn van een overtreding. Wat is dan het gevolg als het bestuursorgaan en het OM van mening verschillen over de vraag of het bestuursorgaan een bepaalde overtreding aan het OM had moeten voorleggen, maar daarvan af heeft gezien? De vraag doemt op 'wie dan het laatste woord heeft,' zoals A-G Keus dat noemt in zijn conclusie. In de kwestie die aanleiding gaf voor de conclusie hoopte de appellant natuurlijk op een bevoegdheidsgebrek, waardoor hij (mogelijkerwijs) de dans zou ontspringen. Het antwoord op de vraag is volgens de regering vooral praktisch en wijst niet op een bevoegdheidsgebrek:

*'95. Als het openbaar ministerie en het bestuursorgaan duidelijke afspraken maken, zal het niet vaak voorkomen dat sprake is van een verschil in interpretatie van de afgesproken criteria. Mocht het toch voorkomen met als gevolg dat het bestuursorgaan een bepaalde zaak niet voorlegt aan het OM, dan zal het OM over het algemeen ook niet op de hoogte raken van die zaak en daarop dus ook niets ondernemen. Het bestuursorgaan kan dat juist wel doen, want in de interpretatie van het bestuursorgaan valt de betrokken zaak dan immers in de categorie gevallen die niet gemeld hoeven te worden en waarin dus zonder overleg met het OM en zonder wachttijd een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Indien het bestuursorgaan een boete heeft opgelegd of een kennisgeving als bedoeld in artikel 5.4.2.3., tweede lid, onderdeel a, van de Awb heeft verzonden, kan het OM voor dezelfde overtreding niet meer vervolgen.'*⁵⁴

'Wat niet weet, wat niet deert', is dus kennelijk het devies van de regering. Praktisch is die insteek wellicht wel, maar zuiver niet. Het OM kan daardoor immers (al dan niet willens en wetens, gelet op het feit dat het bestuursorgaan in de regel de overtreding zal ontdekken) buitenspel worden gezet door het bestuursorgaan. In het verlengde daarvan kan een verdachte de kans worden ontnomen op een oordeel van de strafrechter, hetgeen op gespannen

46. CbB 8 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:130 (conclusie A-G Keus).

47. als voor een overtreding aan iemand reeds een strafrechtelijke sanctie is opgelegd, kan hem voor dezelfde overtreding niet ook nog eens een bestuurlijke boete worden opgelegd, en omgekeerd (zie HR 12 januari 1999, NJ 1999/289) (*Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 137-138*).

48. Voorkomen moet worden dat iemand tweemaal in een sanctieprocedure wordt betrokken voor dezelfde overtreding.

49. De keuze voor een van beide wegen dient op enig moment definitief te zijn; het kan niet zo zijn, dat als de ene weg uiteindelijk niet tot het opleggen van een sanctie leidt, de overheid het dan zonder meer nog eens langs de andere weg kan proberen. Besluit het OM strafvervolging in te stellen, dan is de bestuursrechtelijke weg definitief afgesloten zodra het onderzoek ter terechtzitting is begonnen. Een eventuele vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging of niet-ontvankelijkheid van het OM doet de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete dus niet herleven, zie daarover uitgebreid: Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, Uitsluiting combinatie met strafvervolging bij: Algemene wet bestuursrecht, Art. 5:44 [Una via].

50. *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 138*.

51. Boetebeleid Meststoffenwet RVO.nl, p. 15 – 17.

52. *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 138*; zie daarover ook de kritische noot van A-G Keus, CbB 8 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:130, paragraaf 4 (conclusie A-G Keus).

53. Boetebeleid Meststoffenwet RVO.nl, p. 14 – 17.

54. *Kamerstukken II 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 51*.

voet kan staan met de hiervoor reeds genoemde (straf)processuele waarborgen.⁵⁵

Toenmalig justitieminister Hirsch Ballin stelde verder nog dat aan mogelijke onenigheid tussen het bestuursorgaan en het OM over de vraag wie een overtreding dient aan te pakken, geen zelfstandige verweermogelijkheid kan worden ontleend. Gelet daarop komt A-G Keus tot de tussenconclusie dat het veronachtzamen van de voorlegplicht niet leidt tot onbevoegdheid van het bestuursorgaan. Daarbij merkt hij op dat in de visie van de regering wél sprake is van een bevoegdheidsgebrek, als de betrokken gedraging aan het OM is voorgelegd, maar het bestuursorgaan vervolgens de regeling van art. 5:44, derde lid, van de Awb niet in acht neemt.⁵⁶

Verder komt Keus tot de conclusie dat het tweede en derde lid van art. 5:44 van de Awb niet strekken tot bescherming van de belangen van de verdachte, waardoor niet is voldaan aan de relativiteitseis van art. 8:69a Awb⁵⁷ en dat het niet-voorleggen van strafbare feiten door het bestuursorgaan aan het OM gepasseerd kan worden op grond van art. 6:22 Awb, dan wel hersteld zou kunnen worden door een bestuurlijke lus op grond van art. 8:72a Awb. De stelling van Keus dat het niet-voorleggen van strafbare feiten gepasseerd kan worden, als ware het een vormvoorschrift als bedoeld in art. 6:22 Awb, wordt overigens wel bekritiseerd, omdat de verdachte daardoor de mogelijkheid wordt onthouden om een oordeel van de strafrechter te vragen, terwijl toegang tot de rechter een grondrecht is.⁵⁸ Daarbij teken ik wel aan dat de verdachte in die situatie weliswaar geen toegang heeft tot de strafrechter, maar wel tot de bestuursrechter. De soep wordt daardoor wellicht wat minder heet gegeten dan zij is opgediend.

Vervolgens heeft het Cbb op 26 oktober 2017 uitspraak gedaan.⁵⁹ Het Cbb volgt de conclusie van A-G Keus en oordeelt dat art. 5:44, tweede en derde lid, van de Awb niet strekt tot bescherming van de belangen van de (mogelijke) overtreder. Relativiteit (art. 8:69a Awb) staat dus in de weg aan een geslaagd beroep op art. 5:44 Awb. Ook de bestuursrechtelijke variant van de 'correctie-Langemeijer' kan appelland niet baten volgens het Cbb. Het standpunt van appelland dat het bestuursorgaan art. 5:44 van de Awb, onderscheidenlijk art. 55 van de Msw niet in acht heeft genomen, leidt dus niet tot de conclusie dat het bestuursorgaan daardoor niet langer de

bevoegdheid heeft om voor de geconstateerde overtreding een bestuurlijke boete op te leggen. Er is geen sprake van een bevoegdheidsgebrek.

4.1.3. Bestuurlijke boete en cautie

Tot zover de verhouding bestuursrecht – strafrecht. In de kwestie voerde appelland echter ook aan dat hij tijdens het bedrijfsbezoek van de inspecteur van de Algemene Inspectiedienst (AID) niet op het zwijgrecht is gewezen (de cautie), hetgeen in strijd is met art. 6 EVRM (het recht op een eerlijk proces). De cautie is de uitdrukkelijke mededeling aan de vermeende overtreder dat hij op te stellen vragen geen antwoord hoeft te geven. In art. 5:10a Awb is het nemo tenetur-beginsel⁶⁰ neergelegd, waarvan de cautie (in lid 2) een belangrijk onderdeel is. Het nemo tenetur-beginsel geldt vanaf het moment dat sprake is van een criminal charge.⁶¹ De grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) heeft, na een conclusie van A-G Keus van 12 april 2017 over bewijsvergaring in boetezaken,⁶² uitspraak gedaan over het zwijgrecht, de cautie en het nemo tenetur-beginsel.⁶³ De Afdeling oordeelt dat het zwijgrecht en de cautieplicht bestaan wanneer naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat de betrokkene wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Dat sluit het zwijgrecht (en de cautieplicht) uit in een fase waarin het bestuursorgaan (nog) niet serieus overweegt de overtreding punitief af te doen.⁶⁴ Deze lijn sluit aan bij de conclusie van A-G Keus en de bestaande rechtspraak van de ABRvS, Hoge Raad en het Cbb. Vanaf het eerste verhoor is de vermeende overtreder dus niet meer verplicht ten behoeve van de boeteoplegging enige verklaring over de overtreding af te leggen.⁶⁵ De cautie geldt niet alleen in het strafrecht, maar ook bij door bestuursorganen op te leggen bestraffende sancties (de bestuurlijke boete).

In de kwestie die bij het Cbb voorlag, beantwoordde het Cbb de vraag wanneer de cautie moet worden gegeven in relatie tot mestboetezaken. Het Cbb oordeelt dat in een dergelijke situatie, 'die mede geken-

55. Zie in dat verband ook het blog van prof. mr. L. Rogier: <https://www.njb.nl/blogs/bedenkingen-bij-een-conclusie-van-de-ag-keus/>.

56. Cbb 8 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:130, punt 4.9 e.v. (conclusie A-G Keus).

57. Cbb 8 mei 2017, ECLI:NL:CBB:2017:130, punt 5 (conclusie A-G Keus).

58. Zie in dat verband het blog van prof. mr. L. Rogier: <https://www.njb.nl/blogs/bedenkingen-bij-een-conclusie-van-de-ag-keus/>.

59. Cbb 26 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:343; *TvAR* 2017/5909, *UDH:TvAR/14720* m.nt. P.G. Grijpstra; *M en R* 2018/25 m.nt. A.M.C.C. Tubbing; *AB* 2017/430 m.nt. R. Stijnen.

60. Niemand is gehouden om tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen.

61. Zie EHRM 25 februari 1993, NJ 1993/485 (Funke) en EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699 (Saunders).

62. ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034 (conclusie A-G Keus).

63. ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, *AB* 2018/343, *JB* 2018/134.

64. Dat het niet altijd eenvoudig zal zijn om vast te stellen wanneer aan het criterium van art. 5:10a Awb wordt voldaan, acht A-G Keus weinig problematisch. Zie daarvoor ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034, punt 4.3.7 – 4.3.9.

65. Zie daarover uitgebreid: *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, Zwijgrecht en cautie bij: Algemene wet bestuursrecht, Art. 5:10a [Zwijgrecht en Cautie]*.

merkt wordt door de verwevenheid van het bepaalde in de artikelen 7 en 8 van de Msw en de daarin vervatte constructie van het beboetbare feit enerzijds, en de verantwoordingsplicht als vervat in artikel 14 van de Msw anderzijds, moet worden aangenomen dat de toezichthouder op 30 september 2010 [toen appellant voor de eerste keer werd verhoord, toevoeging auteur], mede gelet op de omstandigheid dat een herstelsanctie toen uitgesloten moest worden geacht, het terrein van het houden van toezicht verliet en overging tot het afnemen van een verhoor met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete wegens overtreding van het bepaalde in artikel 7, in samenhang met artikel 8, of 14 van de Msw.’

Het CBb oordeelt vervolgens dat de cautie voor het eerste verhoor niet is gegeven, waardoor er sprake is van een schending van art. 6 EVRM⁶⁶ en het bepaalde in art. 5:10a, tweede lid, van de Awb. Het gevolg daarvan is bewijsuitsluiting,⁶⁷ hetgeen in de kwestie waar het CBb zich over boog betekende dat de door appellant afgelegde verklaringen tijdens het eerste verhoor buiten beschouwing dienden te blijven. Het buiten beschouwing laten van de verklaringen leidde er vervolgens toe dat de omvang van de overtreding niet bewezen kon worden geacht.⁶⁸ Kanttekening daarbij is wel dat een verklaring die zonder de vereiste cautie is verkregen, niettemin kan bijdragen aan het bewijs, indien de overtreder door het ontbreken van de cautie niet is benadeeld, dat wil zeggen niet in zijn verdediging is geschaad, maar daarvan was in deze kwestie geen sprake.⁶⁹ Met het uitsluiten van de tijdens het verhoor afgelegde verklaringen,⁷⁰ sluit het CBb aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad daarover. Later sloot ook de ABRvS aan bij de rechtspraak van de Hoge Raad.⁷¹

4.1.4. Bestuurlijke boete en bewijs

Behalve het CBb heeft ook (de grote kamer van) de ABRvS uitspraken gedaan over bewijsvergaring in boetezaken. Het ging in die zaken weliswaar niet over mestboetes, maar een aantal overwegingen kan relevant zijn voor mestboetezaken. De Afdeling oordeelde bijvoorbeeld dat met het oog op de

identificatie van de opsteller van het boeterapport in de regel mag worden verlangd dat het rapport door hem wordt ondertekend, maar dat het ontbreken van een handtekening geen bewijsrechtelijke consequenties hoeft te hebben, als de identiteit van de opsteller van het rapport op andere wijze onomstotelijk kan worden vastgesteld.⁷² Verder oordeelde de Afdeling dat het in de rede ligt om voor het (punitieve) bestuursprocesrecht aan te nemen dat degene die wordt verhoord met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie, zijn verklaring ondertekent indien hij met de weergave daarvan kan instemmen. Het ontbreken van een ondertekening heeft echter geen dwingende bewijsrechtelijke consequenties, al laat het ontbreken van een ondertekening wel meer ruimte voor discussie over de juistheid van de verklaring.⁷³ Als getuigen gehoorde personen hoeven volgens de Afdeling hun verklaring niet te ondertekenen, alhoewel ook hier ondertekening gewenst is om latere discussies over de juistheid van de verklaring zoveel mogelijk te beperken.

Daarnaast oordeelde de Afdeling dat het in beginsel toelaatbaar is dat in een later stadium van de procedure afwijkende verklaringen worden overgelegd, dat het aan de rechter is om die verklaringen feitelijk te waarderen en dat daarbij mag worden betrokken dat de afwijkende verklaringen niet ten overstaan van de toezichthouder zijn afgelegd. De Afdeling merkt daarbij op dat de gehoorde persoon in een eerder stadium meer geneigd zal zijn naar waarheid en onbevangen te verklaren, waarbij hij zich in de regel minder zal laten leiden door ongewenste consequenties die bepaalde antwoorden voor derden zouden kunnen hebben. Om die reden kent de Afdeling in beginsel grotere betrouwbaarheid toe aan eerste, ten overstaan van een toezichthouder afgelegde, verklaringen.⁷⁴

De Afdeling oordeelde ook dat – met erkenning van de aan de rechter toekomende waarderingsvrijheid met betrekking tot bewijs – bij afwezigheid van contra-indicaties in beginsel mag worden uitgegaan van de juistheid van een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt boeterapport, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan hetgeen de verbalisant uit eigen waarneming en ondervinding heeft verklaard.⁷⁵

Verder oordeelde de Afdeling dat de inbreng van nader bewijs door het bestuursorgaan na de afronding van het onderzoek door de toezichthouder niet categorisch is uitgesloten, maar dat de mogelijkheid daartoe na de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming wordt begrensd door het beginsel van afdoening van het geschil binnen een redelijk

66. En de art. 47 en 48 van het EU-Handvest.

67. Ondanks dat daar in de literatuur kritiek op is geuit, zie daarover bijvoorbeeld uitgebreid: Y.E. Schuurmans, ‘Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het bestuursrecht’, *Ars Aequi* mei 2017, p. 388 – 399.

68. CBb 26 oktober 2017, ECLI:NL:CBb:2017:343, r.o. 7.2.2.

69. Zie HR 16 november 1982, NJ 1983/283 en HR 13 september 1988, NJ 1989/454.

70. Zie daarover EHRM 16 juni 2015, AB 2017/286 m.nt. R. Stijnen; R. Stijnen, ‘de onschuldpresumptie bij de oplegging van bestuurlijke boetes: recente ontwikkelingen inzake bewijskwesties en het nemo-tenetur-beginsel’, *JBplus* 2017/2, p. 123-144; O.J.D.M.L. Jansen, ‘Bewijsvergaring in het boeterecht als Chefsache’, *NJB* 2017/1230, p. 1584-1593.

71. ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, AB 2018/343, JB 2018/134.

72. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818, r.o. 3; AB 2017/386 m.nt. R. Stijnen.

73. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818, r.o. 3; AB 2017/386 m.nt. R. Stijnen.

74. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818, r.o. 5; AB 2017/386 m.nt. R. Stijnen.

75. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818, r.o. 5; AB 2017/386 m.nt. R. Stijnen.

ke termijn en (vooral) door de goede procesorde, toegespitst op wat in redelijkheid van het bestuursorgaan mocht worden gevegd. Daarbij tekent de Afdeling aan dat zij in het licht van de rechtszekerheid waarop de vermeende overtreder aanspraak kan maken en van zijn mogelijkheden om in rechte tijdig en adequaat verweer te voeren, in het bijzonder de goede procesorde leidend acht ter begrenzing van de mogelijkheid om nader bewijs na voltooiing van de besluitvorming in te brengen. Van belang daarbij is wat in redelijkheid van het bestuursorgaan mag worden gevegd, waarbij voorop staat dat indien het bestuursorgaan eerst na voltooiing van de besluitvorming nieuw bewijs inbrengt, terwijl het geen goede reden geeft waarom het dat niet eerder had kunnen doen, er sprake is van strijd met de goede procesorde. In gevallen waarin het bestuursorgaan bij voltooiing van de besluitvorming wel het bewijs waarover het redelijkerwijs kon beschikken aan de boeteplegging ten grondslag heeft gelegd en de discussie in (hoger) beroep aanleiding geeft tot het inbrengen van nieuw bewijs, zal de goede procesorde zich daartegen in de regel niet verzetten.⁷⁶

Verder oordeelde de Afdeling dat de cautie niet gegeven hoeft te worden aan werknemers van een verdacht bedrijf als deze werknemers de vragen niet namens het bedrijf beantwoorden.⁷⁷ De Afdeling verwijst daarvoor naar een passage van de conclusie van A-G Keus, waarin wordt opgemerkt dat handhavende instanties de cautie moeten geven aan een persoon die wordt verhoord met het oog op een aan hem op te leggen sanctie. Aan getuigen hoeft de cautie niet te worden gegeven.⁷⁸ Ten slotte is nog van belang dat verklaringen die onder dwang zijn afgelegd in het kader van nalevingstoezicht, evenmin mogen worden gebruikt als bewijs.⁷⁹

4.1.5. Bestuurlijke boete en het ne bis in idem-beginsel

Het ne bis in idem-beginsel is hiervoor al aan bod gekomen voor wat betreft de verhouding bestuursrecht – strafrecht. Het CbB heeft in 2017 echter ook een uitspraak gedaan over het ne bis in idem-beginsel bij het opleggen van verschillende bestuurlijke boetes aan één overtreder.⁸⁰ In de kwestie die bij het CbB voorlag, waren boetes opgelegd voor overschrijding van de fosfaatgebruiksnorm en voor het

ontbreken van een vervoersbewijs dierlijke meststoffen. Dat was volgens appellante in strijd met art. 5:43 Awb, dat uitsluit dat tweemaal een boete wordt opgelegd voor hetzelfde feit.

Om de vraag te beantwoorden of sprake is van hetzelfde feit, verwijst het CbB naar een arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2011.⁸¹ In het arrest bepaalde de Hoge Raad hoe moet worden getoetst of sprake is van hetzelfde feit:

‘2.9.1 Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van ‘hetzelfde feit’, dient de rechter in de situatie waarop art. 68 Sr ziet de in beide tenlasteleggingen omschreven verwijten, en in de situatie waarop art. 313 Sv ziet de in de tenlastelegging en de in de vordering tot wijziging van de tenlastelegging omschreven verwijten te vergelijken. Bij die toetsing dienen de volgende gegevens als relevante vergelijkingsfactoren te worden betrokken:

(A) De juridische aard van de feiten.

Indien de tenlastegelegde feiten niet onder dezelfde delictsomschrijving vallen, kan de mate van verschil tussen de strafbare feiten van belang zijn, in het bijzonder wat betreft;

(i) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delictsomschrijvingen strekken, en;

(ii) de strafmaxima die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, in welke strafmaxima onder meer tot uitdrukking komt de aard van het verwijt en de kwalificatie als misdrijf dan wel overtreding.

(B) De gedraging van de verdachte.

Indien de tenlasteleggingen respectievelijk de tenlastelegging en de vordering tot wijziging daarvan niet dezelfde gedraging beschrijven, kan de mate van verschil tussen de gedragingen van belang zijn, zowel wat betreft de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen als wat betreft de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder zij zijn verricht.

2.9.2. Opmerking verdient dat reeds uit de bewoordingen van het begrip ‘hetzelfde feit’ voortvloeit dat de beantwoording van de vraag wat daaronder moet worden verstaan, mede wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Vuistregel is nochtans dat een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen tot de slotsom kan leiden dat geen sprake is van ‘hetzelfde feit’ in de zin van art. 68 Sr.’

Het CbB past vervolgens de door de Hoge Raad ontwikkelde criteria toe en komt tot de conclusie dat de twee wetsbepalingen op grond waarvan de boetes zijn opgelegd zien op bescherming van verschillende rechtsgoederen, dat de strafmaxima van de bepalingen verschillen en dat ook de aard van de gedragingen verschilt (te veel mest uitrijden res-

76. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818, r.o. 6; AB 2017/386 m.nt. R. Stijnen.

77. ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, r.o. 7.4; AB 2018/343 m.nt. R. Stijnen.

78. ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034, punt 4.3.7 – 4.3.9.

79. ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115; AB 2018/343 m.nt. R. Stijnen. De Afdeling sluit hiermee aan bij het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, de rechtsoverwegingen 3.7 en 3.8.

80. CbB 13 november 2017, ECLI:NL:CBB:2017:434; JBO 2018/61 m.nt. D. van der Meijden.

81. HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102.

pectievelijk nalaten vrachten mest te registreren). Gelet daarop is volgens het CBb geen sprake van hetzelfde feit, waardoor de boetes niet in strijd met het ne bis in idem-beginsel zijn opgelegd.

4.1.6. Bestuurlijke boete en medeplegen en feitelijk leidinggeven

op 20 juli 2017 is het CBb uitgebreid ingegaan op de rechtspraak van de Hoge Raad over de deelnemingsvormen ‘medeplegen’ en ‘feitelijk leidinggeven’.⁸² Appellanten 1 en 2 werd verweten tezamen en in vereniging met appellant 3 de verantwoordingsplicht van art. 14 van de Msw te hebben overtreden, terwijl appellant 4 feitelijk leiding zou hebben gegeven aan de overtreding die werd begaan door appellant 3.

appellanten 1 en 2 stellen dat zij ten onrechte als medeplegers zijn aangemerkt, omdat van een nauwe en bewuste samenwerking met betrekking tot (het overtreden van) de verantwoordingsplicht geen sprake was. Ter beoordeling van die stelling wijst het CBb op art. 5:1, tweede lid, Awb dat bepaalt dat onder ‘overtreder’ wordt verstaan degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Ter beantwoording van de vraag of appellanten 1 en 2 als medepleger kunnen worden aangemerkt dient volgens het CBb, gelet op vaste rechtspraak van de Hoge Raad, onder meer aan de hand van de arresten van 2 december 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3474) en 24 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:716), te worden vastgesteld of het bestuursorgaan heeft aangetoond dat zo bewust en nauw is samengewerkt tussen appellant 3 en appellanten 1 en 2 dat van medeplegen mag worden gesproken, in het bijzonder dat en waarom de bijdrage van appellanten 1 en 2 aan de overtreding van art. 14 van de Msw van voldoende gewicht is geweest. Dit moet worden beoordeeld aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.⁸³

Bij de beoordeling of sprake is van de voor medeplegen vereiste nauwe en bewuste samenwerking, kan betrokken worden de intensiteit van de samenwerking, de onderlinge taakverdeling, de rol in de voorbereiding en de uitvoering of de afhandeling van de overtreding. De bijdrage van de medepleger zal in de regel worden geleverd tijdens het begaan van de overtreding in de vorm van een gezamenlijke uitvoering van het feit, maar de bijdrage kan ook zijn geleverd in de vorm van verscheidene gedragingen voor en/of tijdens en/of na het strafbare feit. Ook is niet uitgesloten dat de bijdrage in hoofdzaak vóór het strafbare feit is geleverd.⁸⁴ Zeker in afwijkende of bijzondere situaties dient in de bewijsvoering aandacht te worden besteed aan de vraag of wel zo bewust en nauw is samengewerkt dat van medeple-

gen kan worden gesproken, in het bijzonder dat en waarom de bijdrage van de verdachte van voldoende gewicht is geweest. Een geringe rol of het ontbreken van enige rol in de uitvoering van het delict zal in dergelijke uitzonderlijke gevallen wel moeten worden gecompenseerd, bijvoorbeeld door een grote(re) rol in de voorbereiding. Het CBb komt uiteindelijk tot de conclusie dat er – gelet op de hiervoor geschetste aanknopingspunten – te weinig aanwijzingen zijn voor het oordeel dat appellanten 1 en 2 als medepleger dienen te worden aangemerkt. De aan appellanten 1 en 2 opgelegde bestuurlijke boetes werden herroepen.

Appellant 4 betwist op zijn beurt dat hij leiding of opdracht heeft gegeven aan de overtreding die appellant 3 heeft begaan. Ter beoordeling van die stelling wijst het CBb op art. 5:1, derde lid, van de Awb, in samenhang met art. 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht.⁸⁵ Op grond van die artikelen kan, indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, ook de feitelijk leidinggevende worden bestraft. Voor het vaststellen of appellant 4 feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding is volgens het CBb niet noodzakelijk dat wordt aangetoond welke handelingen precies ten grondslag liggen aan het feit dat minder fosfaat is opgeslagen dan is aangevoerd. De verboden gedraging bestaat er uit dat de onderneming waar de meststoffen zijn aangevoerd geen verantwoording aflegt over de afvoer en de afnemers. Niet in geschil is dat appellant 4 het initiatief heeft genomen en opdracht heeft gegeven voor de levering van de mest aan appellant 3 én de opslag daarvan zonder registratie van de onderneming bij Dienst Regelingen en zonder enige registratie (van de aanvoer, de opslag en de afvoer) in de administratie of enige verantwoording op andere wijze. Gelet daarop bevond appellant 4 zich bij uitstek in de positie (en was gehouden) om steeds ervoor zorg te dragen dat verantwoord kon worden dat de aangevoerde hoeveelheid fosfaat nog aanwezig was op de onderneming dan wel dat ze was afgevoerd en naar wie.⁸⁶ Dat alles leidt volgens het CBb tot het oordeel dat appellant 4 terecht is aangemerkt als degene die feitelijk leiding gaf aan de overtreding.⁸⁷

4.1.7. Matiging bestuurlijke boete

In de hiervoor reeds genoemde uitspraak waarin een appellant succesvol stelde dat hem ten onrechte de cautie niet was gegeven, droeg het CBb het bestuursorgaan op om binnen acht weken een nieuw besluit te nemen met inachtneming van de tussenuitspraak.⁸⁸ Het bestuursorgaan moest dus beoordelen of er nog een boete opgelegd kon worden, ge-

82. CBb 20 juli 2017, ECLI:NL:2017:315; *JBO* 2017/227 m.nt. D. van der Meijden.

83. CBb 20 juli 2017, ECLI:NL:2017:315; *JBO* 2017/227 m.nt. D. van der Meijden.

84. vgl. bijvoorbeeld HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9972.

85. Voorheen art. 50, tweede lid, van de Msw.

86. Vgl. HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, onder 3.5.2.

87. CBb 20 juli 2017, ECLI:NL:2017:315, r.o. 6.2; *JBO* 2017/227 m.nt. D. van der Meijden.

88. CBb 26 oktober 2017 ECLI:NL:CBB:2017:343.

let op de uitsluiting van de verklaringen die tijdens het eerste verhoor waren afgelegd. Op 19 juni 2018 volgde de einduitspraak.⁸⁹ Het nieuwe besluit hield alsnog een boete in van € 40.500,- (het destijds geldende maximumbedrag van € 45.000,- minus een korting van 10% wegens termijnoverschrijding), ondanks dat de verklaringen uit het eerste verhoor niet konden dienen als bewijs. Appellant was het er niet mee eens en stelde zich onder meer op het standpunt dat de boete onevenredig hoog was en dat niet kon worden volstaan met een standaardberekening.

Het CBb oordeelde vervolgens dat de rechter – gelet op art. 6 EVRM – dient te toetsen of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding.⁹⁰ Voor de bij wettelijk voorschrift vastgestelde boetebedragen vormt art. 5:46, derde lid, van de Awb het kader waarbinnen de op art. 6 van het EVRM gestoelde evenredigheidstoets dient plaats te vinden. Er dient te worden beoordeeld of de ingevolge art. 57 van de Msw voorgeschreven boete in het concrete geval evenredig is aan met name de aard en ernst van de geconstateerde overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en, zo nodig, de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan. Het standpunt dat de boete hoger wordt, naarmate meer gebruiksnormen zijn overschreden en naarmate de overschrijding groter is,⁹¹ acht het CBb niet onevenredig.⁹² Uit de memorie van toelichting op de Msw blijkt verder dat de hoogte van de tarieven is bepaald op grond van het uitgangspunt dat de bestuurlijke boete, wil zij afschrikwekkend zijn, hoger moet zijn dan het eventueel als gevolg van de overtreding genoten economisch voordeel. Daarbij is uitgegaan van forfaitaire bedragen die zijn afgestemd op de transportkosten voor het afvoeren van mest.

Verder oordeelde het CBb dat geringe draagkracht een reden kan zijn om de boete te matigen, waarbij in beginsel de actuele situatie maatgevend is. Het is echter wel aan de appellant om geringe draagkracht niet alleen te stellen, maar ook te onderbouwen.⁹³

Vervolgens beriep de appellant in kwestie zich op boetematiging vanwege overschrijding van de redelijke termijn. Het CBb oordeelde daarover dat in punitieve zaken het uitgangspunt geldt dat een redelijke termijn voor een procedure in drie instanties in beginsel niet is overschreden als die procedure in haar geheel niet langer dan vier jaar in beslag heeft genomen.⁹⁴ Daarbij geldt dat deze termijn een aanvang neemt vanaf het moment waarop een handeling is verricht waaraan de betrokkene in rede-

lijkheid de verwachting kan ontleen dat hem een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Het CBb wijst er vervolgens op dat er al een matiging van 10% heeft plaatsgevonden (vanwege het tijdsverloop tussen het boeterapport en het primaire besluit) en overweegt dat deze matiging van invloed is op de vraag of, en zo ja, in hoeverre een verdergaande matiging op grond van de overschrijding van de redelijk termijn passend is. Gelet daarop verwijst het CBb naar vaste rechtspraak,⁹⁵ waaruit volgt dat verdergaande matiging passend is indien de overschrijding meer dan een half jaar bedraagt. Als daar sprake van is, wordt een verdergaande matiging per half jaar toegepast van 5%.⁹⁶ Voor appellant had dat tot gevolg dat de boete werd verminderd van € 40.500,- naar € 30.375,-.

Behalve boetematiging kan het overschrijden van de redelijke termijn zelfs leiden tot compensatie voor immateriële schade. In een kwestie waarin een appellante vanaf het boetevoornemen tot de datum van de uitspraak tien jaar en ruim drie weken moest wachten op afdoening van de kwestie, terwijl het CBb geen aanknopingspunten had voor het oordeel dat de totale lengte van de procedure meer dan de hiervoor genoemde vier jaar⁹⁷ zou mogen bedragen, oordeelde het CBb dat de redelijke termijn (ruim) was overschreden.⁹⁸ De overschrijding van de redelijke termijn rechtvaardigde volgens het CBb een compensatie van de immateriële schade in de vorm van schadevergoeding. De schadevergoeding bedroeg € 500,- per half jaar waarmee in de bestuurlijke respectievelijk de rechterlijke fase de redelijke termijn was overschreden, naar boven afgerond.⁹⁹ Het leverde de appellante in kwestie, behalve het vervallen van de boete, een immateriële schadevergoeding op van € 4.500,- voor het lange wachten.

5. Conclusie

Dat bestuursrechtelijke mestboetezaken steeds meer verweven raken met (beginselen van) het strafrecht, is door andere auteurs reeds meermaals geconstateerd. Deze lijn zet zich door in de rechtspraak die de afgelopen jaren is gewezen over mestboetes, bijvoorbeeld door rechtstreekse toepassing van strafrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad

89. CBb 19 juni 2018, ECLI:NL:CBB:2018:290.

90. Zie onder meer ECLI:NL:CBB:2016:355.

91. Zie daarvoor *Kamerstukken II* 2004/05, 29 930, nr. 3, p. 125 en 126.

92. CBb 19 juni 2018, ECLI:NL:CBB:2018:290, r.o. 4.3.

93. CBb 19 juni 2018, ECLI:NL:CBB:2018:290, r.o. 4.3.

94. Zie bijvoorbeeld CBb 13 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:284.

95. Zie onder meer de uitspraak van 24 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:454.

96. Zie onder meer CBb 12 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:333.

97. Als regel heeft te gelden dat de bestuurlijke fase onredelijk lang heeft geduurd voor zover de duur daarvan een jaar overschrijdt, de beroepsfase voor zover zij meer dan een jaar in beslag neemt en de hogerberoepsfase voor zover zij meer dan twee jaar in beslag neemt (totale redelijke termijn rechterlijke fase 36 maanden).

98. CBb 21 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:209.

99. In dat verband verwijst het CBb naar zijn uitspraak van 30 april 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:231).

over medeplegen en feitelijk leidinggeven in bestuursrechtelijke mestboetezaken.

Het punitieve element in mestboetes zorgt ervoor dat meer dan anders in bestuursrechtelijke zaken zorgvuldig dient te worden omgegaan met de belangen van de vermeende overtreder. Het boetestelsel in de Msw, dat veelal gebaseerd is op een papieren werkelijkheid, kon de 'EVRM-toets' uiteindelijk doorstaan, maar slaagde met een krappe voldoende onder de toezegging dat de handhavingsmarges bekend werden gemaakt. In lopende zaken waarin de handhavingsmarges niet al bij het voornemen tot boeteoplegging aan de vermeende overtreder bekend waren gemaakt, kon het boetestelsel de toets der kritiek niet doorstaan.

Ook in mestboetezaken waarin de cautie niet voor het eerste verhoor werd gegeven, ging het voor het bestuursorgaan mis. De cautie dient te worden gegeven voor het eerste verhoor dat met het oog op het opleggen van een punitieve sanctie wordt afgenomen. Als dat niet gebeurt, wordt gehandeld in strijd met het EVRM, met als gevolg dat het daardoor verkregen bewijs buiten beschouwing dient te blijven. Ten slotte oordeelde het CBB dat de voorlegplicht van art. 5:44, tweede en derde lid, Awb niet gebruikt kan worden als zelfstandig verweermiddel. Dat was niet de bedoeling van de regering en daarnaast voldoet het inroepen van de voorlegplicht als verweermiddel niet aan de relativiteitseis van art. 8:69a Awb. Mogelijke onenigheid tussen het bestuursorgaan en OM over de vraag wie een overtreding op grond van de Msw dient aan te pakken, resulteert dus niet in een bevoegdheidsgebrek, tenzij de overtreding aan het OM is voorgelegd en het bestuursorgaan daarna alsnog besluit om in strijd met art. 5:44, tweede en derde lid, Awb te handelen. Praktisch is dat wel, maar helemaal zuiver niet, getuigd op het feit dat de vermeende overtreder daarmee het recht kan worden onthouden om zijn zaak voor te leggen aan de strafrechter.

Uit de rechtspraak die in dit artikel is besproken, volgt in mijn optiek een rode draad van bestuursrechtelijke handhaving die op zoek is naar haar plaats in de punitieve wereld. Dat gaat met vallen en opstaan, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de gegronde beroepen over het bekendmaken van de handhavingsmarges en de cautie. Om de Msw effectief te kunnen handhaven, zijn mestboetes echter niet meer weg te denken. Op dus naar een stelsel waarin strafprocessuele en EVRM-rechtelijke waarborgen naadloos worden toegepast in de bestuursrechtelijke punitieve handhaving, oftewel: handhaving van gebruiksnormen in de Msw; goed, beter, mest.