

Vergaderjaar 1998–1999

26 472

Wijziging van de Tabakswet

B

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 20 oktober 1998 en het nader rapport d.d. 6 april 1999, aangeboden aan de Koningin door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 9 juli 1998, no. 98.003516, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting tot wijziging van de Tabakswet.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 9 juli 1998, nr. 98.003516, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 20 oktober 1998, no. W13.98.0299, bied ik U hierbij aan.

De Raad van State heeft een aantal opmerkingen gemaakt, waarop ik hierna puntsgewijs inga.

1. De centrale doelstelling van het wetsvoorstel is blijkens de memorie van toelichting (Algemeen, Hoofdelementen van het wetsvoorstel) het bewerkstelligen van een verlaging van het percentage rokers. De voorgestelde maatregelen zijn gericht op bescherming van de jeugd via nieuwe grondslagen voor reclamebeperking, meer verkoopverboden en introductie van een leeftijds-grens van 18 jaar als wettelijke minimum-consumentenleeftijdsgrens voor de verkoop van tabaksproducten. Daarnaast zien de maatregelen op bescherming van de niet-roker via aanscherping, uitbreiding en sanctionering van rookverboden.

De Raad van State constateert dat de voorgestelde maatregelen verder gaan dan nodig is voor de bescherming van de jeugd. De uitbreiding van bijvoorbeeld verkoopverboden raakt ook volwassenen.

Dat roken schadelijk is voor de gezondheid van rokers en niet-rokers staat buiten kijf; met rookverboden wordt inmiddels gestreefd naar beperking en voorkoming van schade. Dit laat echter onverlet dat de inzet van wettelijke verkoopverboden om mensen tot gezond gedrag te brengen vragen oproept omtrent zodanig overheidsoptreden. De Raad mist in de toelichting een uiteenzetting omtrent de overwegingen van algemeen belang die de voorgestelde beperking van verkooppunten rechtvaardigen alsmede een motivering omtrent de doeltreffendheid daarvan.

De beantwoording van deze vraag klemt temeer omdat de ervaringen op de terreinen van alcoholgebruik en kansspelen aantonen dat handhaving van de in te voeren instrumenten te wensen overlaat. Dit geldt evenzo op het terrein

van het drugsgebruik, op welk terrein de richtlijn van de procureurs-generaal, ingevolge welke richtlijn voor de toegang tot coffeeshops een minimum-consumentenleeftijdsgrens van 18 jaar geldt, tot op heden nog geen daadwerkelijk effect heeft gehad. Gelet op de vele in het wetsvoorstel opgenomen regelingen en mogelijkheden tot regelgeving, acht de Raad het risico dat deze regels niet zullen worden nageleefd aanzienlijk en wenst de Raad te benadrukken dat naast het hanteren van het ontmoedigingsbeleid een grote bestuurlijke en justitiële inzet tot handhaving noodzakelijk zal zijn om te voorkomen dat de regels van dit wetsvoorstel en de eventuele uitvoeringsregels in de praktijk niet zullen worden nageleefd.

1. De Raad stelt terecht vast dat de voorgestelde maatregelen verder gaan dan voor de bescherming van de jeugd strikt nodig is. Zoals in de considerans is aangegeven, gaat het inderdaad om ontmoediging van het roken in het algemeen, zij het dat de inspanningen vooral zijn gericht op preventie onder minderjarigen.

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Raad omtrent de overwegingen van algemeen belang met betrekking tot de voorgestelde wettelijke verkoopbeperkingen is niet besloten de memorie van toelichting (Algemeen, Hoofdelementen van het wetsvoorstel) aan te scherpen met een nadere uiteenzetting. Naar mijn stellige overtuiging is alleen al het feit dat er elk jaar ruim 30 000 mensen sterven aan de gevolgen van het gebruik van tabaksproducten, waarmee roken in onze samenleving veruit doodsoorzaak één is, voldoende reden om geen enkel beleidsinstrument onbenut te laten bij het pogen te voorkomen dat kinderen gaan roken en rokers verslaafd blijven. Het is vanuit dit perspectief dat ik wettelijke verkoopbeperkingen voorstel. Ook de motivering van de doeltreffendheid daarvan is naar mijn mening voldoende. Daarnaast zal aan het «Handhavingsplan consumentenleeftijdsgrenzen alcohol, tabak en kanspelautomaten» (kamerstukken II, 1997–1998, 25 984, nr.1) een uitvoeringsarrangement worden toegevoegd. Daarin zal de bijdrage van en rolverdeling tussen de betrokken toezichthoudende instanties duidelijk worden vastgelegd, ten einde de spontane naleving, het toezicht daarop en de opsporing van overtredingen ter zake – kortom de handhaving als geheel – te optimaliseren.

2. *In het voorgestelde artikel 1 van de Tabakswet wordt een aantal begripsbepalingen toegevoegd. Onderdeel c van dit artikel omschrijft «bijlage» als: de bijlage bij deze wet. Ingevolge de toelichting op artikel 1 zou de bijlage echter bij algemene maatregel van bestuur worden vastgesteld. Het voorgestelde artikel 11b, eerste lid, bepaalt voorts dat bij algemene maatregel van bestuur een bijlage inzake overtredingen en boeten als bedoeld in artikel 1, onderdelen c, d en e wordt vastgesteld. In de toelichting wordt echter ook aangegeven dat de overtredingen bestuursrechtelijk worden afgedaan volgens de bij de wet gevoegde bijlage en dat tussen de inspectie gezondheidsbescherming en het openbaar ministerie een interne tarievenlijst is ontwikkeld die als basis voor de bijlage heeft gediend (Algemeen, Het systeem van boete-oplegging, derde alinea). In de toelichting op het voorgestelde artikel 11c, tweede lid, wordt in aansluiting hierop vermeld dat de wijziging van de bijlage op een meer pragmatische wijze zou moeten kunnen geschieden dan door formele wetswijziging en daarom is voorzien in een wijziging bij algemene maatregel van bestuur. De verschillende artikelen alsmede de toelichting daarop stemmen op dit punt niet overeen.*

De Raad adviseert hierin verbetering te brengen.

2. Ingevolge het advies van de Raad is verbetering gebracht in de verschillende artikelen met betrekking tot de bijlage inzake bestuurlijke boetes, alsmede de toelichting daarop, ten einde een en ander op dit punt geheel met elkaar overeen te laten stemmen.

3. *Ingevolge het voorgestelde artikel 7, eerste lid, zal het in een groot aantal instellingen verboden zijn bedrijfsmatig of anders dan om niet tabaksproducten te verstrekken of met dat doel aanwezig te hebben.*

Het artikellid gelezen in samenhang met de toelichting roept vragen op met betrekking tot de reikwijdte. Enerzijds spreekt de toelichting over «voor het publiek toegankelijke en voor het gemeenschappelijk gebruik bestemde ruimten». Anderzijds omvat de tekst van artikel 7, eerste lid, vele ruimten die

bepaald niet voor het publiek toegankelijk zijn zoals kazernes, schepen van de Koninklijke Marine en gevangenissen.

De Raad betwijfelt of het inderdaad de bedoeling is het verkoopverbod zo categorisch op instellingen als genoemde van toepassing te doen zijn. Immers, blijkens de toelichting gaat het uitsluitend om herstel van een omissie in de Tabakswet, namelijk invoering van een verkoopverbod in ruimten waarvoor een rookverbod geldt.

De Raad beveelt aan de tekst van artikel 7, eerste lid, en de bedoeling hiervan met elkaar in overeenstemming te brengen.

3. Inzake de aanbeveling van de Raad van State de tekst van artikel 7, eerste lid, en de bedoeling hiervan met elkaar in overeenstemming te brengen, zij benadrukt dat het wel degelijk de bedoeling is het verkoopverbod categorisch op de instellingen als genoemde van toepassing te doen zijn. Ik kan ook niet de mening van de Raad, dat bijvoorbeeld kazernes, schepen van de Koninklijke Marine en gevangenissen niet voor het publiek toegankelijk zouden zijn, ten volle onderschrijven, zij het dat dit inderdaad niet altijd het geval is. Op de tijdstippen dat deze openbare ruimten niet voor het publiek toegankelijk zijn, zijn ze in elk geval nog wel voor gemeenschappelijk gebruik bestemd. Het is in dit verband wellicht verduidelijkend nog eens met nadruk te stellen dat niet aan beide criteria tegelijkertijd hoeft te zijn voldaan, wil een rookverbod ingevoerd moeten worden.

Desalniettemin heb ik, mede in het licht van het advies van de Raad op dit punt, gemeend in artikel 7, eerste lid, toch een voorziening te moeten treffen voor het zo nodig tegemoet kunnen komen aan het verlangen van meerderjarige rokers om tabaksproducten aan te schaffen, namelijk voor die situaties waar voor hen in dit opzicht geen enkele andere weg open staat. De artikelsgewijze toelichting op dit onderdeel is dienovereenkomstig aangevuld.

4. Uit de samenhang van de voorgestelde artikelen 8 en 9 blijkt dat onder artikel 8 niet de verstrekkingen via een automaat vallen. De verstrekking zonder terhandstelling door tussenkomst van een verstrekkingpersoon is echter naar het oordeel van de Raad een vorm van de in artikel 8 genoemde verstrekking. De Raad adviseert daarom artikel 8, eerste lid, aan te passen. Bovendien dient in de toelichting nader op dit punt te worden ingegaan.

4. In tegenstelling tot wat de Raad heeft afgeleid uit de samenhang van de voorgestelde artikelen 8 en 9 vallen verstrekkingen van tabaksproducten via een automaat wel onder de werkingssfeer van artikel 8. Ik onderschrijf dan ook het oordeel van de Raad, zoals verwoord in de tweede volzin. Om die reden behoeft artikel 8, eerste lid, geen aanpassing. Naar mijn mening is het evenmin nodig in de memorie van toelichting nader op dit punt in te gaan (zie Algemeen, alsmede Leeftijdsgrens en verkoopbeperkingen).

5a. In het voorgestelde artikel 9, derde lid, wordt bepaald dat het, behoudens uitzonderingen bij ministeriële regeling, verboden is sigaretten in een verpakking van minder dan negentien stuks in de handel te brengen of daartoe aanwezig te hebben. Blijkens de memorie van toelichting strekt deze bepaling ertoe de verkoop van zogenaamde «kiddypacks» te verbieden. Bij ministeriële regeling kan een uitzondering worden gemaakt voor bijzondere buitenlandse of luxe sigaretten die in een kleine verpakking worden verkocht tegen vergelijkbare of hogere prijzen dan voor standaardverpakkingen. Aangegeven is dat het verbieden van kiddypacks naast het opnemen van een leeftijdsgrens als dubbelop zou kunnen worden gezien, maar dat dit niet het geval is daar met de maatregel ook de adolescenten worden beschermd en bij een verbod op kiddypacks het handhaven van de leeftijdsgrens eenvoudiger is (Algemeen, Leeftijdsgrens en verkoopbeperking).

Naar het oordeel van de Raad kan de in artikel 9, derde lid, opgenomen maatregel worden beschouwd als een kwantitatieve beperking van het intracommunautaire goederenverkeer bij invoer aangezien de invoer van sigaretten die niet aan deze verpakkingseis voldoen wordt belemmerd. Een dergelijke belemmering van de handel is ingevolge artikel 30 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen (hierna: EG-Verdrag) verboden, tenzij deze kan worden gerechtvaardigd op grond van artikel 36 van het EG-Verdrag of de door het Hof van Justitie ontwikkelde «rule of reason».

Hoewel rechtvaardiging mogelijk is op grond van de bescherming van de volksgezondheid, wijst de Raad erop dat tevens dient voldaan te zijn aan de eisen van noodzakelijkheid en evenredigheid. Gezien het feit dat het wetsvoorstel een verbod bevat om tabaksproducten te verkopen aan jongeren onder de 18 jaar en de in artikel 9, derde lid, opgenomen maatregel een aanvullend karakter heeft, kan deze niet zonder nadere motivering als noodzakelijk beschouwd worden.

De bescherming van adolescenten van 18 jaar en ouder acht de Raad, nu zij op grond van het wetsvoorstel wel gewone tabaksproducten mogen kopen, eveneens aanvullend van aard. Dit geldt ook voor het argument met betrekking tot de handhaving, daar het hierbij in de eerste plaats gaat om de handhaving van de leeftijdsgrens. De Raad acht de maatregel in dit kader bij gebrek aan motivering onevenredig belastend voor het vrije goederenverkeer en betwijfelt of deze thans verenigbaar kan worden geacht met het EG-Verdrag en de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zo deze bepaling niet op een adequate wijze naar gemeenschapsrecht kan worden gerechtvaardigd, beveelt de Raad aan artikel 9, derde lid, te schrappen.

b. In het geval dat artikel 9, derde lid, wordt gehandhaafd wijst de Raad erop dat de hierin opgenomen maatregel kan worden beschouwd als een technisch voorschrift in de zin van richtlijn nr.83/189/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PbEG L 109). Een ontwerp voor een dergelijk voorschrift dient ingevolge artikel 8, eerste lid, van deze richtlijn aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen te worden meegedeeld. De Raad gaat ervan uit dat het voorstel van wet nogmaals aan hem voor advies zal worden voorgelegd, indien naar het oordeel van de Europese Commissie, van de lidstaten dan wel van (de leden van) de Wereldhandelsorganisatie aanleiding geeft tot verandering van meer dan bijkomstige aard, en dat de reacties aan hem zullen worden toegezonden.

5a. Naar het oordeel van de Raad kan de in artikel 9, derde lid, opgenomen maatregel worden beschouwd als een kwantitatieve beperking van het intracommunautaire goederenverkeer bij invoer. Deze voorgestelde bepaling heeft gelijkelijk betrekking op binnenlands geproduceerde en geïmporteerde sigarettenverpakkingen van de bedoelde soort. Er is dus geen sprake van discriminerende werking. Wel is het mogelijk dat bepaalde verpakkingen voor bijzondere buitenlandse of luxe sigaretten van het verbod worden uitgezonderd, aangezien dergelijke verpakkingen niet speciaal bedoeld zijn voor verkoop aan jongeren. Het voorgestelde verbod op 'kiddy packs' is gerechtvaardigd uit een oogpunt van volksgezondheid en jeugdbescherming. Omwille hiervan wil ik geen middelen onbenut laten om te voorkomen dat jongeren beginnen met roken en verslaafd raken aan tabak. Een noodzakelijk instrument daarbij is het verbieden van de bedoelde verpakkingen, die de (financiële) drempel voor jongeren verlagen en speciaal bedoeld zijn om jongeren ertoe aan te zetten te gaan roken. Ten einde dezelfde mate van gezondheids- en jeugdbescherming, alsmede van handhaving van de leeftijdsgrens, te bereiken, kan er ten aanzien van deze verpakkingen mijns inziens geen zinvol en even effectief alternatief worden bedacht. Het verbod op kleine verpakkingen belemmert immers doeltreffend de toegang van minderjarigen tot tabaksproducten en ondersteunt daarmee de 18 jaar grens. Hoewel een verbod dus een zwaar middel lijkt, is het evenredig gelet op het te bereiken doel, de effectiviteit van het verbod en het ontbreken van zinvolle alternatieven. Overigens wijs ik erop dat ook enkele andere lidstaten van de Europese Unie en van de Overeenkomst tot instelling van een Europese Economische Ruimte een soortgelijk verbod op «kiddy packs» hebben voorgesteld of ingevoerd. Gelet op het voorgaande meen ik dat artikel 9, derde lid, van het wetsvoorstel gehandhaafd moet blijven.

b. Het wetsvoorstel bevat een enkel technisch voorschrift als bedoeld in richtlijn 98/34/EG (voorheen 83/189/EEG). De notificatie aan de Europese Commissie en Wereldhandelsorganisatie heeft op 27 november 1998 plaatsgevonden. Een passage van deze strekking is in de memorie van toelichting opgenomen. Uit de notificatieprocedures zijn tot nu toe geen overwegende bezwaren tegen de bedoelde voorgestelde bepaling voortgekomen. Ik verwacht deze ook niet, mede gezien het in punt 5a gestelde.

6. *In het voorgestelde artikel 11a, aanhef en onder a, is bepaald dat werkgevers bij algemene maatregel van bestuur kunnen worden verplicht zodanige maatregelen te treffen dat werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden. In de memorie van toelichting (Algemeen, Rookverboden, bladzijde 14) is aangegeven dat het totstandkomen van een dergelijk besluit afhangt van de sociale partners en dat de uitkomsten van het monitor-onderzoek van de Arbeidsinspectie van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid meer duidelijkheid zullen verschaffen over de huidige stand van zaken. De Raad kan zich indenken dat, daar het hier de arbeidsomstandigheden betreft, een basis voor een dergelijke verplichting voor werkgevers opgenomen zou kunnen worden in de Arbeidsomstandighedenwet. De Raad beveelt aan op deze kwestie in te gaan en de bepaling zo mogelijk aan te passen.*

6. Naar aanleiding van de aanbeveling van de Raad zij opgemerkt dat de memorie van toelichting mijns inziens al voldoende duidelijk weergeeft dat de Arbeidsomstandighedenwet, ingevolge een richtlijn van de Europese Unie ter zake, al in beperkte mate (voor kantines en dergelijke op het werk) bepalingen bevat omtrent het vrijwaren van werknemers van tabaksrook van anderen. Zoals de Raad zich kan indenken, zou het denkbaar kunnen zijn de onderhavige wettelijke grondslag voor een algemene maatregel van bestuur op te nemen in de Arbeidsomstandighedenwet. Echter, dat is in overleg met de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid bewust en weloverwogen niet gedaan. Onze keuze voor de Tabakswet is zeer wel verdedigbaar. Het gaat in dit kader namelijk specifiek en uitsluitend om bescherming van de niet-roker tegen tabaksrook (welke niet alleen in de arbeidssituatie voorkomt) ten einde het risico op gezondheidsschade door passief roken zoveel mogelijk te beperken, los van de vraag of de niet-roker nu bijvoorbeeld werknemer, bezoeker van een openbaar gebouw of passagier aan boord van een vliegtuig is. Het algemene doel is daarbij gezondheidsbescherming, in dit geval van werknemers. De verantwoordelijkheid voor gezondheidsbescherming berust primair bij de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Om deze redenen behoort de regeling van deze aangelegenheid thuis in categorale wetgeving als de Tabakswet.

7. *In het voorgestelde artikel 11a, aanhef en onder c, is aangegeven dat luchtvaartmaatschappijen kunnen worden verplicht zodanige maatregelen te treffen dat passagiers aan boord van vliegtuigen tijdens het gebruik voor de burgerluchtvaart op vluchten van en naar Nederlands grondgebied gelegen luchthavens in staat worden gesteld hun reis te volbrengen zonder daarbij hinder of overlast van roken te ondervinden. In de memorie van toelichting is aangegeven dat het hierbij gaat om het creëren van een wettelijke grondslag voor het zo nodig kunnen invoeren van een rookverbod in vliegtuigen die gebruikt worden voor verkeersvluchten van maatschappijen tussen punten op het grondgebied van de overeenkomst sluitende partijen (Algemeen, Rookverboden). De Raad is van mening dat Nederland geen extra-territoriale rechtsmacht zal kunnen claimen ten aanzien van buitenlandse maatschappijen en dat de maatregelen derhalve alleen betrekking kunnen hebben op Nederlandse luchtvaartmaatschappijen. Wanneer het gaat om een grondslag voor een verplichting voor Nederlandse luchtvaartmaatschappijen is de zinsnede «vluchten van en naar op Nederlands grondgebied gelegen luchthavens» niet duidelijk en wellicht te ruim. De Raad acht het wenselijk artikel 11, onder c, alsmede de toelichting op dit onderdeel op dit punt te heroverwegen.*

7. Het voorgestelde artikel beoogt geenszins extra-territoriale rechtsmacht te creëren ten aanzien van het rookgedrag aan boord van vliegtuigen van buitenlandse maatschappijen, reden waarom overeenkomstig het advies van de Raad zowel tekst als toelichting is aangevuld met het woord «Nederlandse». Aldus komt de beperking tot Nederlandse luchtvaartmaatschappijen duidelijker tot uitdrukking.

8. *Op grond van het voorgestelde artikel 11b, derde lid, kan de minister de boete lager stellen dan de wettelijke boete, indien het bedrag in een bepaald geval op grond van bijzondere omstandigheden onevenredig hoog moet*

worden geacht. Ook de rechter kan derhalve toetsen of in een concreet geval door de minister ten onrechte aan deze bepaling geen toepassing is gegeven. De desbetreffende bepaling is gelet op de tekst en de daarop bij artikel 11b, derde lid, gegeven toelichting echter uitdrukkelijk bedoeld als hardheidsclausule, zodat van een volledige evenredigheidstoets noch door de minister noch door de rechter sprake zal zijn. In het licht van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), acht de Raad een beperking tot de mogelijkheid van toepassing van een hardheidsclausule in het geval van betrekkelijk hoge boeten niet voldoende en wordt aanbevolen het artikel zo te herzien dat voldoende door de rechter toetsbare evenredigheid wordt verzekerd tussen de ernst van de overtreding en de hoogte van de boete, zoals wordt vereist door artikel 6 EVRM.

8. Naar mijn oordeel kan noch uit de tekst van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), noch uit de jurisprudentie daarover, een verbod worden afgeleid voor een systeem, waarin het straftoemettingsbeleid wettelijk wordt ingeperkt zodanig dat van een volledige evenredigheidstoets noch door de minister noch door de rechter sprake zal zijn in die zin dat slechts van de wettelijk vastgestelde boete mag worden afgeweken, indien het bedrag in een bepaald geval op grond van bijzondere omstandigheden onevenredig hoog moet worden geacht. Het toepassen van wat door de Raad wordt aangeduid als een hardheidsclausule wordt in het onderhavige geval wettelijk genormeerd. De minister mag alleen van de norm afwijken als de wettelijk omschreven situatie zich voordoet en dan nog alleen in voor de belanghebbende gunstige neerwaartse richting. De rechter op zijn beurt kan ten volle toetsen of de minister rechtmatig van zijn (beperkte) bevoegdheid gebruik gemaakt heeft, dan wel dat gebruik ten onrechte achterwege heeft gelaten. De rechter is hierbij eveneens gebonden aan de wettelijke normering. Dit is evenwel niets nieuws: ook in het commune strafrecht is de rechter gebonden aan bepaalde grenzen. Men denke bijvoorbeeld aan de algemeen geldende minima ingevolge artikel 18 Sr. (hechtenis ten minste een dag) en 23 Sr. (geldboete ten minste vijf gulden) en het voor elk afzonderlijk delict in de wet opgenomen strafmaximum.

Ook het Europese Hof voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden te Straatsburg (EHRM) lijkt weinig of geen grenzen te stellen aan de bevoegdheid van de wetgever om de rechterlijke vrijheid bij het straftoemettingsbeleid in te perken. Zelfs het wettelijk imperatief voor de Engelse rechter om bij «murder» levenslange gevangenisstraf op te leggen werd door het Hof aanvaardbaar geacht.

9. In het voorgestelde artikel 11d is een regeling voor het zwijgrecht neergelegd. Dit recht geldt vanaf het moment waarop jegens de verantwoordelijke een handeling wordt verricht waaraan hij in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem wegens een overtreding een boete zal worden opgelegd. In de toelichting is aangegeven dat het moment van in staat van beschuldiging stellen, bepalend is voor de vraag vanaf welk moment betrokkene een zwijgrecht toekomt en wordt in overeenstemming met de rechtspraak van de Hoge Raad voor de bepaling van dit moment verwezen naar de handeling van de overheid waaraan betrokkene in redelijkheid de conclusie kan verbinden dat hem wegens een overtreding een boete zal worden opgelegd. Het zwijgrecht zou derhalve pas gelden als er sprake is van een «criminal charge».

De Raad merkt op dat, gelet op het feit dat de jurisprudentie van het EHRM op dit punt nog niet is uitgekristalliseerd (Saunders-zaak: EHRM 17 december 1996, nr.43/1994/490/572) en ter wille van de formulering van een criterium, dat zowel uit handhavingsoogpunt als uit oogpunt van waarborging van de rechten van de belanghebbenden verantwoord is, het raadzaam lijkt het moment bepalend te doen zijn waarop de verantwoordelijke aan een jegens hem verrichte handeling vanwege de overheid in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat hij wordt ondervraagd terzake van een overtreding die met een bestuurlijke boete wordt bedreigd. De Raad adviseert artikel 11d alsmede de memorie van toelichting dienovereenkomstig aan te passen. In samenhang hiermee ware tevens het criterium ter bepaling van het moment waarop de cautieplicht begint te gelden aan te passen.

9. Aan het hier door de Raad gegeven advies is geen gevolg gegeven. Zoals de Raad zelf terecht opmerkt, is de jurisprudentie van het EHRM op dit punt nog niet uitgekristalliseerd. Onder deze omstandigheden verdient het naar mijn oordeel de voorkeur vast te houden aan de bekende, in tal van recente wetten opgenomen en aan de jurisprudentie van de Hoge Raad ontleende regel dat het zwijgrecht geldt vanaf het moment waarop jegens de verantwoordelijke een handeling wordt verricht waaraan hij in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem wegens een overtreding een boete zal worden opgelegd. Opneming in het onderhavige wetsvoorstel van de door de Raad bepleite regel zou afbreuk doen aan de in recente jaren verkregen eenheid van recht in tal van bestuurswetten.

Voorts verwijst de Raad ter onderbouwing van zijn betoog naar de Saunders-zaak. Het belang van die zaak voor de onderhavige kwestie is niet geheel duidelijk en zeker niet onomstreden. Het EHRM bepaalde in de Saunders-zaak (wederom) dat een zwijgrecht pas ontstaat wanneer er sprake is van een «criminal charge», niet reeds in de fase die door het EHRM wordt aangeduid als «the administrative investigation» of «functions performed essentially investigative in nature». Voorts geeft de uitspraak slechts zekerheid in die zin dat werd bepaald dat in de specifieke omstandigheden van de casus – betrokkene werd in een lange reeks van ondervragingen ook bij de laatste twee ondervragingen gewezen op zijn plicht tot medewerking, hoewel hij op dat moment al in staat van beschuldiging was gesteld – de aldus verkregen zelfbelastende verklaringen niet mochten worden gebruikt in het daaropvolgende strafproces. Een prominente rol daarin speelde ook het feit dat het bij het daaropvolgende strafproces ging om een «jurytrial» en de zelfbelastende verklaringen werden voorgelezen aan de jury om de geloofwaardigheid van de verdachte aan te tasten. Met name ook dat element van juryrechtspraak staat zo ver af van de Nederlandse rechtspraktijk dat het vooralsnog onverstandig lijkt om aan de Saunders-zaak de door de Raad voorgestelde consequenties te verbinden voor de regeling van het zwijgrecht en – in het verlengde daarvan – de cautiëplicht.

Tenslotte moet eveneens gesteld worden dat het door de Raad voorgestelde criterium in ieder geval ook te ruim zou zijn, omdat bij het woord «ondervragen» geen onderscheid wordt gemaakt tussen het ondervragen van een verdachte of van een getuige.

10. In het voorgestelde artikel 11g is bepaald dat de werking van de boetebeschikking wordt opgeschort totdat de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift is verstreken, of, indien een bezwaarschrift is ingediend, op het bezwaar is beslist. Aan het beroep is in navolging van het advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) in het rapport «Handhaving door bestuurlijke boeten», geen schorsende werking toegekend. De Raad is van oordeel dat het onthouden van schorsende werking aan het beroep op gespannen voet staat met artikel 6, eerste en tweede lid, EVRM, daar eerst in beroep een vaststelling van de gegrondheid door een onafhankelijke rechter plaatsvindt. Het college adviseert het wetsvoorstel zodanig aan te passen dat de verplichting tot betaling van de boete wordt opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken of op het beroep is beslist en dat de boete wordt vermeerderd met de wettelijke rente over de termijn van uitstel van betaling.

10. Naar mijn oordeel kan in het onderhavige geval noch uit de tekst van artikel 6 van het EVRM, noch uit de jurisprudentie daarover, worden afgeleid dat het invorderen van een nog niet onherroepelijke boete in strijd met deze verdragsbepaling zou zijn. De Raad lijkt er geen rekening mee te houden dat het hier gaat om betrekkelijk lage boeten, dat door de gevolgde bezwaarschrift-procedure de kans op echte misslagen sterk is gereduceerd, dat tegen de boetebeschikking beroep in twee instanties op de rechter openstaat en dat het gaat om een maatregel die volledig ongedaan kan worden gemaakt. De opvatting van de Raad, die overigens niet gemotiveerd of onderbouwd wordt, zou ook bepaaldelijk desastreuze gevolgen hebben voor rechtshandhavingssystemen waarin lik-op-stuk overwegingen een overheersende rol spelen of voor bijvoorbeeld de rechtshandhaving ten aanzien van verkeersovertredingen via de Lex Mulder met zijn systeem van vooruitbetaling, casu quo vervangende zekerheidstelling, alvorens men tot de beroepsprocedure wordt toegelaten.

Maar wat er ook zij van de argumentatie van de Raad, bij nadere overweging is er aanleiding om het advies van de Raad te volgen en wel uit een oogpunt van harmonisatie met vergelijkbare regelingen. Derhalve is aan het beroep tegen een boetebeschikking schorsende werking verleend. Om te voorkomen dat beroep wordt ingesteld louter om uitstel van betaling en daarmee een rentevoordeel te verkrijgen, is overeenkomstig het advies van de Raad tevens bepaald dat indien de boete in beroep in stand blijft, de overtreder de wettelijke rente verschuldigd is over de periode van uitstel van betaling.

11. In de toelichting (Algemeen, Rechtsbescherming, tweede alinea) is aangegeven dat gegeven de aard en aantallen van de vast te stellen beschikkingen en de in het geding zijnde behoefte aan snelle afdoening van overtredingen niet is voorzien in de door de CTW voorgestelde hoorplicht. De noodzaak tot een dergelijk horen zou komen te vervallen door de in de regeling opgenomen schorsende werking van het bezwaarschrift. Door de commissie is wel opgemerkt dat waar een hoorplicht in de primaire fase ontbreekt, in ieder geval aan het bezwaar schorsende werking dient te worden toegekend (paragraaf 7.8.5, bladzijde 57), maar naar haar oordeel zou echter alleen van een hoorplicht kunnen worden afgezien als de grote aantallen overtredingen daartoe nopen en bovendien de boeten betrekkelijk laag zijn (paragraaf 7.8.3, bladzijde 53).

Gelet op het betrekkelijk hoge maximumbedrag van de boete van f 10 000,-, adviseert de Raad derhalve alsnog in een hoorplicht te voorzien.

11. Anders dan de Raad ben ik van mening dat het maximumboetebedrag van f 10 000,- tot de betrekkelijk lage gerekend moet worden en zo beschouwd zijn er derhalve onvoldoende redenen om tot de introductie van een hoorplicht over te gaan. Ik wil in dit verband wijzen op de mijns inziens eveneens betrekkelijk lage verzuimboeten van ten hoogste f 10 000,- in de wetgeving tot uitbreiding van de bestuurlijke boeten in de fiscale sfeer, alwaar evenmin in een hoorplicht is voorzien (dit in tegenstelling tot de wel geregelde hoorplicht bij de veel hoger bedreigde zogenaamde vergrijpboeten).

Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat ik het uit een oogpunt van uniformiteit met de voor de nabije toekomst op stapel staande volgende wijziging van de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn inzake tabaksreclamebeperking van de Europese Unie gewenst vind om nu vast een algemeen geldende hoorplicht op te nemen. Die wijziging zal namelijk onder meer voorzien in aanmerkelijk hogere strafbedreigingen op overtreding van het verbod op tabaksreclame. Om te voorkomen dat kort na elkaar verschillende hoorplichtregelingen zouden gaan gelden is tot opnemng nu besloten.

12. De Raad merkt op dat een bepaling die de feitelijke distantie tussen toezichthouder en sanctie-oplegger regelt, niet in het wetsvoorstel is opgenomen. Een dergelijke scheiding is bepleit door de CTW; het kabinetstandpunt heeft het uitgangspunt van de CTW onderschreven dat het onwenselijk is dat degene die de overtreding constateert tevens degene is die de boete oplegt (kamerstukken II 1993/94, 23 400, nr.48, blz.12-13). De Raad adviseert onder verwijzing naar bijvoorbeeld artikel 66, vierde lid, van het wetsvoorstel houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens (kamerstukken II 1997/98, 25 892, nrs.1-2) een bepaling op te nemen waarin voorgeschreven wordt dat de werkzaamheden in verband met het opleggen van een boete worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek.

12. Hoewel er onder omstandigheden best wat af te dingen valt op het idee van functiescheiding in de hierbedoelde zin, is er bij nadere overweging voldoende aanleiding om een bepaling als bepleit door de Raad op te nemen in het wetsvoorstel. De praktische taakverdeling en organisatie, zoals die hier bij de handhaving voor ogen staat – het opmaken van rapporten zal geschieden door de inspectie, terwijl het eigenlijke opleggen van boeten in handen zal worden gelegd van een afzonderlijke eenheid binnen de hoofdinspectie, zulks krachtens mandaat namens de minister – is daarmee goed verenigbaar.

13. Voor redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.

13. Aan de redactionele kanttekeningen is aandacht geschonken.

Los van het advies van de Raad zijn een paar mineure wijzigingen aangebracht:

- de opsomming van artikelen in artikel 1, onderdeel d, die met een bestuurlijke boete worden gehandhaafd, alsook de wijziging van de Wet op de economische delicten als vervat in artikel II, dient te voorzien in strafbaarstelling van overtreding van voorschriften die zijn gesteld op grond van het nieuwe artikel 18, alsmede in die van enkele andere (gewijzigde) artikelen, hetgeen bij deze alsnog is geschied;
- daarnaast is de memorie van toelichting op verschillende punten geactualiseerd, onder meer inzake de notificatie, het rapport van de Arbeidsinspectie en voornoemde richtlijn.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport,
E. Borst-Eilers

Bijlage bij het advies van de Raad van State van 20 oktober 1998, no. W13.98.0299, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

Voorstel van wet

- In artikel I, artikel 11b, eerste lid, «aan wie de overtreding kan worden toegerekend.» vervangen door: de natuurlijke of rechtspersoon aan welke de overtreding kan worden toegerekend.
- In artikel I, artikel 11b, vierde lid, «tegen de overtreder» laten vervallen.
- In artikel II, onderdeel B, in een afzonderlijk artikel plaatsen (aanwijzing 96 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).
- In artikel III, voor «de Tabakswet.» het nummer van het desbetreffende onderdeel plaatsen.