

# De uitwerking van het *ne bis in idem*-beginsel in het milieurecht

M en R 2019/51



## 1. Inleiding

Overtredingen van milieuwet- en regelgeving kunnen op diverse manieren worden gehandhaafd. Uitgangspunt van het landelijk beleid is dat al bij middelzware overtredingen een combinatie van zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke handhavingsacties kan worden ingezet.<sup>2</sup> Zowel in de praktijk als in de literatuur lijkt bij handhaving van het milieurecht het uitgangspunt te zijn verlaten dat het strafrecht pas als ‘ultimum remedium’ wordt ingezet.<sup>3</sup> Er wordt actief gezocht naar een effectieve handhaving, waarbij het bestuursrecht en strafrecht worden gecombineerd en elkaar aanvullen. Daardoor is de kans op cumulatie van verschillende sancties aanzienlijk. Bedrijven die worden geconfronteerd met meerdere vormen van handhaving, zullen vaak het gevoel hebben dat zij twee keer worden bestraft voor dezelfde overtreding.

Het *ne bis in idem*-beginsel verzet zich tegen een dubbele berechting en bestraffing voor hetzelfde feit. In dit artikel gaan wij in op de uitwerking van het *ne bis in idem*-beginsel in het milieurecht. Voor een goed begrip komt eerst de Europese regelgeving en jurisprudentie aan bod, waaruit volgt welke elementen relevant zijn bij de beoordeling of sprake is van strijd met het *ne bis in idem*-beginsel (**par. 2**). Vervolgens passeren verschillende illustratieve voorbeelden uit de Nederlandse bestuursrechtelijke jurisprudentie (**par. 3**) en strafrechtelijke jurisprudentie (**par. 4**) de revue. Daaruit volgt wanneer samenloop van sancties al dan niet toelaatbaar is en welke overwegingen daaraan ten grondslag liggen. Wij sluiten af met een conclusie, waarin we de huidige stand van zaken kort samenvatten en aanbevelen een beroep op het *ne bis in idem*-beginsel zorgvuldig te beoordelen.

## 2. Europese regelgeving en rechtspraak

### 2.1 Relevante Europese bepalingen

Het *ne bis in idem*-beginsel is allereerst vervat in verschillende Europeesrechtelijke bepalingen, waaronder artikel 4 van het Zevende Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (“EVRM”) en artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten van de EU (“Handvest”).<sup>4</sup>

Artikel 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM luidt als volgt:

“Niemand wordt opnieuw berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure binnen de rechtsmacht van dezelfde Staat voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van die Staat.”

Hoewel Nederland het Zevende Protocol bij het EVRM niet heeft geratificeerd en er dus niet aan is gebonden, is dit artikel toch relevant voor Nederlandse procedures. Om te beginnen omdat het recht om niet opnieuw te worden berecht of bestraft zoals neergelegd in artikel 50 van het Handvest dezelfde inhoud en strekking heeft als het recht ex artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM.<sup>5</sup> Daarnaast heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk overwogen dat de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (“EHRM”) over artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM van belang kan zijn voor de gedachtevorming over de toepassing van artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht (“Sr”).<sup>6</sup>

Artikel 50 van het Handvest heeft een vergelijkbare strekking, zij het dat deze bepaling ook interstatelijke werking heeft. Het is toepasselijk in situaties waarin het recht van de Europese Unie ten uitvoer wordt gebracht. Daarvan is in het milieustrafrecht vaak sprake. Voorbeelden zijn de regeling over het vervoeren van afvalstoffen zonder VIHB-registratie (artikel 10.55 van de Wet milieubeheer), het opleggen van een randvoorwaardenkorting op de subsidie in het kader van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid, de Europese verordening betreffende de overdracht van afvalstoffen (“EVOA”) en de implementatie van de Seveso-richtlijn ter beheersing van de risico’s op zware ongevallen door gevaarlijke stoffen.

1 Marleen Velthuis en Annick Werts zijn beiden werkzaam als advocaat bij NautaDutilh.

2 Landelijke handhavingstrategie, *Een passende interventie bij iedere bevin-*ding, versie 1.7, 24 april 2014, p. 7.

3 Zie hierover B.F. Keulen e.a., *De punitieve handhaving van de Omgevingswet*, Rijksuniversiteit Groningen (eindrapport), p. 119, inclusief verwijzingen.

4 Het *ne bis in idem*-beginsel komt daarnaast bijvoorbeeld terug in artikel 14 lid 7 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (“IVBPR”) en artikel 54 van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst (“SUO”). Wij zullen niet ingaan op deze bepalingen. Bij artikel 14 lid 7 IVBPR heeft Nederland namelijk het voorbehoud gemaakt dat het de bepaling alleen aanvaardt voor zover er géén verdergaande verplichtingen uit voortvloeien dan die neergelegd in artikel 68 Sr. Artikel 54 SUO behandelen wij niet verder omdat dat artikel slechts transnationale werking heeft.

5 Artikel 52 van het Handvest.

6 HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, r.o. 2.7.1.

Deze bepalingen bevatten grotendeels vergelijkbare elementen. Om te beoordelen of het daarin neergelegde *ne bis in idem*-beginsel wordt geschonden doordat dezelfde persoon met twee procedures wordt geconfronteerd, zijn vier vragen van belang:

- (i) Dragen beide procedures een strafrechtelijk karakter ('criminal nature')?
- (ii) Is er sprake van hetzelfde feit (*idem*)?
- (iii) Is er een onherroepelijke beslissing genomen in de eerste procedure?
- (iv) Is er sprake van een (ongeoorloofde) cumulatie van vervolgingsmaatregelen of sancties (*bis*)?

Wij zullen hierna stilstaan bij de invulling die op Europees niveau wordt gegeven aan de eerste en vierde vraag. Met name deze vragen zijn immers interessant in het kader van de combinatie van bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving van milieuovertredingen.

## 2.2 'Criminal nature'

Om te beoordelen of een procedure een strafrechtelijk karakter draagt (de eerste vraag), moet worden gekeken naar de zogenaamde Engel-criteria: (1) de juridische kwalificatie van de inbreuk in het nationale recht; (2) de aard van de inbreuk; en (3) de zwaarte van de sanctie die aan de betrokkene kan worden opgelegd.<sup>7</sup> Indien een inbreuk naar nationaal recht onder het strafrecht valt, is sprake van een 'criminal nature'. In andere gevallen gaan het EHRM en het Hof van Justitie voorbij aan de nationaalrechtelijke kwalificatie en toetsen zij aan de overige twee criteria. Deze criteria zijn niet noodzakelijkerwijs cumulatief.<sup>8</sup> Dat wil zeggen dat de conclusie dat sprake is van een 'criminal nature' kan steunen op één van beide criteria. Maar als geen van beide criteria afzonderlijk duidelijkheid schept, kan een 'cumulative approach' worden gehanteerd waarbij beide criteria worden meegewogen.

Bij het tweede criterium – de aard van de inbreuk – spelen verschillende factoren een rol, waaronder het doel van de overtreden bepaling en de opgelegde sanctie(s). Buiten kijf staat dat een sanctie die een punitief of repressief doel nastreeft, in principe een strafrechtelijk karakter draagt. Aan de andere kant van het spectrum staan de sancties die enkel tot doel hebben om de door de inbreuk veroorzaakte schade te herstellen of te compenseren (herstelsancties). Deze sancties zijn in beginsel niet strafrechtelijk van aard.<sup>9</sup> Dat een sanctie afschrikwekkend of (speciaal) preventief is,

lijkt niet bepalend te zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een 'criminal charge'.<sup>10</sup>

Ten aanzien van het derde criterium heeft het EHRM geoordeeld dat het feit dat geen gevangenisstraf kan worden opgelegd, niet doorslaggevend is. Het EHRM lijkt de zwaarte van een sanctie niet alleen objectief te beoordelen, maar ook relatief. In de zaak *Ziliberberg/Moldavië* achtte het EHRM het relevant dat de boete – die weliswaar maar EUR 3,17 bedroeg – meer dan 60% van het maandelijks inkomen van klager bedroeg.<sup>11</sup> Als uitgangspunt gaat de ABRvS er bij de beoordeling vanuit dat de zwaarte van de maatregel moet worden beoordeeld aan de hand van objectieve maatstaven en niet hoe de betrokkene de maatregel subjectief ervaart.<sup>12</sup> Gelet op de Europese rechtspraak dienen bij deze objectieve beoordeling dus wel (ook) de specifieke omstandigheden waarin de gesanctioneerde zich bevindt te worden meegewogen.

## 2.3 Cumulatie van procedures

Indien beide procedures een strafrechtelijk karakter dragen, bovendien hetzelfde feit betreffen en één van de procedures al tot een onherroepelijke beslissing heeft geleid, dan is een tweede procedure in beginsel onverenigbaar met artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM en artikel 50 van het Handvest. Echter, het EHRM en het Hof van Justitie hebben onder bepaalde omstandigheden toelaatbaar geacht dat sprake is van dubbele procedures die beide strafrechtelijk van aard zijn. De lidstaten moeten volgens de hoven namelijk in beginsel de vrijheid hebben om hun juridische systeem naar eigen inzicht in te richten en daarbij te kiezen voor complementaire reacties op inbreuken. Het komt in de lidstaten dan ook voor dat sancties in zowel een bestuursrechtelijke als een strafrechtelijke procedure worden opgelegd. Met name – zo overweegt het EHRM – bij de handhaving van milieubeleid.<sup>13</sup>

7 Zie onder meer: EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071 (*Engel e.a./Nederland*); EHRM 10 februari 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0210JUD001493903 (*Zolotukhin/Rusland*), § 53; HvJ EU 20 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:197 (*Menci*), § 26.

8 Zie onder meer: EHRM 25 augustus 1987, ECLI:CE:ECHR:1987:0825JUD000991282 (*Lutz/Duitsland*), § 55.

9 Zie onder meer: HvJ EU 20 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:193 (*Garlsson Rel Estate SA e.a.*), § 33; EHRM 24 februari 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:0224JUD001254786 (*Bendenoun/Frankrijk*), § 47.

10 Wij wijzen onder meer op: EHRM 16 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0616JUD001307903 (*Ruotsalainen/Finland*), § 46; EHRM 23 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0323JUD004715206 (*Blokhin/Rusland*), § 179-182; HvJ EU 20 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:197 (*Menci*), § 31; en EHRM 13 december 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1213DEC007366101 (*Nilsson/Zweden*). In *Ruotsalainen/Finland* werd "a punishment to deter re-offending" gezien als een kenmerk van strafrechtelijke sancties. In *Blokhin/Rusland* werd door de overheid benadrukt dat de sanctie tot doel had het gedrag van de klager te corrigeren en hem af te schrikken van het plegen van toekomstige feiten (en daarom niet 'criminal' was). De Kamer van de Eerste Sectie oordeelde dat bestraffing en afschrikking gewoonlijk als "twin objectives" worden gezien van strafrechtelijke sancties. De Grote Kamer ging daarin mee en overwoog over de door de overheid opgeworpen vergelijking met psychisch gestoorde verdachten: "In cases of mentally ill defendants the proceedings can lead to their being placed in closed institutions for treatment and to prevent them from committing further criminal acts. There are no punitive or deterrent elements involved, unlike in the applicant's case." In *Nilsson/Zweden* lijkt het EHRM het preventieve en afschrikwekkende doel van de sanctie in kwestie wel te zien als een contra-indicatie voor een 'criminal nature', maar (mede) omdat vergelding ook een belangrijke overweging moest zijn geweest bij het opleggen van de sanctie, was die uiteindelijk toch strafrechtelijk van aard.

11 EHRM 1 mei 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0201JUD006182100 (*Ziliberberg/Moldavië*), § 34.

12 Zie o.a. ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:627, r.o. 4.5.

13 EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011 (*A. en B./Noorwegen*), §118.

De cumulerende strafrechtelijke procedures moeten de toets van het voldoende nauw materieel en temporeel verband (“*a sufficiently close connection in substance and time*”) kunnen doorstaan, blijkt uit rechtspraak van het EHRM. In de beoordeling daarvan zijn onder andere de volgende factoren van belang:

- of de twee procedures andere, complementaire doelen dienen en dus andere aspecten van de verboden gedraging bestraffen;
- of de cumulatie van procedures een voorzienbaar gevolg is van de verboden gedraging, zowel op grond van het recht als op grond van het beleid;
- of de twee procedures zodanig worden ingericht en uitgevoerd dat zoveel mogelijk dubbele bewijsgaring en -waardering wordt voorkomen, met name doordat de bevoegde autoriteiten adequaat met elkaar samenwerken en onderling afstemmen zodat de vaststelling van de relevante feiten in de ene procedure ook wordt gebruikt in de andere procedure; en
- bovenal, of de bestraffing in de als eerste geëindigde procedure wordt meegewogen in de andere procedure, zodat de aan de betrokkene opgelegde sanctie niet buitensporig zwaar is.<sup>14</sup>

Op 20 maart 2018 heeft het Hof van Justitie zich gebogen over de vraag of het de eigen rechtspraak zou aanpassen aan deze (relatief) nieuwe koers van het EHRM. In het arrest *Menci* heeft het Hof dat inderdaad gedaan. Het Hof heeft verschillende voorwaarden geformuleerd waaronder de samenloop van strafvervolgning en een administratieve sanctie (op grond van artikel 52 van het Handvest) is gerechtvaardigd, die in hoge mate vergelijkbaar zijn met de hiervoor genoemde voorwaarden van het EHRM.<sup>15</sup>

### 3. Bestuursrechtelijke jurisprudentie

#### 3.1 *Uitgangspunten samenloop van sancties*

Samenloop van sancties kan ontstaan binnen de toepassing van het bestuursrecht, alsook door toepassing van zowel het bestuursrecht als het strafrecht. Sancties kunnen niet onbepaald cumuleren. In het bestuursrecht gelden de volgende uitgangspunten.

Het *ne bis in idem*-beginsel verzet zich niet tegen de cumulatie van (i) een herstelsanctie en een punitieve sanctie; of (ii) meerdere herstelsancties, omdat herstelsancties niet worden aangemerkt als een ‘criminal charge’ zoals hiervoor uiteengezet.

Bij de cumulatie van meerdere punitieve sancties komt het *ne bis in idem*-beginsel wel in beeld.<sup>16</sup> In bestuursrechtelijke procedures bepleit de overtreder dan ook vaak dat beide opgelegde bestuurlijke sancties punitief zijn en zien op dezelfde overtreding, om deze zo binnen het toepassingsbereik van het *ne bis in idem*-beginsel te trekken. Aan de hand van voorbeelden uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie laten we zien dat dit betoog ten aanzien van het bevel tot tijdelijke stillegging, de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang tot nu toe niet of zelden slaagt. Wel moet worden aangenomen dat de cumulatie van de aldus als herstelsanctie gekwalificeerde sancties een rol speelt bij de evenredigheid daarvan.

#### 3.2 *Tijdelijke stillegging*

Als gezegd beschermt het *ne bis in idem*-beginsel niet tegen de samenloop van een herstelsanctie en een punitieve sanctie. Ook niet indien de herstelsanctie in kwestie een zwaardere handhavingsactie betreft, bijvoorbeeld het bevel tot tijdelijke stillegging. Dit wordt door de bestuursrechter aangemerkt als herstelsanctie, omdat de tijdelijke stillegging erop is gericht dat in het bedrijf orde op zaken wordt gesteld en verdere overtreding wordt voorkomen.<sup>17</sup> Hoewel voor een bedrijf een stillegging vergaande gevolgen kan hebben, wordt de combinatie van een tijdelijke stillegging als herstelsanctie en een boete of strafvervolgning dus rechtmatig geacht.

#### 3.3 *De last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang als ‘herstelsanctie’*

Over de last onder dwangsom, zowel de oplegging als de verbeurte en invordering daarvan, wordt met enige regelmaat aangevoerd dat deze een punitief element kent en zodoende niet als herstelsanctie kan worden aangemerkt.<sup>18</sup> Een omvangrijke dwangsom die wordt geïnd voelt vaak als een straf en kan op de betrokkene soms zelfs zwaarder drukken dan een strafrechtelijke vervolging. Gelet op de Europese jurisprudentie waaruit volgt dat slechts één van de Engel-criteria voldoende is, zou enkel de hoogte van de sanctie met

<sup>14</sup> EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002413011 (*A. en B./Noorwegen*); EHRM 18 mei 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0518JUD002200711 (*Jóhannesson e.a./IJsland*).

<sup>15</sup> HvJ EU 20 maart 2018, ECLI:EU:C:2018:197 (*Menci*), § 63.

<sup>16</sup> Ten aanzien van de bestuurlijke boete is dit beginsel in artikel 5:43 Awb uitdrukkelijk vastgelegd: wegens dezelfde overtreding mag niet meermaals een bestuurlijke boete worden opgelegd. In jurisprudentie over de toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel in een voorkomend geval gaat het vaak over de uitleg van het begrip ‘dezelfde overtreding’. Daarvoor wordt aansluiting gezocht bij de strafrechtelijke rechtspraak over ‘hetzelfde feit’ in de zin van artikel 68 Sr. Het valt buiten het bestek van dit artikel om dit nader te behandelen. Voor een voorbeeld van een milieurechtuitspraak waarin een beroep op het *ne bis in idem*-beginsel werd beoordeeld, verwijzen we naar Rb. Noord-Nederland 4 april 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1274 (beroep gegrond) en Rb. Zeeland-West-Brabant 3 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:1487 (beroep gegrond).

<sup>17</sup> ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1803; Rb. Rotterdam 29 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9782.

<sup>18</sup> Dat standpunt wordt ook in de literatuur verdedigd. Zie onder meer: J.M. Reijntjes, annotatie bij HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, *NJ* 2018/94. Anders: A.B. Blomberg, annotatie bij HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, *AB* 2007/249; J. Crijns & M. van Emmerik, ‘Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht’, *NJB* 2018/749. Voor een overzicht en samenvatting van de betreffende literatuur verwijzen wij naar het recent gepubliceerde artikel van B. van der Vorm, ‘Misvattingen over de last onder dwangsom’, *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2019, nr. 1, die overigens zelf betoogt dat de last onder dwangsom niet kan worden aangemerkt als een bestraffende sanctie.

zich kunnen brengen dat deze sanctie als ‘criminal charge’ moet worden gekwalificeerd.<sup>19</sup> De ABRvS overwoog recent dat het EHRM “*slechts zelden een bestuursrechtelijke maatregel aan[merkt] als een bestraffende sanctie louter op grond van de zwaarte van de maatregel*”. Het komt wel voor dat het EHRM oordeelt dat de zwaarte van de sanctie op zichzelf al maakt dat deze als een *criminal sanction* kan worden gezien.<sup>20</sup> Echter, de Nederlandse rechter zal naar verwachting een betoog met die strekking niet volgen. Wattel omschreef het mooi in zijn conclusie van 4 april 2018:

“Aan de last onder dwangsom zit een punitiever luchtje, althans als het tot invordering komt, maar ook die last is door de wetgever bij de herstelsancties ingedeeld en in de jurisprudentie als reparatoir en niet (mede) punitief aangemerkt.”<sup>21</sup>

Ook kan worden getwist over de aard van een opgelegde dwangsom. In het bijzonder bij lasten onder dwangsom die zijn opgelegd ter voorkoming van herhaling van een overtreding van een wettelijk voorschrift of vergunningvoorschrift, kan worden afgevraagd of deze wel als herstelsanctie in de zin van artikel 5:31d van de Algemene wet bestuursrecht (“Awb”) kunnen worden geduid, te weten “*een last tot geheel of gedeeltelijk herstel van de overtreding*”. Bij wijze van voorbeeld zou kunnen worden gedacht aan een last onder dwangsom die wordt opgelegd aan een bedrijf om *in het vervolg* ‘ongewone voorvallen’ tijdig te melden. Stel dat hierna een incident in een ander onderdeel van het bedrijf niet tijdig wordt gemeld als ‘ongewoon voorval’.<sup>22</sup> Hoe moet het verbeuren en invorderen van de betreffende dwangsom dan worden gekwalificeerd? Wij zien feitelijk geen verschil in de aard van de sanctie tussen de verbeurde dwangsom en de bestuurlijke boete die op basis van het beleid ook had kunnen worden opgelegd,<sup>23</sup> anders dan dat in het eerste geval wellicht iets meer zekerheid bestaat dat de sanctie daadwerkelijk wordt verbeurd. Het betreft in beide gevallen immers een vooraankondiging van een te betalen geldsom bij overtreding, bedoeld als afschrikking ter voorkoming van de betreffende overtreding.

Ook advocaat-generaal Machielse is kritisch over “*het predicaat ‘herstelsanctie’ [dat hem] niet als vanzelfsprekend*

*voorkomt*” in een geval waarin naar aanleiding van een overtreding van een wetsartikel een dwangsom wordt verbonden aan de last om zulke overtredingen na te laten. Advocaat-generaal Machielse vergelijkt dit niet zoals wij met een (aangekondigde) bestuurlijke boete, maar als “*enigszins verwant aan de voorwaardelijke veroordeling*”.<sup>24</sup>

De duiding van de last onder bestuursdwang als ‘herstelsanctie’ is ook niet onweersproken gebleven. Naar ons idee wordt met name over de last onder bestuursdwang tot sluiting van de woning op grond van artikel 13b van de Opiumwet – en minder over de last onder bestuursdwang in het milieurecht – aangevoerd dat deze een punitief karakter heeft gekregen door de manier waarop de bevoegdheid daartoe in de praktijk wordt uitgeoefend.<sup>25</sup> Volgens de Nederlandse bestuursrechter is bestuursdwang echter nog steeds gericht op beëindiging en voorkoming van een overtreding. Maar het is niet uitgesloten dat de sanctie gelet op de toepassing daarvan in een concreet geval – ongeacht de kwalificatie in de wet – als een strafsanctie moet worden beschouwd.<sup>26</sup>

Dat opgelegde en verbeurde dwangsommen en lasten onder bestuursdwang thans nog telkens als herstelsancties worden gekwalificeerd, betekent evenwel niet dat deze geheel zonder betekenis zijn. Bij de (veelal) latere oplegging van een bestuurlijke boete of bij de strafvervolgning, dient op grond van het evenredigheidsbeginsel rekening te worden gehouden met alle relevante omstandigheden van het geval, waaronder de financiële draagkracht van de overtreder en eerder opgelegde herstelsancties.<sup>27</sup>

### 3.4 Meerdere herstelsancties

Niet in strijd met het *ne bis in idem*-beginsel, maar wél met artikel 5:6 Awb is het als meerdere herstelsancties voor één en dezelfde overtreding tegelijkertijd worden opgelegd. Daarmee blijft het in beginsel mogelijk dat meerdere herstelsancties worden opgelegd (i) na elkaar, voor dezelfde overtreding; of (ii) indien meerdere voorschriften zijn overtreden, hetgeen ook volgt uit artikel 5:8 Awb.

Dat laatste ondervond een persoon uit Hardenberg die van twee verschillende bestuursorganen lasten opgelegd kreeg om huishoudelijk afval van zijn terrein te verwijderen, één vanwege overtreding van het ene voorschrift en de andere lasten vanwege overtreding van het andere voorschrift. Aangezien hij het afval vervolgens niet tijdig verwijderde, volgde verbeuring van meerdere dwangsommen en de in-

19 Vgl. J. Crijns & M. van Emmerik, ‘Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht. Zoeken naar evenredige bestraffing’, *NJB* 2018/749, p. 1097; L.J.M. Timmermans, annotatie bij ABRvS 29 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:864, *Gst.* 2017/147.

20 In EHRM 13 december 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1213DEC007366101 (*Nilsson/Zweden*) overwoog het EHRM: “What is more, in the view of the Court, the severity of the measure - suspension of the applicant’s driving licence for 18 months - was in itself so significant, regardless of the context of his criminal conviction, that it could ordinarily be viewed as a criminal sanction.”

21 ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152 (Conclusie Staatsraad advocaat-generaal Wattel).

22 Ook kan worden gedacht aan het opleggen van een last onder dwangsom ter voorkoming van herhaling van overtredingen van een vergunningvoorschrift dat ziet op geluid-, geur- of lozingsnormen.

23 Zie in gelijke zin A.R. Hartman & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 89-90.

24 Concl. advocaat-generaal A.J. Machielse, ECLI:NL:PHR:2017:1344, bij HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122. Dit arrest wordt uitgebreider besproken in paragraaf 4.2.

25 M.R.M. Schaap, ‘Het zwaard van Damocles: burgemeesters wil is wet. Over het punitieve karakter van een bestuursrechtelijke herstelsanctie’, *Justitiële verkenningen* 2018, nr. 4; R. Salet & H.J.B. Sackers, ‘Spanningen tussen de bestuurlijke en strafrechtelijke aanpak van criminaliteit’, *NJB* 2019/766.

26 ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1764, r.o. 5.1.

27 HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078, *AB* 2007/249, m.nt. A.B. Blomberg; ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1444, *Gst.* 2017/148, m.nt. C.M.M. van Mil.

zet van bestuursdwang. De totale kosten voor de persoon bedroegen EUR 373.000, terwijl ook een strafrechtelijke procedure liep naar aanleiding van dezelfde gedragingen. In een uitgebreide conclusie is Staatsraad advocaat-generaal Wattel ingegaan op de vraag of deze cumulatie rechtmatig en proportioneel is en zo nee, wie daar dan op welk moment in de procedure onder welke voorwaarden iets aan zou moeten doen.<sup>28</sup>

Hoewel de Awb erin voorziet dat meerdere herstelsancties kunnen worden opgelegd indien meerdere voorschriften zijn overtreden, volgt uit de wetsgeschiedenis dat een dergelijke cumulatie alleen mogelijk is wanneer de twee voorschriften verschillende belangen beschermen en de lasten niet in feite op hetzelfde neerkomen. Volgens Staatsraad advocaat-generaal Wattel was aan dit laatste criterium in casu niet voldaan: feitelijk kwamen de lasten beide neer op het afvoeren van het afval in overeenstemming met de regelgeving.<sup>29</sup>

De cumulatie van herstelsancties moet (daarnaast) ook een evenredigheidstoets kunnen doorstaan, waarbij ook de financiële positie van de belanghebbende een rol speelt. Naar het oordeel van Wattel dient het bestuursorgaan daarmee óók in de fase van invordering van de dwangsom of verhaal van de gemaakte kosten van de toepassing van bestuursdwang nog rekening te houden, ook al heeft het initiële lastbesluit formele rechtskracht gekregen. Dat wordt ingegeven door Europese rechten. Het eigendomsrecht dat wordt beschermd door het Handvest en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, brengt mee dat een 'fair balance' moet bestaan tussen het algemene belang bij effectieve handhaving van de geldende (milieu)wetgeving en het individuele belang bij respectering van het eigendomsrecht. Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat een 'individual and excessive burden' moet worden vermeden.<sup>30</sup> Van belang is wel dat het aan de betrokkene is om inzicht te verschaffen in zijn financiële positie, opdat het bestuursorgaan hiermee daadwerkelijk rekening kan houden.

Deze conclusie heeft niet tot een uitspraak van de Afdeling geleid, omdat appellante het beroep had ingetrokken.<sup>31</sup> Vermoedelijk is tussentijds een schikking bereikt tussen ILT en de betrokkene. Uit de conclusie bleek namelijk dat werd gezocht naar een passende oplossing, waarbij de staatssecretaris zich ter zitting bereid verklaarde om van invordering van de verbeurde dwangsommen af te zien en een betalingsregeling van vijf jaar te treffen voor een substantieel deel (EUR 60.000) van de kosten van bestuursdwang. Het getuigt van behoorlijk bestuur wanneer een bestuursor-

gaan bij cumulatie van sancties zoekt naar een meer evenredige sanctietoepassing.

## 4. Strafrechtelijke jurisprudentie

### 4.1 Inleiding

In de strafrechtelijke jurisprudentie zien we dat bij cumulatie van strafvervolgning en een bestuursrechtelijke sanctie (anders dan de bestuurlijke boete<sup>32</sup>) meermaals een beroep is gedaan op artikel 68 Sr, de beginselen van een goede procesorde en, indien Unierecht ten uitvoer werd gebracht, artikel 50 van het Handvest.<sup>33</sup>

### 4.2 Alcoholslotprogramma-arrest

Hoewel dit geen milieurechtspraak betrof, gaan wij eerst in op het *alcoholslotprogramma*-arrest dat verduidelijkt wanneer en op welke wijze een beroep op het *ne bis in idem*-beginsel kans van slagen heeft. Bij de beoordeling van het beroep van de verdachte op het *ne bis in idem*-beginsel achtte het Gerechtshof Den Haag onder meer van belang dat de kosten verbonden aan deelname aan het alcoholslotprogramma (meer dan) EUR 4.000 bedroegen en dat het rijbewijs van de bestuurder voor de duur van vijf jaren ongeldig zou worden verklaard indien de bestuurder niet zou deelnemen aan het programma. Volgens het hof leverde de oplegging van het alcoholslotprogramma een 'criminal charge' op. Het hof verklaarde het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk, omdat de vervolging in strijd was met artikel 68 Sr.

De Hoge Raad stelde evenwel vast dat artikel 68 Sr niet van toepassing was, omdat geen sprake was van meerdere onherroepelijke beslissingen van de strafrechter. De Hoge Raad oordeelde dat wel een sterke gelijkenis bestond tussen de strafrechtelijke vervolging en de bestuursrechtelijke procedure waarin het alcoholslotprogramma werd opgelegd. Beide procedures vinden hun oorsprong immers in 'hetzelfde feit' (gedraging identiek en beschermd rechtsbelang vergelijkbaar), en de gevolgen van beide procedures kwamen in hoge mate overeen (beide procedures kunnen leiden tot een ingrijpende beperking van de rijbevoegdheid en de oplegging van een wezenlijke betalingsverplichting).

Gelet hierop maakt de strafvervolgning na oplegging van een alcoholslotprogramma inbreuk op het *ne bis in idem*-be-

28 ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152 (Conclusie Staatsraad advocaat-generaal Wattel).

29 ABRvS 4 april 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1152 (Conclusie Staatsraad advocaat-generaal Wattel), onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis bij artikel 5:6 Awb en 5:8 Awb.

30 EHRM 8 november 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1108JUD000425102 (*Saliba/Malta*).

31 Zie: [www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=1133](http://www.raadvanstate.nl/pers/persberichten/tekst-persbericht.html?id=1133).

32 Het in artikel 243 van het Wetboek van Strafvordering ("Sv") neergelegde *una via*-beginsel dwingt de autoriteiten om te kiezen tussen strafvervolgning of een bestuurlijke boete. Andere bestuurlijke sancties, waaronder de last onder dwangsom en de stillegging, vallen hier dus niet onder. De bestuursrechtelijke pendant van deze bepaling is artikel 5:44 Awb.

33 Het voert te ver om in dit artikel in te gaan op het *ne bis in idem*-beginsel in zuiver strafrechtelijke situaties. In de rechtspraak rijst vaak de vraag of er sprake is van 'hetzelfde feit' (het begrip *idem*). Zie hierover onder meer Haas & Jansen, 'Nee, niet nog een keer...', een analyse van het *ne bis in idem*-beginsel', *Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht* 2018, nr. 8; F. de Graaf, 'Ne bis in idem. Twee keer hetzelfde in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *DD* 2013/34; J.W. Ouwkerk, 'Het feitsbegrip bij *ne bis in idem* en eendaadse samenloop. Tussen nationale uitlegging en internationale verplichtingen', *DD* 2012/47.

ginsel, hetgeen strijdig is met de beginselen van een goede procesorde en dient te leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Dat gevolg is echter voorbehouden aan uitzonderlijke situaties die, zoals de Hoge Raad overweegt, afwijken van andere gevallen waarin een bestuursrechtelijk en een strafrechtelijk traject samenlopen.<sup>34</sup> Hier was sprake van een uitzonderlijke situatie.

#### 4.3 De last onder dwangsom

Zoals hiervoor reeds bleek, wordt de last onder dwangsom aangeduid als een herstelsanctie. De Hoge Raad sanctioneerde in zijn arrest van 20 maart 2007 het oordeel van het hof dat de last onder dwangsom ertoe strekt om herhaling te voorkomen en te bewerkstelligen dat de bedrijfsvoering weer in overeenstemming werd gebracht met de milieuvergunning. Het daadwerkelijk verbeuren van de dwangsom betreft dan ook alleen het niet-nakomen van de last en is geen punitieve sanctie. Een daaropvolgende strafrechtelijke vervolging was dan ook niet in strijd met het *ne bis in idem*-beginsel.<sup>35</sup>

In een economische strafzaak sloeg het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in 2017 een andere weg in. Aan de verdachte was eerder een last onder dwangsom opgelegd omdat hij taxivervoer had verricht zonder een daartoe verleende vergunning. Enige tijd daarna werd opnieuw dezelfde overtreding geconstateerd, waarmee hij de dwangsom verbeurde. De verdachte deed in de strafrechtelijke procedure een beroep op het hiervoor genoemde *alcoholslotprogramma*-arrest. Het hof ging daarin mee. Naar het oordeel van het hof bestaat er een sterke gelijkheid tussen de strafrechtelijke vervolging voor overtreding van artikel 76 van de Wet personenvervoer en de procedure die leidt tot het verbeuren van een last onder dwangsom. De procedures vinden namelijk hun oorsprong in hetzelfde feit, beschermen dezelfde rechtsgoederen – de ordening van het beroepspersonenvervoer – en kunnen beide leiden tot oplegging van een wezenlijke betalingsverplichting (hoeveel de dwangsom dan precies bedroeg, blijkt niet uit het arrest). Daarmee was de strafvervolging van de verdachte in strijd met de beginselen van een goede procesorde, omdat de verdachte op grond van datzelfde feit reeds een dwangsom had verbeurd.<sup>36</sup> De Hoge Raad casseerde evenwel. De motivering bleef helaas beperkt tot de overweging dat géén sprake was van een uitzonderlijke situatie als bedoeld in het *alcoholslotprogramma*-arrest, waarin twee procedures over een identieke verweten gedraging hun directe oorsprong vonden in hetzelfde feit met sterk gelijkende gevolgen.<sup>37</sup>

#### 4.4 De schorsing van de vergunning

Ook komt het voor dat in een bestuursrechtelijke procedure een schorsing van de vergunning wordt opgelegd en daarnaast een strafrechtelijke procedure wordt gestart.

34 HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434. Het arrest van het hof is, voor zover ons bekend, niet gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

35 HR 20 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7078.

36 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:349.

37 HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122.

In de zaak waarover de Hoge Raad op 12 juni 2018 uitspraak deed, ging het om het volgende. De verdachte, eigenaar van een vissersvaartuig, werd kort gezegd verweten dat zij had gevestigd met netten met kleinere mazen dan toegestaan. Daarmee had zij ook (te) jonge vis gevangen, hetgeen nadelig is voor de visbestanden. Ter compensatie van de gevolgen van deze overtreding werd de visvergunning van verdachte voor een periode van vier weken geschorst. Het Gerechtshof Amsterdam toetste aan de Engel-criteria en stond met name stil bij de aard en zwaarte van de sanctie. Het hof onderkende dat de schorsing van de vergunning tot doel had om de gevolgen die de overtreding in het leven hadden geroepen te compenseren. De schorsing had echter tot een aanzienlijke verslechtering van de financiële positie van de verdachte geleid, aangezien zij daardoor meer dan EUR 88.000 aan inkomsten was misgelopen. Volgens het hof kwalificeert de schorsing van de visvergunning als een 'criminal charge'. Het hof oordeelde (kennelijk op grond van artikel 50 van het Handvest) dat de strafrechtelijke vervolging dan ook een ontoelaatbare dubbele vervolging was en verklaarde het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk. Ook in deze zaak heeft de Hoge Raad het oordeel van het hof vernietigd. De omstandigheid dat de verdachte de hiervoor genoemde inkomsten is misgelopen, is niet van dien aard dat de schorsing niettemin – dat wil zeggen: ongeacht het reparatoire doel van de schorsing – te gelden heeft als een 'criminal charge'.<sup>38</sup>

#### 4.5 Strafrechtelijke vervolging na randvoorwaardenkorting op subsidie

Uit de jurisprudentie blijkt dat het meermalen voorkomt dat een verdachte wordt vervolgd voor een overtreding, waarvoor deze tevens een randvoorwaardenkorting<sup>39</sup> op zijn subsidie had gekregen. Na diverse uitspraken waarbij gerechtshoven tot wisselende uitkomsten kwamen,<sup>40</sup> heeft de Hoge Raad zich over deze vraag gebogen en geoordeeld dat in die situatie van strijd met het *ne bis in idem*-beginsel geen sprake is. De aan de verdachte opgelegde randvoorwaardenkorting kan volgens de Hoge Raad niet worden aangemerkt als een veroordeling voor een strafbaar feit in de zin van artikel 50 van het Handvest. De Hoge Raad overwoog kortweg dat (i.) de betreffende randvoorwaardenkorting in de van toepassing zijnde verordeningen niet wordt aangemerkt als strafrechtelijk van aard; (ii.) dergelijke sancties slechts tot gevolg hebben dat de betrokkene de aanspraak op een subsidie verliest, waar hij als vrije marktdeelnemer een beroep op doet; en (iii.) het doel van de opgelegde sancties niet re-

38 HR 12 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:901. Het arrest van het hof is, voor zover ons bekend, niet gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

39 Agrariërs kunnen op grond van het Gemeenschappelijk landbouwbeleid ("GLB") verschillende Europese subsidies aanvragen. De subsidieaanvrager moet zich houden aan bepaalde voorwaarden. Indien dat niet gebeurt, wordt de aanvrager gekort op zijn inkomenssteun. Dat heet een randvoorwaardenkorting.

40 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:375 (OM ontvankelijk); Gerechtshof Den Haag 9 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3447 (OM ontvankelijk); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2015 (OM niet-ontvankelijk, hiertegen werd cassatie ingesteld, resulterend in HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:241).

pressief is, maar strekt tot het bevorderen van de naleving van de aan de steunregeling verbonden voorwaarden.<sup>41</sup>

#### 4.6 *Strafmaatverweer*

Als strafmaatverweer slaagt een beroep op een reeds opgelegde bestuurlijke herstelsanctie vaak wel. In haar uitspraak van 8 september 2014 hield de Rechtbank Midden-Nederland bij de strafoplegging ten voordele van de verdachte rekening met de last onder dwangsom die vanwege diverse overtredingen van milieuwetgeving aan de verdachte was opgelegd.<sup>42</sup> Ook het Gerechtshof Arnhem nam bij de strafmotivering in aanmerking dat de verdachte al 'een hoog bedrag' aan dwangsommen had betaald.<sup>43</sup>

Ook de Rechtbank Overijssel betrok bij de strafoplegging aan een rechtspersoon en haar feitelijk leidinggever de eerder reeds verbeurde dwangsommen. Aan de natuurlijke persoon werd uiteindelijk slechts een voorwaardelijke taakstraf opgelegd.<sup>44</sup> In hoger beroep achtte het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden deze straf passend en geboden, mede gelet op de reeds verbeurde dwangsommen.<sup>45</sup>

Deze werkwijze wordt gesanctioneerd door de Hoge Raad, die in het hiervoor genoemde arrest over het taxivervoer zonder vergunning overweegt dat niets eraan in de weg staat dat de strafrechter – wanneer hij daartoe aanleiding ziet – het verbeuren van een dwangsom als relevante omstandigheid bij de strafoplegging betreft.<sup>46</sup>

## 5. Conclusie

Uit de hiervoor aangehaalde jurisprudentie blijkt dat een beroep op het *ne bis in idem*-beginsel door de verdediging vaak teleurstellend uitpakt. Bij handhaving van het milieurecht, staat dit beginsel niet vaak aan cumulatie van sancties in de weg. Daaraan ligt ten grondslag dat de vele sanctiemodaliteiten die het bestuursrecht kent een reparatoir karakter hebben, waardoor geen sprake is van een 'criminal charge' en daardoor ook geen sprake is van 'dubbele bestrafing'.

Bij cumulatie van herstelsancties geldt wel het evenredigheidsbeginsel, zodat ook bij de oplegging van herstelsancties de rechter zal moeten beoordelen of sprake is van bijzondere omstandigheden, die dienen te leiden tot matiging (zoals de financiële situatie van de overtreder en samenloop van verschillende herstelsancties). Het past bij een behoorlijk handelend bestuursorgaan om bij cumulatie van sancties – ook buiten de rechter om – met de betrokkene te zoeken naar een meer evenredige sanctietoepassing.

Bij oplegging van een punitieve sanctie na eerder opgelegde herstelsancties, dienen de eerder ingezette handhavingsacties bij de beoordeling te worden betrokken. Dat zal in de regel een matigend effect hebben op de op te leggen bestuurlijke boete of straf. Het is voor de verdediging dus van belang om adequaat in beeld te brengen welke consequenties de betrokkene al heeft ondervonden door eerdere handhavingsacties voor dezelfde overtreding.

Tot slot menen wij dat niet te eenvoudig mag worden geconcludeerd dat een last onder dwangsom niet ook een punitief karakter kan kennen. Dat de last onder dwangsom als herstelsanctie is geduid in de wet en ook als zodanig wordt gekwalificeerd in de Nederlandse jurisprudentie is duidelijk. Wij menen evenwel dat telkens kritisch zal moeten worden bekeken of de aard van de specifiek opgelegde dwangsom wel daadwerkelijk (enkel) herstel betreft of niet toch als 'criminal charge' moet worden aangemerkt. In het bijzonder bij een last onder dwangsom die is opgelegd ter voorkoming van herhaling van overtredingen van een specifiek wetsartikel of vergunningvoorschrift, kan sprake zijn van een sanctie die feitelijk niet is te onderscheiden van een boete waarvoor vooraf wordt gewaarschuwd. Bovendien moet niet uit het oog worden verloren dat het derde Engel-criterium, de zwaarte van de sanctie, óók zelfstandig zou kunnen leiden tot het oordeel dat er sprake is van een 'criminal charge'.

41 HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:241, NJ 2017/289, m.nt. Reijntjes; AB 2017/421 m.nt. Van den Brink & Verboeket, TvAR 2017/5884, NBSTRAF 2017/107 m.nt. Baar, TvAR 2017/14345 m.nt. Verbakel-van Bommel.

42 Rb. Midden-Nederland 8 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3979.

43 Gerechtshof Arnhem 16 september 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN7281.

44 Rb. Overijssel 13 juni 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2489.

45 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8802.

46 HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, r.o. 2.6.