

BIJLAGE 2B. bij nader rapport nr. 2022-0000019635

2B. Voorstel van wet houdende Wijziging van de Algemene douanewet en de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 (Wet aanpassing sanctiestelsel Algemene douanewet)

Advies Afdeling advisering van de Raad van State

*No. W06.12.0043/III
's-Gravenhage, 4 mei 2012*

Aan de Koningin,

Bij Kabinetsmissive van 14 februari 2012, no.12.000337, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Algemene douanewet en de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 (Wet aanpassing sanctiestelsel Algemene douanewet), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt tot aanpassing van het stelsel van sancties voor inbreuken op de douanewetgeving. Daarnaast herstelt het voorstel een omissie door de tekst van de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 in overeenstemming te brengen met de memorie van toelichting op het voorstel van Wet uitwerking autobrief.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een aantal opmerkingen met betrekking tot de keuze van een sanctiestelsel, de verhouding tot de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de hoogte van de bestuurlijke boeten en de vormgeving van het sanctiestelsel. Zij meent dat de keuze voor een bepaald sanctiestelsel niet gebaseerd kan worden op het criterium "open en besloten context" en vraagt daarom om een dragende motivering voor de verschuiving van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke sanctionering vanuit het criterium "aard en ernst van het feit". Tevens plaatst zij kanttekeningen bij de technische vormgeving van het voorstel. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

1. Keuze sanctiestelsel

De Algemene douanewet (hierna: ADW) is mede gebaseerd op Verordening (EG) nr. 450/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 tot vaststelling van het communautair douanewetboek (gemoderniseerd douanewetboek), welke verordening dient ter vervanging van Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad van 12 oktober 1992 tot vaststelling van het communautair douanewetboek. Op 20 februari 2012 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een verordening tot vaststelling van het douanewetboek van de Unie (herschikking) bij de Raad en het Europees Parlement ingediend. In artikel 21 van Verordening 450/2008 is een algemene sanctiebepaling opgenomen. Deze bepaling is inhoudelijk niet gewijzigd in het voorstel uit 2012. Uit artikel 21 kan worden afgeleid dat de lidstaten sancties vaststellen voor de naleving van de communautaire douanewetgeving. Deze sancties moeten effectief, proportioneel en afschrikkend zijn. Deze drie voorwaarden, die niet terug te vinden zijn in Verordening 2913/92, zijn ontleend aan constante rechtspraak van het Hof van Justitie. De lidstaten hebben daarbij de keuze bestuursrechtelijke sancties dan wel strafsancities op te leggen.

De kern van het voorstel van wet is het vervangen, in de douanesfeer, van de strafrechtelijke beboeting van een aantal handelingen door een bestuursrechtelijke beboeting. In twee gevallen blijft de strafrechtelijke beboeting overigens bestaan naast de nieuwe bestuursrechtelijke beboeting van dezelfde overtredingen. De reden daarvoor is uitsluitend om een verlenging van de navorderingstermijn te behouden, gelet op het feit dat deze verlenging Europeesrechtelijk

gekoppeld is aan strafrechtelijk vervolgbare handelingen. In die twee gevallen zal echter in beginsel sprake zijn van bestuursrechtelijke beboeting, aldus de memorie van toelichting. Over de in de memorie van toelichting gegeven argumenten ter ondersteuning van de voorgestelde verschuiving van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke bestraffing merkt de Afdeling het volgende op.

a. Criterium keuze sanctiestelsel

In de memorie van toelichting wordt een beroep gedaan op de kabinetsnota uit 2008 over de keuze van een sanctiestelsel en het daarin gehanteerde criterium "open en besloten context". De Afdeling is van oordeel dat het onderscheid tussen de open en besloten context niet goed bruikbaar is als criterium bij de keuze van een sanctiestelsel. Zoals de Afdeling reeds eerder heeft overwogen, biedt dit criterium onvoldoende houvast om een keuze te maken. Dit mede gelet op het feit dat een strikte toepassing van het criterium "open en besloten context" tot onevenwichtige resultaten leidt. De overtreding van een, qua feitencomplex identieke, overtreding zal, afhankelijk van de vraag of al dan niet sprake is van bijzondere rechtsbetrekkingen (besloten context), verschillend worden bestraft. Degene die in strijd handelt met de aan hem verleende vergunning (bijzondere rechtsbetrekking) door niet vergunde activiteiten te verrichten, zal een bestuursrechtelijke sanctie krijgen, maar degene die in het geheel geen vergunning heeft aangevraagd (geen bijzondere rechtsbetrekking), maar dezelfde verboden activiteiten verricht, zal strafrechtelijk worden aangepakt. Voor dit verschil in behandeling van twee dezelfde gevallen bestaat, naar het oordeel van de Afdeling, geen objectieve rechtvaardiging. Deze onevenwichtigheden, die ontstaan door de toepassing van het criterium "open en besloten context", komen ook voor in het onderhavige voorstel. De Afdeling merkt hierover het volgende op.

In de huidige ADW wordt bepaald dat degene die niet voldoet aan de verplichting om een identificatiebewijs te tonen, wordt gestraft met een geldboete van de tweede categorie (strafrecht). Deze strafbaarstelling in de ADW en in andere (fiscale) wetten is gelijk aan de algemene strafbaarstelling met betrekking tot de overtreding van de Wet op de identificatieplicht door zich niet te kunnen identificeren. Het voorstel wijzigt de strafbaarstelling op dit punt in de ADW. Voorgesteld wordt om deze overtreding op grond van de ADW voortaan met een bestuurlijke boete af te doen. Dit betekent dat hetzelfde feit op grond van het Wetboek van Strafrecht (hierna: WvSr) strafrechtelijk wordt beboet (open context), maar in de context van de ADW sprake zal zijn van bestuursrechtelijke beboeting. De Afdeling ziet niet in welk principiële verschil er bestaat tussen beide overtredingen.

Voorts wijst de Afdeling erop dat met het voorstel niet alleen een verschil met strafrechtelijke bestraffing op grond van het WvSr ontstaat, maar ook een verschil in bestraffing van vergelijkbare overtredingen binnen dezelfde context van de fiscale wetgeving. Het overtreden van onder meer de inlichtingen-, administratie- en bewaarplicht wordt thans in zowel de ADW als de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) gelijk bestraft, namelijk met hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie. Het voorstel strekt ertoe om in de ADW het niet nakomen van deze verplichtingen in beginsel als een vergrijp aan te merken, met een bestuursrechtelijke beboeting. De hechtenis van zes maanden vervalt daarbij. Het voorstel kent geen vergelijkbare aanpassingen in de AWR. In de memorie van toelichting ontbreekt een motivering voor dit verschil.

Het voorgaande laat zien dat de gemaakte keuze onevenwichtige consequenties heeft en dat het onderscheid tussen de open en de besloten context niet goed bruikbaar is als criterium bij de keuze van een sanctiestelsel. Daarom heeft de Afdeling in het verleden meer dan eens overwogen dat niet zozeer de context waarbinnen de overtreding plaats heeft gevonden, maar eerder de aard en de ernst van het feit bepalend dienen te zijn voor de keuze van een sanctiestelsel. Daarmee hangt samen de aard van rechtsbescherming, de zwaarte van de gevolgen, zoals de aantekening in de justitiële documentatie, alsook het type en de zwaarte van de sanctie die de maatschappij wenst te verbinden aan een bepaalde normovertreding.

Operationalisering van het criterium "aard en ernst van het feit" vraagt bijzondere aandacht. Zo is reeds in 2005 een aantal indicatoren geformuleerd. Recidive en het toebrengen van schade aan individuele personen zijn bijvoorbeeld indicaties voor strafrechtelijke afdoening. Voorts komt het

strafrecht in aanmerking, wanneer de normovertreding moreel afkeurenswaardig is. Een zuiver financiële sanctie in de vorm van een bestuurlijke boete is dan niet altijd een adequate reactie. Het is aan de wetgever om te beoordelen of van dergelijke morele afkeuring sprake is. De Afdeling is dan ook van oordeel dat de keuze voor strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke sanctionering dient te worden gebaseerd op de aard en de ernst van het feit.

De Afdeling adviseert in de memorie van toelichting de keuze voor bestuursrechtelijke beboeting dragend te motiveren vanuit de aard en de ernst van het feit. Tevens adviseert de Afdeling in te gaan op de geconstateerde verschillen in sanctionering van vergelijkbare overtredingen zowel binnen als buiten de fiscale wetgeving.

b. Strafbeschikking

Vervolg van overtredingen die in de ADW strafbaar zijn gesteld, vinden thans plaats door middel van een fiscale strafbeschikking, dus in de sfeer van het strafrecht. Voorgesteld wordt om bestraffing door middel van een fiscale strafbeschikking te vervangen door bestuursrechtelijke bestraffing in de vorm van een bestuurlijke boete. De reden hiervoor is onder meer, zo blijkt uit de memorie van toelichting, dat op deze manier het Openbaar Ministerie en de rechter worden ontlast. Volgens de memorie van toelichting is het namelijk duidelijk dat het systeem waarin de strafbeschikking wordt opgelegd met een mogelijkheid voor de betrokkene om in verzet te komen, een belasting vormt voor de capaciteit van de rechter en het Openbaar Ministerie.

De Afdeling acht deze motivering inconsistent. In de kabinetsnota waarop in de memorie van toelichting een beroep wordt gedaan, is juist het omgekeerde gesteld. Daarin geeft het kabinet aan dat door de wettelijke invoering van de strafbeschikking en een aantal organisatorische wijzigingen binnen de strafrechtelijke handhaving men niet meer op basis van capacitaire overwegingen voor de bestuurlijke boete hoeft te kiezen. Het is voor de Afdeling niet duidelijk hoe het voorstel zich verhoudt tot deze kabinetsvisie op strafrechtelijke bestraffing door middel van de strafbeschikking en het doel waarmee de Wet OM-afdoening is ingevoerd. Voorts rijst naar aanleiding van het onderhavige voorstel de vraag of de fiscale strafbeschikking in de toekomst ook op andere terreinen van het fiscale recht zal worden afgeschaft.

De Afdeling adviseert in de memorie van toelichting in te gaan op de verhouding van het voorstel tot de Wet OM-afdoening en de daarin opgenomen mogelijkheid van sanctionering door middel van een strafbeschikking. De Afdeling adviseert tevens in te gaan op de vraag of en hoe de fiscale strafbeschikking in de toekomst een rol zal spelen.

c. Subjectieve beleving van de normovertreder

In de memorie van toelichting wordt gesteld dat bestuursrechtelijk optreden in het kader van handhaving door bedrijven als minder zwaar wordt ervaren. Strafrechtelijke handhaving in de vorm van een strafbeschikking wordt daarentegen als stigmatiserend ervaren en als een zwaardere sanctie. Ook de eventuele behandeling van de strafzaak door de rechter, als de betrokkene in verzet komt, en de eventuele veroordeling worden ervaren als een zwaardere sanctie dan een bestuurlijke boete, volgens de memorie van toelichting. Deze argumenten worden gegeven ter ondersteuning van de keuze voor het vervangen van strafrechtelijke sanctionering door bestuursrechtelijke sanctionering.

Naar het oordeel van de Afdeling kan aan de subjectieve beleving van de normovertreder geen argument worden ontleend voor de keuze van een sanctiestelsel. Als dat wel het geval zou zijn, ligt willekeur op de loer.

De Afdeling adviseert deze argumentatie te schrappen.

d. Duale handhaving

Voorgesteld wordt om voor twee overtredingen, eenvoudig gezegd smokkel en het doen van een foutieve aangifte, duale handhaving te introduceren. Dit betekent dat voorgesteld wordt dezelfde overtreding zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk te bestraffen. Daarbij wordt verwezen naar de kabinetsnota waaruit blijkt dat duale handhaving niet wenselijk is en dat deze dient te worden beperkt tot die gevallen waarin daarvoor goede en dwingende redenen bestaan.

De Afdeling is er niet op voorhand van overtuigd dat de in de memorie van toelichting aangevoerde reden voor deze duale handhaving als dwingend moet worden beschouwd. De keuze

voor dualiteit is louter praktisch van aard omdat, zoals hiervoor al is aangegeven, ingevolge Europees recht een verlengde navorderingstermijn alleen bij strafrechtelijk vervolgbare feiten mogelijk is.

De Afdeling adviseert van de voorgestelde dualiteit bij bestraffing af te zien.

2. Verhouding tot de Algemene wet inzake rijksbelastingen

De Afdeling plaatst kanttekeningen bij de verhouding tussen enkele voorgestelde aanpassingen in de ADW en bepalingen in de AWR.

a. Periodieke aanpassing bedragen

Voor de bestuursrechtelijke beboeting sluit het voorstel aan bij de boetecategorieën van het strafrecht. De maximale verzuimboete in de ADW van thans € 300 komt daarmee te liggen op € 390 (de eerste boetecategorie van het strafrecht, cijfer 2012). Het huidige artikel 9:6a van de ADW bevat een periodieke vijfjaarlijkse aanpassing van de bedragen van de verzuimboeten in de ADW. Het voorstel schrapt dit artikel 9:6a van de ADW met als motivering dat door de verwijzing naar de eerste boetecategorie in het strafrecht automatisch een aanpassing van de bedragen zal gaan plaatsvinden. De periodieke aanpassing via het strafrecht vindt ingevolge artikel 23, negende lid, van het WvSr elke twee jaar plaats.

De Afdeling merkt hier het volgende over op. Het huidige artikel 9:6a van de ADW is vrij recent, bij het Belastingplan 2010, ingevoerd. In de memorie van toelichting is daarbij aangegeven dat met artikel 9:6a van de ADW is aangesloten bij de indexatie van de verzuimboeten in de AWR zodat sprake is van een gelijktijdige en uniforme aanpassing van de verzuimboeten binnen de fiscale wetgeving. Door het schrappen van artikel 9:6a van de ADW en door de aansluiting bij de aanpassing van de bedragen in het strafrecht, is van een uniforme aanpassing van verzuimboeten binnen de fiscaliteit geen sprake meer. De memorie van toelichting gaat niet in op dit gevolg van de gemaakte keuze.

De Afdeling adviseert in de memorie van toelichting op het vorenstaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

b. Overig

Ook op andere punten ontstaan er door het voorstel verschillen waarvoor een motivering ontbreekt. Zo worden de artikelen 10:10 en 10:11 van de ADW geherformuleerd in artikel 9:5, tweede lid, van de ADW. Van een vergelijkbare herformulering van de bijna gelijklopende artikelen 70 en 71 van de AWR is echter geen sprake. Ook wordt in de ADW aansluiting gezocht bij "boetecategorieën" van het WvSr, terwijl in de AWR sprake blijft van "categorieën".

De Afdeling adviseert in de memorie van toelichting op het vorenstaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

3. Hoogte bestuurlijke boeten

Voor de bestuursrechtelijke beboeting sluit het voorstel aan bij de boetecategorieën van het strafrecht. Hierdoor ontstaat met betrekking tot een verzuimboete (thans maximaal € 300) de mogelijkheid deze te verhogen tot het bedrag voor de eerste boetecategorie (maximaal € 390 in 2012). De Afdeling plaatst hier twee opmerkingen bij.

a. Verhoging verzuimboeten

Het voorstel presenteert de aansluiting bij de boetecategorieën van het strafrecht vooral als een technische operatie (de boetehoogtes blijven aldus in de pas lopen en de inflatiecorrectie van de strafrechtelijke bedragen werkt automatisch door naar de bestuursrechtelijke bedragen). Over de potentiële verhoging van 30% in het hiervoor gegeven voorbeeld van de verzuimboeten, zegt de

memorie van toelichting niet meer dan dat het gaat om maximumbedragen, dat dit betekent dat de boeten niet automatisch stijgen en dat de mogelijkheid ontstaat om bij een aanpassing van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst/Douane de boeten te verhogen.

De Afdeling merkt op dat sprake is van een potentiële verhoging die fors is (maximaal 30%) en die een toereikende motivering behoeft welke thans ontbreekt. Het hiervoor aangeduide argument uit de memorie van toelichting dat sprake is van een technische operatie, acht de Afdeling niet toereikend.

De Afdeling adviseert in de memorie van toelichting te voorzien in een toereikende motivering voor de potentiële verhoging van de verzuimboeten met 30%.

b. Verjaringstermijn boete-oplegging

Artikel 5:45, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) kent een verjaringstermijn van vijf jaren voor de bevoegdheid om bestuurlijke boeten op te leggen van meer dan € 340. Artikel 5:45, tweede lid, van de Awb kent voor bestuurlijke boeten van € 340 of minder een verjaringstermijn van drie jaren. In afwijking van artikel 5:45, eerste en tweede lid, van de Awb kent artikel 9:6 van de ADW voor de douanesfeer een verjaringstermijn van drie jaren. Deze driejaarstermijn in de ADW geldt zowel voor het opleggen van "verzuimboeten" (in de meeste gevallen thans maximaal € 300; maximaal € 150 bij overtreding van hetgeen is bepaald bij ministeriële regeling) als voor het opleggen van "vergrijpboeten" (in de meeste gevallen maximaal 100% van het bedrag aan rechten).

Het voorstel voorziet in het vervallen van artikel 9:6 van de ADW. Uit de toelichting op deze wijziging komt naar voren dat wordt gemeend dat door de aansluiting in het voorstel bij de boetecategorieën uit het strafrecht, met betrekking tot de bestuurlijke boeten "alle boetebedragen uit de ADW" hoger zijn dan € 340, en dat dus in alle gevallen een verjaringstermijn van vijf jaren gerechtvaardigd zou zijn.

De Afdeling merkt op dat ook thans reeds sprake kan zijn van een bestuurlijke beboeting van meer dan € 340 (bijvoorbeeld in het geval van een vergrijpboete van meer dan € 340) en dat daarvoor momenteel een verjaringstermijn geldt van drie jaren. In de hoogte van deze vergrijpboeten brengt het voorstel geen wijziging, zodat niet valt in te zien waarom hier een verlenging van de verjaringstermijn op zijn plaats zou zijn. Daarnaast merkt de Afdeling op dat bij vergrijpboeten in de ADW geen vast maximumbedrag is gesteld aan de hoogte van de beboeting, maar dat de maximale hoogte afhankelijk is van de hoogte van het bedrag aan rechten. Dit roept de vraag op hoe, na het vervallen van artikel 9:6 van de ADW, artikel 5:45 van de Awb (dat immers wel uitgaat van een vast bedrag als onderscheidend criterium) toegepast moet worden.

De Afdeling adviseert in de memorie van toelichting op het vorenstaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

4. Vormgeving sanctiestelsel

Voor het opleggen van sancties voor bepaalde handelingen wordt in de ADW thans een onderscheid gemaakt tussen bestuurlijke boeten enerzijds en strafrechtelijke bepalingen anderzijds.

De bestuurlijke beboeting is vormgegeven in hoofdstuk 9 van de ADW (genaamd "bestuurlijke boeten"). Dit hoofdstuk kent - voor zover hier van belang - een afdeling 9.1 (genaamd "beboetbare feiten") met een opsomming van beboetbare feiten die bij het opleggen van sancties in de desbetreffende artikelen steeds "verzuim" of (bij opzet of grove schuld) "vergrijp" worden genoemd.

De strafrechtelijke bepalingen zijn vormgegeven in hoofdstuk 10 van de ADW (genaamd "strafrechtelijke bepalingen"). Dit hoofdstuk kent - voor zover hier van belang - een afdeling 10.1 (genaamd "strafbare feiten"), met een opsomming van strafbare feiten die bij het opleggen van sancties in de desbetreffende artikelen steeds hetzij "misdrijf" (gedefinieerd als "de bij deze wet strafbaar gestelde feiten waarop gevangenisstraf is gesteld") hetzij "overtreding" (gedefinieerd als "de overige bij deze wet strafbaar gestelde feiten [...]") worden genoemd.

Gegeven deze bestaande systematiek maakt de Afdeling de volgende opmerkingen over de vormgeving van de voorgestelde aanpassingen van het sanctiestelsel van de ADW.

a. Hoofdstukaanduidingen

Ingevolge het voorstel worden sommige strafbare feiten (het gaat daarbij steeds om "overtredingen") als beboetbare feiten ("vergrijpen") aangemerkt. Bij de wettelijke vormgeving van het herziene sanctiestelsel is er - op één geval na (zie onder b hierna) - niet voor gekozen om de desbetreffende artikelen (of onderdelen daarvan) te verplaatsen van hoofdstuk 10 van de ADW naar hoofdstuk 9 van de ADW, maar is ervoor gekozen om die (onderdelen van) artikelen te laten staan in hoofdstuk 10, en slechts de benaming van de hoofdstukken 9 en 10 (en - voor zover nog relevant - van de afdelingen ervan) te wijzigen.

Zo wordt voorgesteld om hoofdstuk 9 "verzuimen" te noemen (en daarnaast geen onderverdeling meer in afdelingen te maken). De Afdeling merkt op dat met het begrip "verzuimen" wordt miskend dat er in hoofdstuk 9 ook sprake is (en blijft) van "vergrijpen" .

Daarnaast wordt voorgesteld om hoofdstuk 10 "vergrijpen" te noemen. De Afdeling kan dit niet plaatsen. Weliswaar merkt het voorstel sommige overtredingen als een vergrijp aan, maar miskend wordt dat in hoofdstuk 10 nog tal van strafbare feiten (misdrijven en overtredingen) resteren.

De Afdeling adviseert de logische opbouw van de hoofdstukken 9 en 10 te bezien en het voorstel zodanig te wijzigen dat de hoofdstukaanduidingen overeenkomen met de inhoud van de hoofdstukken.

b. Overtreding van lagere regelgeving

Zoals onder a hiervoor is aangegeven, kent het voorstel één verplaatsing van hoofdstuk 10 naar hoofdstuk 9 van de ADW. Het gaat daarbij om de huidige artikelen 10:10 en 10:11 van de ADW. In die artikelen worden overtredingen van bij algemene maatregel van bestuur respectievelijk bij ministeriële regeling vastgestelde bepalingen, voor zover die overtreding is aangemerkt als een strafbaar feit, bestraft met geldboeten. Het voorstel legt alleen sancties op voor overtredingen van het bij algemene maatregel van bestuur bepaalde, en wel met een bestuurlijke boete (van dezelfde hoogte). Deze beboeting wordt verplaatst van hoofdstuk 10 naar hoofdstuk 9 van de ADW, en wel naar artikel 9:5, tweede lid (nieuw), van de ADW.

Het ontgaat de Afdeling waarom op dit punt wel sprake is van een verplaatsing. Daarnaast merkt de Afdeling op dat het niet helder is waarom in het voorgestelde artikel 9:5, tweede lid, van de ADW het overtreden van het bij algemene maatregel van bestuur bepaalde, nog steeds wordt aangemerkt als een "overtreding" (terwijl het niet meer om strafbare feiten gaat) en waarom hier niet is gekozen voor het begrip "vergrijp". Tot slot merkt de Afdeling op dat in de memorie van toelichting niet is aangegeven waarom in het voorstel de mogelijkheid ontbreekt om het overtreden van bij ministeriële regeling vastgestelde bepalingen te beboeten.

De Afdeling adviseert in de memorie van toelichting aandacht te besteden aan het vorenstaande en het voorstel zo nodig aan te passen.

c. Strafrechtelijke geldboete van de vierde categorie

In de artikelsgewijze toelichting op het voorstel wordt opgemerkt dat alle strafbepalingen waar in de huidige tekst een maximale strafboete van de derde categorie of lager voor kan worden geëist, worden vervangen door bestuurlijke boeten van dezelfde hoogte. Niettemin wordt voorgesteld om in artikel 10:9, tweede lid, van de ADW de strafrechtelijke beboeting met een geldboete van de vierde categorie, te vervangen door een bestuurlijke beboeting van de derde categorie. Deze bestuurlijke beboeting komt dan te staan naast de strafrechtelijke beboeting van ten hoogste twee jaren gevangenisstraf (dualiteit). De memorie van toelichting noemt deze dualiteit niet (het gaat hier kort gezegd over niet toegestane ingrepen in herkenningmiddelen) en geeft aan dat het voorstel slechts twee voorbeelden van dualiteit kent (namelijk smokkel en het doen van foutieve aangifte).

De Afdeling adviseert de voorgestelde aanpassing van artikel 10:9, tweede lid, van de ADW te schrappen.

d. Medeplichtigheid aan overtredingen

In artikel 10:16, eerste lid, van de ADW wordt de medeplichtigheid aan een aantal "overtredingen" strafbaar gesteld en worden de artikelen 48 en 49 van het WvSr van overeenkomstige toepassing verklaard. Het voorstel strekt ertoe artikel 10:16 van de ADW aan te passen aan de vernieuwde opzet van de strafbepalingen in de ADW, aldus de artikelsgewijze toelichting. Daartoe worden in genoemd eerste lid de verwijzingen aangepast en wordt het begrip "overtredingen" vervangen door "strafbare feiten". Volgens het voorstel is aldus medeplichtigheid aan de "strafbare feiten" die staan vermeld in de artikelen waarnaar wordt verwezen, strafbaar. De Afdeling merkt hier het volgende over op.

1°. Het voorstel verwijst in artikel 10:16, eerste lid, van de ADW naar artikel 10:2 van de ADW. In de vernieuwde opzet is in artikel 10:2 niet langer sprake van een "strafbaar feit" genaamd "overtreding" maar van een bestuurlijk beboetbaar "vergrijp". In die zin klopt de verwijzing naar artikel 10:2 niet. De Afdeling gaat ervan uit dat het voorstel niet het oogmerk heeft om voor een vergrijp een bestuurlijke boete op te leggen en voor de medeplichtigheid aan hetzelfde vergrijp een strafrechtelijke boete.

De Afdeling adviseert de verwijzing naar artikel 10:2 van de ADW te schrappen.

2°. Het voorstel verwijst in artikel 10:16, eerste lid, van de ADW naar artikel 10:3 van de ADW. In zoverre deze verwijzing ziet op artikel 10:3, eerste lid, geldt daarvoor hetzelfde als hiervoor onder 1° is opgemerkt. In zoverre deze verwijzing ziet op artikel 10:3, tweede lid, merkt de Afdeling op dat het in dit tweede lid weliswaar gaat om een "strafbaar feit" (namelijk een "misdrijf"), maar dat de artikelen 48 en 49 van het WvSr al voorzien in het strafbaar stellen van medeplichtigheid aan misdrijven. Een verwijzing als de onderhavige is daarvoor niet nodig.

De Afdeling adviseert de verwijzing naar artikel 10:3 van de ADW te schrappen.

3°. Het voorstel verwijst in artikel 10:16, eerste lid, van de ADW naar artikel 10:5, vierde lid, van de ADW. Het voorstel impliceert daarmee dat medeplichtigheid aan het "opzettelijk" begaan van de feiten, bedoeld in artikel 10:5, eerste lid, onderdeel a, strafbaar wordt gesteld. Het huidige artikel 10:16, eerste lid, van de ADW verwijst echter rechtstreeks naar artikel 10:5, eerste lid, onderdeel a, en stelt medeplichtigheid strafbaar aan het "niet opzettelijk" begaan van dit feit. De artikelsgewijze toelichting gaat niet in op dit verschil in al dan niet opzettelijkheid. Wel komt uit de artikelsgewijze toelichting - die verwarrend is omdat ten onrechte het woord "vergrijp" wordt gehanteerd - naar voren dat wordt beoogd om medeplichtigheid aan de feiten in genoemd onderdeel a enerzijds (het doen van een onjuiste aangifte) en de feiten in onderdeel b, onder 3°, van genoemd eerste lid anderzijds (het tonen van vervalste gegevensdragers), op dezelfde wijze te bestraffen. Indien dit de bedoeling is, zou dit beter kunnen worden bereikt door te verwijzen naar "artikel 10:5, tweede lid, voor zover dit betreft de feiten, bedoeld in het eerste lid, onderdelen a en b, onder 3°".

De Afdeling adviseert in de artikelsgewijze toelichting op het vorenstaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

In lijn met de opmerkingen van de Afdeling onder 1°, 2° en 3° hiervoor, adviseert de Afdeling om in artikel 10:16, eerste lid, van de ADW niet het begrip "strafbaar gestelde feiten" te hanteren maar het begrip "overtredingen" te handhaven.

e. Poging tot misdrijf

Ingevolge het voorgestelde artikel 10:16, tweede lid, eerste volzin, van de ADW wordt een poging tot het in artikel 10:3 van de ADW bedoelde misdrijf strafbaar gesteld. De bestaande tweede volzin van dit tweede lid, waarin wordt geregeld dat artikel 45 van het WvSr van overeenkomstige toepassing is, blijft daarbij ongewijzigd.

De Afdeling wijst erop dat de strafbaarstelling van een poging tot misdrijf al direct voortvloeit uit artikel 45 van het WvSr en adviseert artikel 10:16, tweede lid, van de ADW om die reden te schrappen.

f. Uitbreiding toepassing Nederlandse strafwet

Artikel 10:17, onderdeel b, van de ADW kent een verwijzing naar "de in artikel 10:5, eerste lid, onderdeel b, onder 3°, omschreven overtreding". Ingevolge het voorstel wordt deze overtreding

opgenomen in artikel 10:5, tweede lid (nieuw), van de ADW. Het voorstel voorziet echter niet in een aanpassing van artikel 10:17, onderdeel b, van de ADW.
De Afdeling adviseert artikel 10:17, onderdeel b, van de ADW aan te passen.

g. Verbeurdverklaring

Artikel 10:18 van de ADW ziet op een verbeurdverklaring in gevallen van veroordeling wegens bepaalde in de ADW omschreven strafbare feiten. Artikel 10:18 verwijst daartoe naar bepaalde artikelen in de ADW. Het voorstel strekt ertoe enkele van deze verwijzingen aan te passen. De Afdeling maakt twee opmerkingen bij deze aanpassingen.

1°. Artikel 10:18 van de ADW verwijst naar artikel 10:2 van de ADW. Het voorstel merkt het in artikel 10:2 omschreven strafbare feit aan als een bestuursrechtelijk beboetbaar "vergriep". Daarmee kan van een veroordeling wegens een strafbaar feit niet langer sprake zijn en moet de verwijzing naar artikel 10:2 worden aangepast. Het voorstel bevat echter geen aanpassing op dit punt.

De Afdeling adviseert de verwijzing naar artikel 10:2 van de ADW te schrappen.

2°. Terecht wordt de verwijzing naar artikel 10:5, eerste lid, onderdeel a, van de ADW aangepast. Het voorstel merkt het in dat onderdeel a omschreven strafbare feit (overtreding of misdrijf) immers aan als een bestuursrechtelijk beboetbaar "vergriep". Daarmee kan van een veroordeling wegens een strafbaar feit niet langer sprake zijn en moet de verwijzing naar artikel 10:5, eerste lid, onderdeel a, worden aangepast. De Afdeling merkt echter op dat de verwijzing in het voorstel naar artikel 10:5, derde lid, niet de juiste verwijzing kan zijn. In dat derde lid komt immers het in onderdeel a beschreven feit niet voor.

Nu het voorstel de strafrechtelijke beboeting met een geldstraf ("overtreding") van het in onderdeel a omschreven feit, verplaatst naar artikel 10:5, tweede lid, adviseert de Afdeling naar dit tweede lid te verwijzen.

5. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

De Afdeling advisering van 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,

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W06.12.0043/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- In het opschrift (in de aanduiding tussen haakjes) "Wet" schrappen, in overeenstemming ook met de toelichting op aanwijzing 108 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Voorts de memorie van toelichting voorzien van eenzelfde opschrift.

- Gelet op het in artikel I, onderdeel A, opgenomen artikel 1:3, eerste lid, onderdeel h (nieuw), van de ADW, het voorstel zodanig aanvullen dat ook in de artikelen 10:1, tweede en vijfde lid, 10:3, tweede lid, 10:4, tweede lid, 10:5, tweede en derde lid, 10:8, tweede lid, en 10:9, tweede lid, van de ADW "categorie" wordt vervangen door "boetecategorie".

- In artikel I, onderdeel B, in de vervangende tekst "in het Europese deel van Nederland" vervangen door "in Nederland", aangezien het begrip "Nederland" al het in Europa gelegen deel van het Koninkrijk betreft (zie onder meer de artikelen 1:2, 1:9, 3:3, zesde lid, 10:17 en 12:2 van de ADW en 1.1, onderdeel dd, van de Douane- en Accijnswet BES; zie ook artikel 2, derde lid, onderdeel d, onder 3°, van de AWR).

- De in artikel I, onderdeel F, opgenomen vervangende tekst vervangen door "hoger is dan het bedrag dat is vastgesteld voor de eerste boetecategorie".

- Ingevolge artikel I, onderdeel G, wordt, door middel van de vervangende tekst, in artikel 9:4, eerste lid, van de ADW een onderscheid gemaakt tussen "het niet naleven van voorwaarden"

en "het niet nakomen van een verplichting". Dit onderscheid ook maken in de rest van het artikel door niet alleen steeds te spreken van "het niet naleven van voorwaarden" maar ook van "het niet nakomen van een verplichting". Voorts in die vervangende tekst ook het "niet tijdig" naleven tot uitdrukking brengen. Ten slotte de in artikel 9:4, eerste lid en tweede lid, van de ADW gehanteerde terminologie (het "naleven" van een voorwaarde respectievelijk het "vervullen" van een voorwaarde) op elkaar afstemmen.

- In het in artikel I, onderdeel H, opgenomen artikel 9:5, eerste lid, tweede volzin (nieuw), van de ADW "het bedrag geldend voor de eerste boetecategorie" vervangen door "het bedrag dat is vastgesteld voor de eerste boetecategorie", in overeenstemming met de onder meer in het tweede lid (nieuw) van genoemd artikel 9:5 gehanteerde terminologie. Voorts in die tweede volzin "de helft van dit bedrag" vervangen door "de helft van het bedrag dat is vastgesteld voor de eerste boetecategorie".

- Artikel I, onderdeel M, tweede volzin, zodanig aanpassen dat met betrekking tot artikel 10:2 van de ADW de te vervangen tekst luidt "wordt gestraft met een geldboete van de derde categorie".

- In artikel I, onderdeel N, eerste lid, in de vervangende tekst "geldboete van de derde categorie" vervangen door: geldboete van de derde boetecategorie.

- In het in artikel I, onderdeel O, vierde lid, opgenomen artikel 10:5, tweede lid (nieuw), van de ADW "geldboete van de derde categorie" vervangen door "geldboete van de derde boetecategorie".

- In artikel III de inwerkingtreding van artikel II in een tweede lid formuleren als afwijking van de inwerkingtreding van het voorstel bij koninklijk besluit in een eerste lid, nu met betrekking tot artikel II de tijdstippen van (al dan niet) inwerkingtreding al zijn geregeld in de onderdelen a, b en c, van artikel III, en voor de inwerkingtreding van artikel II dus geen koninklijk besluit nodig is.

- In de toelichting op artikel I, onderdeel B, wordt opgemerkt dat, wanneer het Gemoderniseerd douanewetboek (MCC) in werking treedt, de verlengde navorderingstermijn die geldt voor feiten die strafrechtelijk vervolgbaar zijn, ook mogelijk zal zijn voor feiten die niet strafrechtelijk vervolgbaar maar bestuurlijk beboetbaar zijn. Betreffende passage schrappen nu artikel 68 van het MCC geen verlengde navorderingstermijn kent voor bestuurlijk beboetbare feiten.