

Weg met alles of niets bij onrechtmatig verkregen bewijs

*Rob Widdershoven**

1. Inleiding

Een van de onderwerpen waarover Peter Wattel in zijn conclusies een radicaal nieuw licht heeft laten schijnen, betreft de consequenties die de fiscale bestuursrechter bij de beoordeling van een bestraffende fiscale boete moet verbinden aan de omstandigheid dat deze gebaseerd is op strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs. Naar geldend recht kent het bestuursrecht in dat geval twee smaken, bewijsuitsluiting of geen consequenties, alles of niets. Diezelfde smaken hanteren de bestuursrechters bij onrechtmatige bewijsvergaring binnen het bestuursrecht.¹ Bewijsuitsluiting is aan de orde als het bewijs is verkregen op een wijze die ‘zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht’.² Aan dit criterium is voldaan als het bewijsgebruik ervan in de bestuursrechtelijke procedure in strijd is met het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM. Andere onregelmatigheden in het strafrechtelijke traject, zoals de schending van het recht op eerbiediging van het privéleven van artikel 8 EVRM, voldoen echter lang niet altijd aan het criterium en hebben veelal geen consequenties.

Deze ‘alles of niets’-benadering is door Peter Wattel fundamenteel ter discussie gesteld in zijn conclusie van 28 mei 2014.³ Daarin verdedigde hij een genuanceerdere benadering, waarin de bestuursrechter – analoog aan de benadering in het strafrecht op grond van artikel 359a WvSv – afhankelijk van diverse factoren zou kunnen opteren voor geen consequentie (nihil), boeteverlaging, bewijsuitsluiting of vernietiging van de boetebeschikking. Destijds was de Hoge Raad niet gevoelig voor dit pleidooi.⁴ De ‘alles of niets’-lijn was niet in strijd met de rechtspraak van

* Prof. dr. R.J.G.M. Widdershoven is als hoogleraar Europees bestuursrecht verbonden aan Renforce, Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe, Universiteit Utrecht. Hij is daarnaast staatsraad/raadsheer advocaat-generaal voor het bestuursrecht. Deze bijdrage is ten dele ontleend aan zijn annotatie onder HvJ EU 2 maart 2021, nr. C746/18 (*Prokuratuur*), ECLI:EU:C:2021:152, in AB 2022/36.

1 Y. Schuurmans, ‘Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het bestuursrecht’, AA 2017, afl. 5, p. 388-399, in het bijzonder p. 391-392. Cf. CRvB 24 januari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BY9361.

2 HR 1 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028.

3 Conclusie van 28 mei 2014, ECLI:NL:PHR:2014:521.

4 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:643, AB 2015/187, m.nt. Stijnen.

het EHRM over artikel 6 EVRM.⁵ Inmiddels zijn we ruim acht jaar verder en heeft ook het Hof van Justitie zich uitgelaten over de consequenties van onrechtmatig verkregen bewijs. Die benadering gaat meer in de richting van de genuanceerde benadering van Wattel dan de ‘alles of niets’-benadering van de Hoge Raad, ook al is die benadering waarschijnlijk niet in strijd met de lijn van het Hof van Justitie. Hierna ga ik eerst in op de opvatting van het Hof van Justitie over de consequenties van onrechtmatig verkregen bewijs, waarbij ik onderscheid maak tussen de situatie tot eind 2020 (par. 2) en de situatie na die datum, omdat het Hof van Justitie in oktober 2020 voor een andere benadering heeft gekozen (par. 3). Daarna ga ik na hoe de huidige EU-lijn zich verhoudt tot de Nederlandse rechtspraak bij bestraffende bestuurlijke sancties (par. 4). Ten slotte keer ik terug naar de conclusie van Wattel, die wellicht ooit toch geldend recht zou kunnen worden (par. 5).

2. De radicale EU-benadering van het Hof van Justitie tot eind 2020

Vóór eind 2020 kwam de kwestie van onrechtmatig verkregen bewijs in de rechtspraak van het Hof van Justitie slechts in een beperkt aantal zaken aan de orde, namelijk in de zaken *WebMindLicenses* en *Dzizev*.⁶ In beide zaken was de bewijsvergaring in strijd met het recht op eerbiediging van het privéleven van artikel 7 Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: Hv) en in beide zaken leek bewijsuitsluiting de reguliere (ook) uit het Unierecht voortvloeiende sanctie in geval van onrechtmatige bewijsvergaring.

In *WebMindLicenses* was aan de orde of in een bestuursrechtelijke procedure in verband met navordering van btw gebruik kon worden gemaakt van bewijs (telefoongesprekken en e-mails) vergaard via telefoontaps in een nog niet afgesloten strafprocedure. In die zaak stelt het Hof van Justitie voorop dat, als de strafrechter over de rechtmatigheid van de vergaring in het licht van artikel 7 Hv nog geen oordeel heeft gegeven in een procedure op tegenspraak, de bestuursrechter deze beoordeling moet verrichten als ware hij strafrechter. Is de bestuursrechter niet bevoegd die beoordeling te verrichten of kan hij zich niet ervan vergewissen of de beoordeling al door de strafrechter is verricht, dan ‘moet hij’ – aldus het Hof van Justitie – ‘deze bewijzen buiten beschouwing laten’ en de erop gebaseerde beslissing ‘nietig verklaren indien zij als gevolg ervan grondslag mist’.⁷ Die uitspraak is om twee redenen opvallend. Ten

5 Het EHRM eist pas bewijsuitsluiting als de procedure door een rechtsschending ‘as a whole’ oneerlijk zou worden en in strijd is met het recht op een eerlijk proces van art. 6 EVRM. Vgl. EHRM 12 juli 1988, NJ 1988/851, m.nt. Alkema (*Schenk/Zwitserland*).

6 HvJ EU 17 december 2015, nr. C-419/14 (*WebMindLicenses*), ECLI:EU:C:2015:832, AB 2016/393, m.nt. Barkhuysen, Van Emmerik & Vervorst, respectievelijk HvJ EU 17 januari 2019, nr. C-310/16 (*Dzizev*), ECLI:EU:C:2019:30.

7 *WebMindLicenses*, punt 91.

eerste omdat het Hof de gevolgen van de met artikel 7 Hv strijdige bewijsvergarig een kwestie van het Unierecht acht, waarbij het nationale recht geen rol lijkt te spelen. In de tweede plaats omdat het Hof zonder nadere motivering kiest voor de toch tamelijk ingrijpende sanctie op onrechtmatige bewijsvergarig van bewijsuitsluiting.

Een tweede zaak waarin de kwestie van onrechtmatig verkregen bewijs aan de orde was, is *Dzizev*. In die zaak oordeelt het Hof van Justitie dat het niet in strijd is met een doeltreffende strafrechtelijke vervolging van inbreuken op de btw-regels dat de nationale rechter bewijs, vergaard door telefoontaps, van de strafprocedure uitsluit omdat de op grond van het nationale (Bulgaarse) recht vereiste toestemming voor die taps was gegeven door een onbevoegde rechter. Het Hof komt tot dit oordeel omdat bewijsuitsluiting uitdrukking zou geven aan de EU-beginselen van legaliteit en rechtsstaat op grond waarvan sanctiebevoegdheden niet buiten de wettelijke grenzen kunnen worden uitgeoefend.⁸ Bovendien geeft de uitsluiting ook uitdrukking aan artikel 7 Hv, een fundamenteel recht dat weliswaar beperkt kan worden, maar alleen als de beperking 'bij wet is vastgesteld' (cf. artikel 52 lid 1 Hv). Dat laatste is bij toestemming van een onbevoegde rechter niet het geval.⁹ Aldus leidt de onrechtmatige bewijsvergarig in *Dzizev*, evenals in *WebMindLicenses*, tot bewijsuitsluiting. Dit gevolg wordt in die zaak voorgeschreven door het nationaal recht, maar het Hof van Justitie acht die nationale consequentie aanvaardbaar omdat zij ook zou voortvloeien uit de EU-beginselen van rechtsstaat en legaliteit en uit het recht op het privéleven van artikel 7 Hv.

3. Procedurele autonomie en gevarieerde consequenties

In oktober 2020 slaat het Hof van Justitie een andere weg in in de zaak *La Quadrature du Net*,¹⁰ een lijn die uitvoeriger gemotiveerd wordt bevestigd in de zaak *Prokuratuur* en sindsdien vaste rechtspraak is.¹¹ In beide zaken oordeelt het Hof dat artikel 15 lid 1 e-Privacyrichtlijn,¹² in het licht van onder meer artikel 7 en 8 Hv, zich verzet tegen een nationale regeling die het mogelijk maakt om aan justitiële autoriteiten met het oog op het opsporen en vervolgen van strafbare feiten toegang te verlenen tot verkeers- of locatiegegevens van een elektronisch communicatiemiddel van een persoon als die toegang niet is beperkt tot procedures ter

⁸ *Dzizev*, punt 34-35.

⁹ *Dzizev*, punt 36-37.

¹⁰ HvJ EU 6 oktober 2020, nr. C511-512/18 en C520/18 (*La Quadrature du Net*), ECLI:EU:C:2020:791.

¹¹ HvJ EU 2 maart 2021, nr. C746/18 (*Prokuratuur*), ECLI:EU:C:2021:152, AB 2022/36, m.nt. Widdershoven. Zie voor een recente toepassing van de lijn HvJ EU 5 april 2022, nr. C140/20 (*G.D.*), ECLI:EU:C:2022:258.

¹² Richtlijn 2002/58/EG betreffende privacy en elektronische communicatie.

bestrijding van zware criminaliteit. Bovendien moet de doorgifte van de gegevens aan de justitiële autoriteiten worden onderworpen aan een preventieve toets door een rechterlijke instantie of een onafhankelijke bestuurlijke entiteit. Vervolgens is het de vraag welke consequenties de schending van artikel 7 en 8 Hv moet hebben voor de vervolging en bestraffing van niet-zware delicten, waarbij gebruik is gemaakt van de in strijd met artikel 7 Hv doorgegeven verkeers- en locatiegegevens. Moet dit onrechtmatig verkregen bewijs worden uitgesloten, wat kan betekenen dat die delicten niet kunnen worden vervolgd of bestraft? Of kan de lidstaat met een andere, minder ingrijpende consequentie volstaan?

In de zaken stelt het Hof van Justitie voorop dat het bij gebreke van regels van Unierecht ter zake van deze consequenties, het (...)

“(...) aan de nationale rechtsorde van elke lidstaat om, overeenkomstig het beginsel van procedurele autonomie, de procedurele regelingen voor gerechtelijke procedures vast te stellen ter vrijwaring van de rechten die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontleen, op voorwaarde evenwel dat zij niet minder gunstig zijn dan die welke gelden voor soortgelijke situaties die onder het nationale recht vallen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en dat zij de uitoefening van de door het recht van de Unie verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).”¹³

Anders dan in de hiervoor in paragraaf 2 vermelde rechtspraak, zijn de gevolgen van de met het Unierecht strijdige bewijsvergaring niet langer (mede) een vraag van Unierecht, maar behoort deze kwestie tot de procedurele autonomie van de lidstaat, begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Vervolgens gaat het Hof in op de betekenis die het beginsel van doeltreffendheid in dit kader kan hebben. Daarbij herinnert het eraan dat (...)

“(...) de nationale regels inzake aanvaarding en gebruik van informatie en bewijzen tot doel hebben om in overeenstemming met de in het nationale recht gemaakte keuzen te voorkomen dat onrechtmatig verkregen informatie en bewijzen ongerechtvaardigd nadeel toebrengen aan een persoon die ervan wordt verdacht strafbare feiten te hebben gepleegd. Dit doel kan volgens het nationale recht niet alleen worden bereikt door een verbod op het gebruik van dergelijke informatie en bewijselementen, maar ook door nationale regels en praktijken met betrekking tot de beoordeling en de weging van de informatie en de bewijzen, of door de inaanmerkingneming van het onrechtmatige karakter ervan bij de straftoemeting.”¹⁴

Aldus zet het Hof van Justitie de deur open voor nationale minder ingrijpende consequenties van onrechtmatige bewijsvergaring dan bewijsuitsluiting, in het bijzonder het verdisconteren ervan in de bewijswaardering of de straftoemeting. Ook met

¹³ La Quadrature du Net e.a., punt 223; Prokuratuur, punt 42.

¹⁴ La Quadrature du Net e.a., punt 225; Prokuratuur, punt 43.

deze sancties kan immers worden voorkomen dat onrechtmatig verkregen bewijs ‘ongerechtvaardigd nadeel toebrengt’ aan de verdachte.

Uit het vervolg van de uitspraak blijkt dat het beginsel van doeltreffendheid ook grenzen stelt aan de toepassing van het nationaal bewijsrecht. Meer in het bijzonder moet volgens het Hof van Justitie bij de beoordeling of bepaald bewijs dat in strijd met het Unierecht is verkregen worden uitgesloten, worden nagegaan of aanvaarding van dat bewijs ‘schending van het beginsel van hoor en wederhoor en dus ook van het recht op een eerlijk proces tot gevolg kan hebben’.¹⁵ In dat verband stelt het Hof van Justitie:

“Bijgevolg brengt het doeltreffendheidsbeginsel voor de nationale strafrechter de verplichting mee om informatie en bewijzen die door middel van een met het Unierecht onverenigbare algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens dan wel via toegang daartoe door de bevoegde instantie in strijd met dit recht zijn verkregen, in het kader van een strafrechtelijke procedure tegen personen die worden verdacht van strafbare handelingen buiten beschouwing te laten indien die personen niet in de gelegenheid zijn om doeltreffend commentaar te leveren op die informatie en die bewijzen, die betrekking hebben op een gebied waarvan de rechter geen kennis heeft en een doorslaggevende invloed kunnen hebben op de beoordeling van de feiten.”¹⁶

Uit het voorgaande blijkt dat het Hof van Justitie in beginsel een variëteit aan nationale sancties toestaat in geval van met het Unierecht strijdige bewijsvergaring. Behalve tot bewijsuitsluiting kan die strijdigheid bijvoorbeeld ook worden verdisconteerd in de bewijswaardering of in de straftoemeting. De sanctie van bewijsuitsluiting is op grond van het Unierecht wel noodzakelijk als de verdachte niet in de gelegenheid is om een doeltreffend commentaar te leveren op de onrechtmatig vergaarde gegevens. Aanvaarding van het bewijs zou in dat geval immers in strijd zijn met het beginsel van hoor en wederhoor en dus met het recht op een eerlijk proces van artikel 47 lid 2 Hv.

De enkele schending van artikel 7 Hv hoeft volgens het Hof van Justitie echter niet tot bewijsuitsluiting te leiden, maar kan ook minder ingrijpende consequenties hebben, zoals het verdisconteren ervan in de bewijswaardering of in de straftoemeting. Minder duidelijk is of het nationale recht ook ervoor kan kiezen dat de schending geen enkele consequentie heeft. Begrijp ik het Hof van Justitie goed, dan gaat dat ervan uit dat een schending van een fundamenteel recht als artikel 7 EVRM naar nationaal recht wel enigerlei consequentie moet hebben. Dit lijkt mij ook nodig om te voorkomen dat onrechtmatig verkregen bewijs ‘ongerechtvaardigd nadeel toebrengt’ aan de verdachte. Echt stellig op dit punt is het Hof van Justitie echter niet.

¹⁵ La Quadrature du Net e.a., punt 226; Prokuratuur, punt 44.

¹⁶ La Quadrature du Net e.a., punt 227; Prokuratuur, punt 44.

4. Huidige gevolgen van onrechtmatig verkregen bewijs in het bestraffend bestuursrecht

In deze paragraaf ga ik na welke gevolgen onrechtmatig verkregen bewijs in het bestraffend bestuursrecht in Nederland heeft en hoe deze gevolgen zich verhouden tot de benadering van het Hof van Justitie in de zaken *La Quadrature du Net en Prokuratuur*.¹⁷ Die benadering heeft weliswaar betrekking op strafrechtelijk sancties, maar geldt volgens mij ook voor bestraffende bestuurlijke sancties of – in EU-terminen – bestuurlijke sancties van strafrechtelijke aard. Evenals het EHRM behandelt het Hof van Justitie dergelijke sancties, in het bijzonder de bestuurlijke boete, qua waarborgen immers gelijk met ‘echte’ strafsancities. Daarom zijn de ‘strafrechtelijke’ waarborgen van artikel 47 t/m 50 Hv ook van toepassing op de bestuurlijke boete. Voor het op artikel 47 en 48 lid 2 Hv gebaseerde zwijgrecht blijkt dat uit de zaak *DB v. Consob*.¹⁸ Voor het vereiste van evenredigheid van straffen van artikel 49 lid 3 Hv komt dit onder meer naar voren in *NE v. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*.¹⁹ Dat het beginsel van ne bis in idem van artikel 50 Hv ook geldt voor bestuurlijke boetes ziet men bijvoorbeeld in de zaken *Menci* en *bPost*.²⁰ Gelet hierop ligt het mijns inziens voor de hand dat de in het kader van strafsancities ontwikkelde benadering van het Hof van Justitie van onrechtmatig verkregen bewijs ook van toepassing is op de bestuurlijke boete.

Het bestraffend bestuursrecht kent in geval van onrechtmatig verkregen bewijs twee smaken, bewijsuitsluiting of geen consequentie. Strafvermindering wordt door bestuursrechters niet toegepast. Bewijsuitsluiting is, als gezegd, aan de orde als het bewijs is verkregen op een wijze die ‘zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht’ (hierna: ‘zozeer indruist’-criterium). Dit criterium is in 1992 geïntroduceerd door de belastingkamer van de Hoge Raad voor strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs,²¹ en is daarna overgenomen door de andere hoogste bestuursrechters.²² Het wordt door hen inmiddels niet al-

17 De benadering van het Hof van Justitie is op zich alleen bindend voor de lidstaten als zij handelen binnen de ‘werkingssfeer van het Unierecht’. Die reikwijdte is inmiddels echter zo omvangrijk dat het om redenen van rechtseenheid voor lidstaten veelal verstandig is de EU-benadering ook buiten het EU-terrein toe te passen. Vgl. Rob Widdershoven, ‘Vrijwillige adoptie van Unierechtelijke beginselen en concepten in het Nederlands algemeen bestuursrecht’, in: Nik den Boer e.a. (red.), *Liber amicorum Besselink*, Universiteit van Amsterdam (2021), p. 165-182.

18 HvJ EU 2 februari 2021, nr. C-481/19 (*DB v. Consob*), ECLI:EU:C:2021:84, AB 2021/139, m.nt. Stijnen.

19 HvJ EU 8 maart 2022, nr. C-205/20 (*NE v. Bezirkshauptmannschaft*), ECLI:EU:C:2022:168.

20 HvJ EU 20 maart 2018, nr. C-524/15 (*Menci*), ECLI:EU:C:2018:197; HvJ EU 22 maart 2022, nr. C117/20 (*bPost v. Belgische Mededingingsautoriteit*), ECLI:EU:C:2022:202.

21 HR 1 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028; HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:643.

22 CRvB 28 november 1995, *JB* 1995/329; CRvB 26 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ5597; ABRvS 4 februari 2000, ECLI:NL:RVS:AA4965; Cbb 26 april 2012, ECLI:NL:CBB:BW6727.

leen gebruikt in geval van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs, maar ook bij bewijs dat binnen het bestuursrecht onrechtmatig is verkregen.²³

In geval van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs is aan dit criterium alleen voldaan bij zeer grove rechtsschendingen, waarbij het bewijsgebruik in de bestuursrechtelijke procedure in strijd zou zijn met het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM.²⁴ Deze bewijsuitsluiting is conform de benadering van het Hof van Justitie in *La Quadrature du Net* en *Prokuratuur*. Schending van artikel 8 EVRM of artikel 7 Hv, bijvoorbeeld in het kader van een strafrechtelijke huiszoeking, leidt bij de bestuursrechter als regel niet tot uitsluiting van het bewijs en evenmin tot een lagere straf. Dit staat wellicht op gespannen voet met de benadering van het Hof van Justitie in *La Quadrature du Net* en *Prokuratuur*. Het Hof lijkt er immers van uit te gaan dat die schending wel enigerlei gevolgen moet kunnen hebben (par. 3), ook al hoeft dat geen bewijsuitsluiting te zijn, maar kan die onrechtmatigheid ook worden verdisconteerd in de bewijswaardering of straftoemeting.

Binnen het bestuursrecht passen de bestuursrechters het ‘zoeer indruist’-criterium strenger toe.²⁵ Overeenkomstig de benadering van het Hof van Justitie in *La Quadrature du Net* en *Prokuratuur* is aan het criterium voldaan en moet het bewijs dus worden uitgesloten als de bewijsgaring in het bestuursrechtelijk nalevingstoezicht strijdig is met artikel 6 EVRM. Dat is bijvoorbeeld het geval als de cautieverplichting van artikel 5:10a Awb is geschonden,²⁶ en in algemene zin als betrokkene wilsafhankelijke informatie heeft verstrekt onder dwang van de medewerkingsplicht van artikel 5:20 lid 1 Awb.²⁷ Bewijsuitsluiting wordt door de bestuursrechter ook vaak gehanteerd in het geval van schending van artikel 8 EVRM bij het verrichten van een huisbezoek, althans als er voor zo’n bezoek geen ‘redelijke grond’ bestond.²⁸ Om te kwalificeren als ‘redelijke grond’ moet voor of uiterlijk bij aanvang van het huisbezoek duidelijk zijn:

*“(…) dát en op grond van welke concrete objectieve feiten en omstandigheden redelijkerwijs kan worden getwijfeld aan de juistheid of volledigheid van de door de betrokkene verstrekte gegevens (...) en het bijstandverlenend orgaan deze gegevens niet op een andere effectieve en voor betrokkene minder belastende wijze kan verifiëren.”*²⁹

23 Vgl. Conclusie van 28 mei 2014, ECLI:NL:PHR:2014:521, punt 9.6; Schuurmans 2017, p. 391-394.

24 Bijv. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640; HR 8 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2144.

Zie ook HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:643, punt 2.5.1.

25 Schuurmans 2017, p. 392.

26 CRvB 21 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2451.

27 ABRvS 27 juni 2018 (grote kamer), ECLI:NL:RVS:2018:2115.

28 CRvB 13 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4756.

29 CRvB 13 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4756, punt 4.7.

Wordt niet aan deze eis voldaan, dan wordt het bij het huisbezoek vergaarde bewijs wegens strijd met artikel 8 EVRM uitgesloten. Die consequentie wordt niet toegepast als alleen de – ook uit artikel 8 EVRM afgeleide – eis van ‘*informed consent*’ is geschonden, terwijl er wel een redelijke grond voor het bezoek bestond.³⁰ In de ‘alles of niets’-benadering van de Nederlandse bestuursrechters leidt deze schending dus tot niets. De hier geschetste lijn is deels (in geval van bewijsuitsluiting) strenger dan de maatstaf van het Hof van Justitie, maar voor een ander deel (in geval van geen consequenties) wellicht minder streng. Ten slotte wordt bewijsuitsluiting ook soms toegepast als in het fraudeonderzoek het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet is geschonden omdat daarbinnen is gewerkt met risicoprofielen waarin onderscheid is gemaakt naar huidskleur of etniciteit.³¹

5. Variatie à la Wattel

Gelet op het voorgaande kan de vraag worden opgeworpen of het Nederlands bestraffend bestuursrecht geen behoefte heeft aan een gevarieerder sanctiepalet in geval van onrechtmatig verkregen bewijs. Dat zou goed passen in de benadering van het Hof van Justitie in *La Quadrature du Net* en *Prokuratuur*, ook al wordt zo’n palet daarin niet keihard voorgeschreven. Enige variatie zou ook nuttig zijn voor vergaringschendingen die niet zo ernstig zijn dat artikel 6 EVRM in het geding is, maar wel een consequentie verdienen omdat zij ongerechtvaardigd nadeel kunnen toebrengen aan betrokken personen. In het nu geldende ‘alles of niets’-systeem wordt door de bestuursrechter aan onrechtmatige bewijsvergaring in de strafrechtketen vrijwel nooit een consequentie verbonden. Voor onrechtmatigheden in de bestuursrechtketen ligt dat anders, maar ontsnappen schendingen van ook fundamentele rechten soms toch aan een sanctie, omdat bewijsuitsluiting te zwaar is en het bestuursrecht geen minder zware sanctie kent.

Met de hiervoor opgeworpen vraag zijn we terug bij Peter Wattel die invoering van een meer gevarieerd sanctiepalet bij onrechtmatig verkregen bewijs in het bestraffend bestuursrecht al adviseerde in 2014,³² diverse jaren voordat het Hof van Justitie zich over deze problematiek zou uitlaten. In die conclusie keert hij zich tegen de ongenueanceerde ‘alles of niets’-benadering met toepassing van het ‘zo-zeer indruist’-criterium in het fiscale bestuursrecht en zoekt hij aansluiting bij het sanctiepalet dat op grond van artikel 359a WvSv aan de strafrechter ter beschikking staat. Volgens die bepaling kan de strafrechter bij onherstelbare vormfouten in het vooronderzoek, afhankelijk van het belang van het geschonden voorschrift, de

30 CRvB 14 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4477; CRvB 13 december 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4756, punt 4.9.

31 ABRvS 9 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1723; CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1228.

32 Conclusie van 28 mei 2014, ECLI:NL:PHR:2014:521. Deze conclusie betreft ook de rechtsgevolgen van onrechtmatige bewijsgaring voor de belastingaanslag. Dat punt laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

ernst van het verzuim en het veroorzaakte nadeel, geen enkel rechtsgevolg aan het verzuim verbinden,³³ de hoogte van de straf verlagen, het bewijs uitsluiten of het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaren.³⁴ In zijn conclusie vertaalt Wattel deze sancties als volgt naar het bestraffend bestuursrecht: geen rechtsgevolg, boeteverlaging, bewijsuitsluiting en vernietiging van de boetebeschikking.³⁵ De vernietiging is het alternatief voor de niet-ontvankelijkverklaring van het Openbaar Ministerie die in het bestuursrecht niet mogelijk is. Welke van deze rechtsgevolgen in een concreet geval van onrechtmatige bewijsvergaring wordt toegepast, is afhankelijk van diverse factoren, zoals het belang van het geschonden beginsel, de ernst van de onbehoorlijkheid, de mate van verwijtbaarheid, het nadeel dat daardoor is veroorzaakt en in hoeverre belanghebbenden daadwerkelijk zijn geschaad.³⁶ Destijds was de Hoge Raad niet gevoelig voor het pleidooi van Wattel. De Hoge Raad hield vast aan 'de zeer terughoudende uitsluiting van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs in belastingzaken', in gevallen waarin artikel 6 EVRM daar niet toe dwingt, en vond die terughoudendheid 'op een nog steeds adequate wijze tot uitdrukking komen in het "zozeer indruist"-criterium'.³⁷ Aan meer nuancering had hij daarom geen behoefte. De opvatting van het Hof van Justitie in de zaken *La Quadrature du Net* en *Prokuratuur* – en het meer genuanceerde sanctiepalet bij onrechtmatige bewijsvergaring dat daarin wordt gesuggereerd – zou aanleiding kunnen zijn om de afwijzing van Wattels pleidooi nog eens tegen het licht te houden. Een meer genuanceerd sanctiepalet kan ook nuttig zijn in verband met het pleidooi van Barkhuysen en Van Emmerik om de rechterlijke sancties op schendingen van materiële en formele waarborgen door het bestuur bij de inzet van repressieve instrumenten te verscherpen.³⁸ Dit ter voorkoming van 'deresponsabel' bestuur,³⁹ bestuur dat wettelijke voorschriften steeds minder vaak naleeft omdat de rechter schendingen toch vrijwel altijd door de vingers ziet. Wat betreft rechterlijke sancties denken zij daarbij vooral aan bewijsuitsluiting, maar die sanctie kan voor sommige schendingen te zwaar zijn. Om de rechter dan niet met lege handen te

33 Dat de rechter ook geen enkel rechtsgevolg aan het verzuim kan verbinden, vloeit voort uit de omstandigheid dat art. 359a WvSv een bevoegdheid verleent om rechtsgevolgen aan een verzuim te verbinden, geen verplichting daartoe oplegt. Cf. reeds HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533 (*Afvoerprijs*), punt. 3.5.

34 Vgl. voor de toepassing van deze sancties HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321 (*onbevoegde hulpofficier*); HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1890 (verzamelarrest).

35 Conclusie van 28 mei 2014, ECLI:NL:PHR:2014:521, punt 10.21-10.25.

36 Conclusie van 28 mei 2014, ECLI:NL:PHR:2014:521, punt 11.14.

37 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:643, punt 2.5.3.

38 Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik, 'De repressieve samenleving en het bestuursrecht: worstelend op zoek naar een betere balans tussen wetteloosheid en rechteloosheid', in: *De repressieve samenleving vanuit civielrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk perspectief*, Handelingen NJV, 150e jaargang/2022, Wolter-Kluwer 2022, p. 95-189, i.h.b. p. 180.

39 Tom Barkhuysen, 'Nieuw procesrecht en "deresponsabel" bestuur', *NJB* 2013/2404.

laten staan, is een meer genuanceerd palet, dat in elk geval ook strafvermindering omvat, mijns inziens wenselijk.

6. Slot

Breed georiënteerd, degelijk, zeer innovatief en zelfs revolutionair.⁴⁰ Die eigenschappen zijn kenmerkend voor de conclusies en het andere wetenschappelijk werk van Peter Wattel. Hij is een van de weinige juristen – misschien wel de enige – die op hoog niveau fiscaal recht, bestuursrecht, civiel recht, strafrecht, EU-recht en EVRM combineert. Zijn conclusies zijn vaak kleine dissertaties, die een heel nieuw licht op de problemen werpen.

Omdat hij vaak op de troepen vooruitloopt, worden zijn conclusies aanvankelijk niet altijd overgenomen. Zelden zijn ze daarmee definitief van de baan. Zij worden herontdekt door andere wetenschappers of collega advocaten-generaal. In deze bijdrage betrof dat zijn conclusie uit 2014 over de rechtsgevolgen van onrechtmatig verkregen bewijs.⁴¹ Daarin adviseerde hij de Hoge Raad om onder meer in het punitief bestuursrecht voor een genuanceerdere benadering te kiezen dan de ‘alles of niets’-lijn die men sinds 1992 heeft toegepast. Dat advies werd destijds door de Hoge Raad niet gevolgd, maar past goed in de lijn die het Hof van Justitie inmiddels bij dit thema heeft ingezet. Het zal nog even duren, maar uiteindelijk, denk ik, haalt Peter ook op dit onderwerp zijn gelijk. ‘Alles of niets’ is immers niet meer van deze tijd.

Mocht dat toch niet gebeuren, dan vindt hij dat volgens mij niet heel erg. Hij heeft de rechters en anderen aan het denken gezet en alleen dat is al de moeite meer dan waard. Peter, dat laatste is een belangrijke les die ik van jou heb geleerd. Bovendien kun jij als geen andere een weerbarstige materie smakelijk opdienen. Van dat laatste kunnen we de komende jaren overigens nog genoeg genieten als je nieuwe conclusies schrijft. Want qua wetenschap markeert deze bundel wellicht jouw zwanenzang, wat betreft (staatsraad, raadsheer) advocaat-generaal zijn we nog lang niet van je af.

⁴⁰ Dat laatste volgens Tijn Kortmann, ‘Evenredigheid nieuwe stijl, woordenspel of cultuuromslag?’, *NTB* 2022/70.

⁴¹ Conclusie van 28 mei 2014, ECLI:NL:PHR:2014:521.