

# Postmixen, krulsla, lekdichtheid en tabaksreclame.

Het legaliteitsvereiste en het lex certa-  
beginsel

Rogier Stijnen

Juni 2015

# Verdragen

Artikel 7 EVRM, artikel 15 IVBPR, artikel 49 EU-Handvest:

1. Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde.

# Nederlandse wetgeving

Artikel 16 Grondwet, artikel 1 lid 1 WvSr:

Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

Artikel 89 Grondwet:

2. Voorschriften, door straffen te handhaven, worden daarin alleen gegeven krachtens de wet.

Artikel 5:4 Awb:

2. Een bestuurlijke sanctie wordt slechts opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven.

# Rechtspraak EHRM

- The court observes that the word “law” in the expression “prescribed by law” covers not only statute but also unwritten law (EHRM 26 april 1979, Sunday Times).
- Voor geschreven recht hanteert het EHRM het uitgangspunt dat de nationale rechters dit dienen uit te leggen en toe te passen en dat het EHRM hier teruggreedt, tenzij die uitleg of toepassing volstrekt geen recht doet aan de nationale wetgeving in kwestie (EHRM 29 juni 2006, Weber en Saravia).
- Artikel 7 lid 1 EVRM: “nullum crimen, nulla poena sine lege”. Verbod van analogie. Bepaaldheidsgebod. Geschreven en ongeschreven recht moet toegankelijk en voorzienbaar zijn. Verkrachting binnen het huwelijk: Ontwikkeling van de term “unlawful” in het Engelse recht. (EHRM 22 november 1995, C.R.)

- Een supermarktmanager wordt vervolgd wegens verboden verkoop van medicijnen. Als men zich in het economisch verkeer begeeft kan worden gevegd dat men tevoren juridisch advies inwint over wat mag en niet mag (EHRM 15 november 1996, Cantone).
- Het werkgeversbegrip (“een ander arbeid laten verrichten”) in de Wav is ruim en tendeert naar risicoaansprakelijkheid. Als krantenuitgevers de distributie van kranten uitbesteden dan blijven zij verantwoordelijk in het kader van de Wav. Het argument dat het “invloedcriterium” geïntroduceerd door de ABRvS in deze zaak geen precedent kent in eerdere jurisprudentie, faalt. Juridische interpretatie vergt noodzakelijkerwijs de ontwikkeling van nieuwe concepten in reactie op nieuwe situaties en gewijzigde omstandigheden (EHRM 28 juni 2011, FD)

# Begrenzing

- In een tuchtzaak was een Italiaanse rechter veroordeeld wegens lidmaatschap van een vrijmetselaarsloge. Zijn gedrag zou onwaardig zijn voor het het vertrouwen of prestige dat in hem wordt gesteld. Dit was een te vage norm (EHRM 17 februari 2004, Maestri).
- Het bij privatisering van een Ests staatsbedrijf geven van een staatsgarantie leverde de directeur gevangenisstraf op wegens misbruik van bevoegdheid, ondanks dat de staat nadien enorme winst maakte met zijn minderheidsaandeel en bij gebrek aan garanties de overname mogelijk niet door ging. Het gebruik van oude Sovjet-regelgeving was niet voorzienbaar (EHRM 25 juni 2009, Liivik).

# Omzetting Unierecht

Het legaliteitsbeginsel is een algemeen beginsel van het recht van de Unie, dat met name is neergelegd in artikel 49 lid 1 EU-Handvest. Dit beginsel, dat door de lidstaten met name moet worden geëerbiedigd wanneer zij de niet-naleving van bepalingen van het recht van de Unie strafbaar stellen, impliceert dat de wet een duidelijke omschrijving geeft van de strafbare feiten en de daarop gestelde straffen. Aan deze voorwaarde is uitsluitend voldaan wanneer de justitiabele uit de bewoordingen van de relevante bepaling, zo nodig met behulp van de door de rechterlijke instanties daaraan gegeven interpretatie, kan opmaken voor welk handelen of nalaten hij strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.

HvJ EU 10 november 2011, Özlem Garenfeld.

- Voor rechtstreekse toepassing van Unierecht zal geen plaats kunnen zijn als een richtlijn niet of niet goed is omgezet. De rechtszekerheid verzet zich daar tegen.
- Voor richtlijnconforme interpretatie zal wel de nodige ruimte zijn, ook bij bestrafing (HvJ EG 5 juli 2007, Kofoed).
- Richtlijnconforme interpretatie mag niet “contra legem” werken: de materiële strafwaardigheid mag er niet door worden bepaald of verzwaaard (HvJ EG 22 november 2005, Gronggaard).

De plicht van de nationale rechter tot richtlijnconforme interpretatie, teneinde het met de richtlijn beoogde resultaat te bereiken (zie thans artikel 288, derde alinea, VWEU), brengt mee dat de nationale rechter bij de uitlegging en toepassing van het nationale recht ervan moet uitgaan dat de staat de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen. Die verplichting kan daarom niet afstuiten op het resultaat van een wetshistorische uitlegging van de betrokken nationale bepaling, indien de bewoordingen van die bepaling een uitlegging toelaten die deze bepaling in overeenstemming doet zijn met de richtlijn.

Het beginsel van rechtszekerheid verlangt in dat geval niet dat de justitiabele die reden vindt zich nader te oriënteren omtrent de betekenis en reikwijdte van de wettelijke bepaling, met voorbijgaan aan artikel 288, derde alinea, VWEU moet kunnen afgaan op uitsluitend de gevolgtrekkingen die hij meent te kunnen baseren op toelichtingen en uitlatingen die zijn gegeven of gedaan in het proces van het tot stand brengen van de wettelijke regeling.

ECLI:NL:HR:2007:AZ3758.

# Oprekken norm: ECLI:NL:HR:2007:AZ3142 (Postmixen)

- In een bar worden aan jongeren postmixdrankjes als UFO en BACO geschonken. Destijds gold een verbod van verkoop van sterke drank (15%) aan jongeren tot 18 jaar.
- HR: Gelet op doel en strekking en het daaruit voortvloeiende verbod uit de Drank- en Horecawet om sterke drank te verstrekken aan jongeren onder 18 jaar, omvat dit verbod mede de verstrekking van sterke drank in een door de verstrekker vervaardigd mengsel van sterke drank en (een) andere drank(en) (zogenoemde postmixen) met het oog op het risico dat het alcoholpercentage van dat mengsel — welk percentage zich moeilijk zal laten vaststellen — de in de Drank- en Horecawet vastgelegde limiet te boven gaat.
- Gaat dit om een vage norm? Nee, eerder een oprekking van de norm door de HR, die werkt als een onweerlegbaar rechtsvermoeden: als een ingrediënt van de postmix uit een fles komt met een alcoholpercentage van 15% dan wordt aangenomen dat sterke drank wordt geschonken. Deze uitleg raakt echter wel aan het bepaaldheidsgebod.

# Oprekken norm: ECLI:NL:HR:2001:AA9819 (Vuurwerkbesluit)

- Het enkele feit dat vuurwerk niet voldoet aan de eisen van het Vuurwerkbesluit brengt niet mee dat dat vuurwerk voor de toepassing van dat besluit niet meer geacht kan worden te zijn bestemd voor de particuliere gebruiker. De HR gaat eraan voorbij dat de tekst Vuurwerkbesluit en voorheen het Reglement Gevaarlijke Stoffen een andere bedoeling van de wetgever tot uitdrukking brengen, namelijk de wederzijdse uitsluiting van toepassing van die regelingen, omdat een andere uitleg tot ernstige problemen zou leiden bij handhaving van de tot particulieren gerichte voorschriften.
- Ook hier een oprekking van een verbodsnorm. Groot vuurwerk wordt zo klein vuurwerk dat niet aan de normen voldoet en dus illegaal wordt verkocht aan particulieren. Een teleologische interpretatie derhalve, net als bij de postmixen.

# Vage norm: ECLI:NL:HR:2000:AA7954 (Krulsla)

- Onder “sla” in de Warenwetregeling Nitraatgehalte groenten kunnen ook subcategorieën van sla (zoals krulsla, dat een te hoog nitraatgehalte heeft) worden verstaan, zodat de verkoper van krulsla strafbaar is.
- Het bepaaldheidsgebod houdt in dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft. De rechtszekerheid eist dit. Van de wetgever mag worden verlangd dat hij met het oog daarop op een zo duidelijk mogelijke wijze delicten omschrijft. Een zekere vaagheid kan daarbij onvermijdelijk zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, delictsomschrijvingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van de wetgeving schade lijdt.
- In dit verband verdient nog opmerking dat indien het om professionele marktdeelnemers gaat, mag worden verlangd dat deze zich terdege laten informeren over de beperkingen waaraan hun gedragingen zijn onderworpen. Nu de bewijsmiddelen inhouden dat het hier om een professionele marktdeelnemer gaat, staat het bepaaldheidsgebod er niet aan in de weg onder de soort sla ook subcategorieën van sla te verstaan.

## Vage norm: ECLI:NL:HR:2005:AR6579 (Lekdichtheid)

- Verdachte: De termen “onvoldoende lektheid” en “zodanig beheer dat verlies van koudemiddel wordt voorkomen” maken niet duidelijk welke mate van lekverlies nog als acceptabel wordt beschouwd en welk verlies de verdachte strafrechtelijk valt aan te rekenen.
- HR: Art. 15 Besluit inzake stoffen die de ozonlaag aantasten 1995 en art. 6 Regeling lektheidsvorschriften koelinstallaties 1997 zijn niet onverbindend wegens strijd met het legaliteitsbeginsel. De aard en inhoud van de aan de hier toepasselijke voorschriften ten grondslag liggende norm maakt enerzijds een zekere vaagheid in de delictomschrijving onvermijdelijk, terwijl anderzijds die voorschriften voldoende concreet zijn om de betrokkene in staat te stellen zijn gedrag daarop af te stemmen. Van professionele marktdeelnemers mag worden verlangd dat deze zich terdege laten informeren over de beperkingen waaraan hun gedragingen zijn onderworpen. Gelet op de vastgestelde lekverliezen moet het ook voor verdachte duidelijk zijn geweest dat haar gedraging een overtreding van het desbetreffende voorschrift opleverde.

## Vage norm: ECLI:NL:CBB:2007:BC2232 (Tabaksreclame)

- Tabaksreclame is verboden op grond van artikel 5 Tabakswet. Uitzondering geldt voor het op reguliere wijze presenteren van tabakswaar, door middel van het tonen daarvan in een gesloten verpakking tegen een neutrale achtergrond en de normale prijsaanduiding.
- Voor de onderneming was het voldoende kenbaar dat zij handelde in strijd met het verbod. De norm maakt voldoende concreet duidelijk welke gedragingen met betrekking tot de presentatie van tabaksproducten zijn toegestaan.
- Uit de wetsgeschiedenis blijkt onmiskenbaar dat de wetgever met bovengenoemde bepaling slechts een beperkte uitzondering op het verbod op tabaksreclame op het oog heeft gehad.
- Hoewel met betrekking tot de voor te koop aanbieden van tabaksproducten noodzakelijke presentatie van de verpakkingen niet geheel valt uit te sluiten dat enig onderscheid naar categorie van tabaksverkooppunt kan worden gemaakt, vermag het College niet in te zien dat het te koop aanbieden van pakjes sigaretten vanuit een stand op een beurs of evenement zich in zo relevante mate onderscheidt van hetgeen in de meeste tabaksverkooppunten gebruikelijk is, dat daarvoor een andere vorm van presentatie onvermijdelijk is.

# Reparatie van onvolkomen wetgeving

- Hiervoor Vuurwerkbesluit en Postmixen.
- Voorts leest de HR verouderde verwijzingen in de WED verbeterd, zodat vervolging mogelijk blijft (ECLI:NL:HR:2006:AV1141).
- Een ontoereikende wettelijke grondslag voor een algemeen rookverbod in cafe's zonder personeel wordt ook met de mantel der liefde bedekt (ECLI:NL:HR:2010:BK8211).
- Gelede normstelling verbod op koersmanipulatie (CBB, JOR 2005/248)

## Grenzen? Vooral bestuursrechter

- Arbeidstijd (ECLI:NL:RVS:2009:BH4621)
- Ontbreken afstemming (ECLI:NL:CRVB:2002:AE6184)
- Geijkt weegwerktuig (ECLI:NL:CBB:2009:BJ2684)
- Sanctiewetgeving en trustkantoor (ECLI:NL:RBROT:2010:BL6974)

# Beoordelingsvrijheid?

Het bepaaldheidsgebod staat mijns inziens in de weg aan beoordelingsvrijheid van het bestuur bij de vaststelling van feiten of de uitleg van een vage norm.

Soms gaat bestuursrechter toch uit van beoordelingvrijheid:

- Oppervlakte groepsruimtes kinderdagverblijf (ECLI:NL:RVS:2015:59)
- Aannemelijkheidstoets S&O-verklaring (ECLI:NL:CBB:2014:382)
- Economische analyse (HvJ EU 8 december 2011, KME)

Uitdrukkelijk geen beoordelingsvrijheid:

- “Naar het oordeel van” (ECLI:NL: ECLI:NL:CRVB:2005:AU7664)
- Beladingsruimte runderen (ECLI:NL:CBB:2014:468)

# Tot slot: enige bevindingen

- Zowel de strafrechter als bestuursrechter werkt met open of vage normen.
- Voor wat betreft gebrekkige geledede normstelling of echte wettelijke hiaten lijkt het er op dat de Nederlandse bestuursrechter iets minder rekkelijk is dan de economische strafrechter.
- Oorzaken? De bestuursrechter werkt dagelijks met geledede normstelling, bestuursorganen zijn gebonden aan het specialiteitsbeginsel, de bestuursrechter heeft een toetsende rol en hij heeft daarbij steeds het oog op de trias politica.
- Dit laatste brengt echter soms ook ten onrechte een terughoudende toets van de bestuursrechter met zich.