

UNIVERSITEIT TWENTE.

RAPPORT ONDERZOEK BEVOEGDHEID
DRAGEN GEWELDSMIDDELEN DOOR DOUANE

RAPPORT VAN DE LEERSTOEL *LAW, GOVERNANCE & TECHNOLOGY*

UNIVERSITEIT TWENTE

Enschede, 15 september 2014
Prof. mr.dr. M.A. Heldeweg en mr. dr. M. Harmsen

1. Inleiding

De opdracht van de Ondernemingsraad Douane luidt als volgt:

“Medewerkers werkzaam in het proces Overige Sub- en Objecten van Douane Toezicht dragen gewelddsmiddelen (vuurwapen, pepperspray, wapenstok en handboeien) in verband met mogelijke veiligheidsrisico's voor de betrokken ambtenaren. De wettelijke bevoegdheden voor het gebruik van geweld, zoals deze voor BOA's gelden, zijn opgenomen in artikel 7 van de Politiewet 2012, als gevolg van artikel 6, besluit Buitengewoon opsporingsambtenaar Belastingdienst/Douane. Tot juni 2014 droegen de medewerkers deze gewelddsmiddelen bij al hun controle werkzaamheden, los van de wet waarop deze controles waren gestoeld.

Het management team (MT) Douane neemt nu een ander standpunt in. Zij stelt, dat de bevoegdheid om gewelddsmiddelen te mogen dragen bij de uitvoering van controles, expliciet in een gewelddsbepaling in de desbetreffende wet moet zijn opgenomen. In artikel 1.30 lid 1 van de Algemene Douanewet (ADW) is de bevoegdheid voor de inspecteur opgenomen om tijdens een controle geweld te gebruiken. In 2003 is de Wet op de Accijns (WA) onder de Algemene Wet Rijksbelasting (AWR) komen te vallen. Deze wet kent echter geen bepalingen die gebruik van geweld mogelijk maakt om een controle af te dwingen. Ook de WA kent deze bepaling niet.

Het gevolg van dit standpunt is dat bij controles op grond van de ADW de Douane gewelddsmiddelen tijdens de controles draagt en bij controles op grond van de WA niet. In de praktijk van alledag betekent dit voor de medewerkers dat zij gewelddsmiddelen dragen als zij alleen ADW controles doen. Verrichten zij alleen WA controles dan dragen zij geen gewelddsmiddelen. Uit praktische overwegingen dragen de medewerkers die zowel ADW- als WA controles uitvoeren gewelddsmiddelen.

Toets vraag: Mag de Douane, op grond van de bevoegdheden voor het gebruik van geweld, zoals deze voor BOA's gelden, opgenomen in artikel 7 van de Politiewet 2012, als gevolg van artikel 6, Besluit Buitengewoon Opsporingsambtenaar Belastingdienst/Douane tijdens alle controle werkzaamheden gewelddsmiddelen dragen?”

Hieronder zal deze vraag door ons worden beantwoord.

2. Het vereiste van een wettelijke grondslag

Overheidsoptreden, zeker wanneer dat ingrijpt in eigendoms- en vrijheidsrechten van burgers behoeft een wettelijke basis. Dit betekent in ieder geval dat in een bepaling in een wet in formele zin, een nationale wet die tot stand is gebracht door samenwerking tussen regering en parlement, een toestemming is gegeven voor zulk een overheidsingrijpen. Het aanwenden van geweld jegens goederen of personen is zeker aan te merken als overheidsingrijpen dat een wettelijke grondslag behoeft; in het bijzonder 11 van de Grondwet (Gw) laat daarover geen enkele twijfel bestaan. Art 11 Gw bepaalt dat een ieder, behoudens bij of krachtens te stellen beperkingen, recht heeft op onaantastbaarheid van zijn lichaam. Blijkens de grondwetsgeschiedenis gaat “het bij het recht op onaantastbaarheid van het lichaam [...] om het recht op afweer van invloeden van buitenaf op het lichaam.” (Kamerstukken 1978/79 15 463, nr.2, p.5). Met andere woorden, dit grondrecht biedt burgers bescherming tegen ongewilde bemoeienis met het eigen lichaam door derden (in het bijzonder de overheid). Overigens geniet de lichamelijke integriteit eveneens bescherming als onderdeel van art 10, recht op persoonlijke levenssfeer; het recht op lichamelijke integriteit wordt

aldus weer de grondwetsgeschiedenis beschouwd als een kernelement van de persoonlijke levenssfeer (Kamerstukken 197/80 16 086, nr. 1, p. 1-2.).

Vertrekpunt voor de beoordeling van de vraag of overheidsdiensten, zoals de douane, geweld mogen aanwenden is derhalve de Grondwet. Deze stelt de vrijheid van de burger voorop, doch staat de wetgever in formele zin toe beperkingen aan te brengen op de in art 10 en 11 Gw vooropgestelde vrijheden. Uit de in deze grondwetsartikelen gehanteerde terminologie' bij of krachtens' volgt dat het de wetgever in formele zin is toegestaan nadere regelstelling over te laten aan lagere wetgevers, zoals de regering of minister.

3. De wettelijke grondslag voor het dragen van gewelddmiddelen door de douane

3.1. Het gebruiken van geweld op grond van de ADW

De geweldsbepaling krachtens de ADW

De op 1 augustus 2008 inwerking getreden ADW bevat een set van controlebevoegdheden waarvan de douane gebruik kan maken, ongeacht de controletaak die zij op dat moment uitoefent. Met deze wet is beoogd te voorzien in een zelfstandig geheel van bepalingen dat het uitoefenen van alle aan de douane opdragen douanetaken ondersteunt. De bevoegdheden die de wet in het bijzonder aan de (douane-)inspecteur heeft toegekend zijn vastgelegd in zowel het Communautair Douane Wetboek (CDW) als in de ADW (Kamerstukken 2005/06 30 580, nr. 3, p. 8, hierna: kortweg MvT ADW).

De ADW bevat formeelrechtelijke bepalingen voor de controle door de ambtenaren van de douane op de handhaving en naleving van fiscale en niet-fiscale wetgeving (MvT ADW, p. 70). Wat betreft de controlebevoegdheden voorziet de ADW in een speciale regeling: deze bevoegdheden zijn integraal opgenomen in de ADW; van de mogelijkheid van verwijzing naar de toezichtsbevoegdheden die zijn opgenomen in hoofdstuk 5 van de Awb is geen gebruik gemaakt. De controlebevoegdheden zijn in de ADW opgenomen in Afd. 1.4 en wel in de artikelen 1.20 tot en met 1.37.

Art 1:30, eerste lid ADW voorziet in een uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor het bij een controle gebruiken van geweld(smiddelen). Deze bevoegdheid wordt in hetzelfde artikellid beperkt: het beoogde doel moet geweld rechtvaardigen en het doel mag niet op andere wijze kunnen worden bereikt. Op grond van het vijfde lid dient het gebruik van geweld 'redelijk' en 'gematigd' te zijn. Het zesde lid bevat een zogeheten delegatiebepaling, die het mogelijk maakt om in een door de regering als lagere wetgever vast te stellen algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen omtrent de toepassing van dit artikel. Uit de redactie van dit zesde lid van art 1:30 ADW volgt dat de regering op haar beurt het stellen van nadere regels mag overdragen aan bijvoorbeeld de minister als wetgever ('subdelegatie'). Anstonds zal op deze gedelegeerde regelgeving nader worden ingegaan. Volstaan wordt hier met de opmerking dat de betreffende algemene maatregel van bestuur, het Algemene Douanebesluit (hierna: Adb), de bevoegdheid toekent aan de inspecteur en de douane-ambtenaren die namens de inspecteur controlebevoegdheden uitoefenen om bepaalde gewelddmiddelen aan te wenden¹, zij het slechts in een bepaalde, in het Adb omschreven situatie.²

¹ Volgens de Nota van Toelichting gaat het om 'een korte wapenstok, een semi-automatisch pistool en pepperspray.

² Op grond van art 1:9 Adb is het aanwenden van een gewelddmiddel slechts geoorloofd om een persoon aan de kleding te onderzoeken ten aanzien van wie redelijkerwijs mag worden aangenomen dat hij een wapen bij zich heeft.

Alvorens nader in te gaan op de vraag wie gewelddsmiddelen mag gebruiken en om deze reden ook mag dragen, dient evenwel eerst te worden nagegaan welke de reikwijdte is van de ADW; is deze wet inderdaad zo *algemeen* dat deze van toepassing is op alle voorschriften op de naleving waarvan de douane dient toe te zien? Meer in het bijzonder luidt de vraag bij controles van welke voorschriften de douane-inspecteur geweld, zoals bedoeld in art 1:30 ADW, mag gebruiken.

Art 1:20 ADW laat er geen misverstand over bestaan, dat de controlebevoegdheden van de ADW (dat wil zeggen, die welke zijn neergelegd in Afd. 1.4) slechts mogen worden aangewend "... op douanetoezicht of douanecontrole op de voet van het bij of krachtens deze wet bepaalde." Derhalve mag de inspecteur op grond van art 1:30 alleen gewelddsmiddelen gebruiken indien het een controle betreft waarop de ADW van toepassing is. De voorschriften van afd. 1.4 ADW hebben alleen betrekking op het uitoefenen van geweld en het uitvoeren van een veiligheidsfouillering in de controlesfeer. Voor de uitoefening van geweld in het kader van de opsporing van strafbare feiten is de Ambtsinstructie voor de Politie, de Koninklijke marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar (Algemene maatregel van bestuur van 8 april 1994, Stb. 275) van toepassing (Nota van Toelichting op het Adb, p. 15).

Het toepassingsbereik van de ADW

Nu vaststaat dat de ADW voorziet in specifieke aan de douane toegekende controlebevoegdheden, waaronder ook het gebruiken van geweld tegen personen en goederen, rijst de vraag voor de controle van welke wettelijke bepalingen deze bevoegdheden, het gebruik van gewelddsmiddelen daaronder begrepen, mogen worden aangewend. Deze vraag laat zich vertalen als de vraag naar de reikwijdte van de ADW.

Art 1:1 ADW bepaalt in vijf verschillende leden het toepassingsgebied van de ADW. Bestudering van de onderscheidenlijke onderdelen (leden) van art. 1:1, alsmede de daarop in de wetgeschiedenis verschaft (artikelsgewijze) toelichting, leidt tot de gevolgtrekking dat de wetgever klaarblijkelijk niet heeft gewild dat de ADW van toepassing is op voorschriften die zijn opgenomen in de Wet op de Accijnzen (WA). Uit geen van de leden van art 1:1 ADW volgt een verwijzing naar deze belastingwet. Wel wordt in de leden 2, 4 en 5 van art 1:1 verwezen naar een in een bijlage bij de ADW opgenomen lijst van nationale wetten, waarop de ADW van toepassing wordt verklaard. Echter, ook op deze lijst komt de WA niet voor. De conclusie moet dan ook zijn, dat de controlebevoegdheden die zijn opgenomen in de ADW - het gebruik van geweld door de douane-inspecteur als bedoeld in art 1:30 ADW daaronder begrepen - niet mogen worden aangewend voor het uitoefenen van douanetoezicht op de naleving van voorschriften die zijn opgenomen in de WA. Daaruit volgt dat douanetoezicht op grond van de WA³ niet mag worden uitgeoefend op grond van de controlebevoegdheden die in de ADW aan de douane-inspecteur zijn toegekend, laat staan dat deze – of de ambtenaren die namens hem controles op grond van de WA uitvoeren - gewelddsmiddelen zouden mogen gebruiken op basis van art 1:30 ADW.⁴

³ Uit art 3 van de vigerende Uitvoeringsregeling Belastingdienst valt op te maken dat de organisatie van de belastingdienst bestaat uit onder meer (b.1) belastingdienst /douane landelijk kantoor en (b.2.) negen douanekantoren. Deze dienstonderdelen zijn blijkens art 3, aanhef onder a. en b. van genoemde uitvoeringsregeling belast met, onder meer, de heffing en invordering van (a.) de rechten bij invoer en de rechten bij uitvoer en (b.) de accijnzen.

⁴ Afgaande op alleen de Memorie van Toelichting op de ADW zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de ADW van toepassing is op alle fiscale en niet financiële regelingen, waarop de douane toezicht uitoefent. Immers, zo wordt gesteld op p. 14 van de MvT ADW: "Uitgangspunt bij

3.2. Het gebruiken van geweldsmiddelen op grond van andere wettelijke bepalingen

3.2.1. De geweldsbepaling krachtens de Wet op de Bijzondere Opsporingsdiensten

Indien douane-ambtenaren met het opsporen van strafbare feiten zijn belast, dienen zij over opsporingsbevoegdheden te beschikken. Het Wetboek van Strafvordering (Sv) maakt onderscheid tussen opsporingsambtenaren die ressorteren onder bijzondere opsporingsdiensten (art 141 Sv) en buitengewone opsporingsambtenaren als bedoeld in art 142 Sv.

De opsporingsambtenaren die deel uitmaken van bijzondere opsporingsdiensten, zijn aangewezen in art 2 Wet op de bijzondere opsporingsdiensten. Art 2 bepaalt, voor zover hier relevant, dat er een bijzondere opsporingsdienst is die ressorteert onder de minister van Financiën. De Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst – Economische controledienst (FIOD-ECD) is de bijzondere opsporingsdienst die hiertoe in het leven is geroepen.

Voor opsporingsambtenaren behorende tot opsporingsdiensten, waaronder de FIOD-ECD, geldt dat zij geweld mogen gebruiken op grond van het bepaalde in art 6 Wet op de bijzondere opsporingsdiensten en wel onder de daarin bepaalde (beperkende) voorwaarden. Voor deze opsporingsambtenaren, die ressorteren onder een van de vier opsporingsdiensten, geldt dat een ambtsinstructie dient te worden opgesteld, zoals bedoeld in het eerdergenoemde art 9 PW.

Voor zover wij hebben kunnen nagaan, maken de in de opdracht bedoelde douane-ambtenaren geen deel uit van de FIOD-ECD.

3.2.2. De geweldsbepaling krachtens de Politiewet 2012 (PW)

Op grond van art 7, eerste lid PW is de ambtenaar van politie die is aangesteld voor de uitvoering van de politietaak, bevoegd in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening geweld of vrijheidsbeperkende middelen te gebruiken, wanneer het daarmee beoogde doel dit, mede gelet op de aan het gebruik hiervan verbonden gevaren, rechtvaardigt en dat doel niet op andere wijze kan worden bereikt. In aanvulling op dit voorschrift is in art. 9 PW geregeld dat bij algemene maatregel van bestuur een ambtsinstructie wordt vastgesteld. In bedoelde Ambtsinstructie voor de Politie, de Koninklijke Marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar 1994 zijn in hoofdstuk 2 voorschriften gegeven over het gebruik – ook de term ‘aanwenden’ wordt gehanteerd - van geweldsmiddelen en de soorten van geweldsmiddelen die mogen worden gehanteerd, alsmede de voorwaarden waaronder dat mag geschieden. In art. 4 van bedoelde Ambtsinstructie is bepaald dat het gebruik van geweldsmiddelen uitsluitend is toegestaan aan een ambtenaar: a. aan wie dat

het onderhavige voorstel is dat het in beginsel integraal betrekking heeft op alle aan de douane opgedragen taken. (...) Met name wordt buiten twijfel gesteld dat de douane bevoegdheden heeft dat de douane de bevoegde autoriteit is voor de controle op het internationale goederenverkeer, of het nu gaat om fiscale, overige financiële of niet-financiële voorschriften.” Een precieze bestudering van de wet en de artikelsgewijze toelichting op art 1:1, leert echter dat nationale belastingwetten waarvoor geldt dat de douane op de naleving daarvan dient toe te zien, zijn uitgezonderd. In de Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II 2007/08, 30 580, 9) merkt de minister op p. 4 bovendien op: “De leden van de SP-fractie vragen wat er gaat gebeuren met de accijnscontroles in het binnenland, waarbij zij aandacht vragen voor illegale tabaksproducten uit de nieuwe lidstaten. De Adw brengt hierin geen wijziging. De binnenlandse accijnscontroles vallen onder de reikwijdte van de Algemene wet inzake rijksbelastingen.”

geweldmiddel rechtens is toegekend, voor zover hij optreedt ter uitvoering van de taak met het oog waarop het geweldmiddel hem is toegekend, en b. hij in het gebruik is geoefend.

De geweldsbepaling krachtens de PW kan ook van toepassing zijn op buitengewone opsporingsambtenaren in de zin van art 142 Sv. In geval van art 142 Sv zijn ambtenaren buitengewoon opsporingsambtenaar (hierna: BOA) indien hun op voet van het bepaalde in art 142 een daartoe strekkende akte is verstrekt (eerste lid aanhef en onder a), zij daartoe zijn aangewezen (eerste lid aanhef en onder b) indien zij daartoe door een bijzondere wet zijn aangewezen (eerste lid aanhef en onder c). Uit art 7, zevende lid PW volgt dat de minister (van Veiligheid en Justitie) kan bepalen dat deze BOA's de bevoegdheden als bedoeld in (onder meer) eerste lid van art 7 PW kunnen uitoefenen. Deze BOA's kunnen door de minister in persoon dan wel per categorie of eenheid daartoe worden aangewezen, aldus art 7, zevende lid PW. In geval van een dergelijke aanwijzing dient voor hen een ambtsinstructie te worden opgesteld, zoals bedoeld in art. 9 PW. Dit betekent dat in een algemene maatregel van bestuur tenminste voorschriften worden opgenomen ten aanzien van de bevoegdheid tot gebruikmaken van geweldsmiddelen, het soort geweldsmiddelen en de toepassingscondities voor de gebruikmaking daarvan.

Uit het voorgaande volgt dat voor opsporingsambtenaren die niet behoren tot bijzondere opsporingsdiensten, doch die op grond van het bepaalde in art 142 Sv wel opsporingsambtenaar zijn, geldt hetgeen is bepaald in art 7, zevende lid in combinatie gelezen met art 7, eerste lid PW, alsmede het bepaalde in de artikelen 37 tot en met 39 van de Ambtsinstructie voor de Politie, de Koninklijke Marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar. Deze voorschriften, in combinatie (met elkaar) gelezen, bieden een wettelijke grondslag voor het gebruiken van geweldsmiddelen voor BOA's, maar niet nadat door de minister van Veiligheid en Justitie op voet van art 7, zevende lid PW is bepaald, dat de betreffende BOA of een bepaalde eenheid daartoe bevoegd is.

Op 21 november 2012 is door de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie een besluit als bedoeld in art 7, zevende lid PW genomen⁵ en zijn de personen 'werkzaam bij de Belastingdienst/Douane die zijn belast met surveillancewerkzaamheden, ambulante werkzaamheden, ondersteuning van opsporingsdiensten en overige douanewerkzaamheden waarbij zij in het kader van hun taakuitoefening kunnen stuiten op strafbare feiten', aangewezen als BOA, gedurende de periode van 1 december 2012 tot 1 december 2017. Deze BOA's zijn gelet op art 3, eerste lid van genoemd besluit van de staatssecretaris bevoegd tot het opsporen van de strafbare feiten behorend tot Domein VI Generieke Opsporing, van bijlage A-I van de Circulaire Buitengewoon opsporingsambtenaar. Volgens deze circulaire is de 'BOA generieke opsporing' bevoegd *"om te handhaven op de volgende artikelen en wetten voor zover noodzakelijk voor een goede uitoefening van de functie en de daaraan gekoppelde taakomschrijving, tenzij de wet zich daartegen verzet."*:

1. Alle strafbare feiten voor zover noodzakelijk voor een goede uitoefening van de betreffende functie en het daaraan gekoppelde takenpakket;
2. (...) [hier niet relevant, MAH/MH]
3. Andere strafbare feiten, indien hij daarmee in een concreet opsporingsonderzoek of voor een concreet project door een officier van justitie wordt belast voor de duur van dat onderzoek of project.

⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 21 november 2012, nr. 5732504/Justis/12, strekkende tot aanwijzing van buitengewoon opsporingsambtenaren bij de Belastingdienst/Douane.

De BOA kan de in artikel 7, eerste en derde lid, van de PW omschreven bevoegdheden uitoefenen met gebruikmaking van handboeien, korte wapenstok, pepperspray en vuurwapen, aldus art 6 van bedoeld besluit van de staatssecretaris. Volgens de Circulaire waarnaar dit besluit van de staatssecretaris verwijst kan de 'BOA generieke opsporing' optioneel beschikken 'over artikel 8 lid 1 en lid 3 van de Politiewet, handboeien, wapenstok, pepperspray, surveillancehond en vuurwapen.

Zouden de taken van de in de opdracht bedoelde douane-ambtenaren, werkzaam in het proces Overige Sub- en Objecten, kunnen worden geschaard onder Domein VI, zoals omschreven in de Circulaire waarnaar het besluit van de staatssecretaris van 21 november 2012 verwijst, dan is sprake van een wettelijke grondslag voor het dragen en mogen aanwenden van geweldsmiddelen, zij het slechts een situatie als omschreven art 37 tot en met 39 van de Ambtsinstructie voor de Politie, de Koninklijke Marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar.

Het onderzoek heeft geen 'harde' aanwijzingen opgeleverd voor de stelling dat controle (op strafbare feiten) van de WA niet zou kunnen worden gerekend tot hetgeen is bepaald onder 1. van de domeinbepaling in meermalen genoemde Circulaire, waarnaar het besluit van de staatssecretaris verwijst. Datzelfde geldt voor hetgeen onder 3. van de domeinbepaling is beschreven. Indien zou moeten worden aangenomen, dat het besluit van de staatssecretaris van 21 november 2012 en de daarin opgenomen verwijzing naar de Circulaire, douane-ambtenaren werkzaam in het proces Overige Sub- en Objecten regaderen, dan zouden zij geweldsmiddelen mogen aanwenden en deze derhalve ook bij zich mogen dragen. Hoewel bestudering van de tekst onder Domein 'generieke opsporing' niet op voorhand uitsluit, dat ook BOA's die zich met controle van de WA bezig houden hieronder vallen, zijn wij van mening dat het niet bedoeling is van de Circulaire om controle door BOA's van de WA onder het Domein 'generieke opsporing' te scharen. Wij leiden dit af uit de toelichting op dit domein in de Circulaire, waarin onder meer is gesteld:

"Het domein generieke opsporing is de vreemde eend in de bijt. Dit is niet een domein ontstaan vanuit de inhoud, maar een soort van restcategorie bestaande uit boa's welke veelal algemene opsporingsbevoegdheid hadden. Plaatsing in het domein generieke opsporing vindt alleen dan plaats indien de overige vijf domeinen qua bevoegdheid niet toereikend zijn voor een adequate taakuitoefening door de boa. De Minister van Veiligheid en Justitie bepaalt door middel van deze circulaire welke boa's onder dit domein worden gebracht. De boa generieke opsporing is de boa werkzaam bij of voor een landelijke overheidsinstantie en heeft als werkgever de korpschef van een politiekorps, de hoofdofficier van Justitie van een parket, de commandant van de Koninklijke Marechaussee; de directeur van de rijksrecherche, de directeur van het CJIB of – indien deze niet onder een ander domein te plaatsen is – de directeur van een landelijke (inspectie)dienst. De opsporingsbevoegdheid dient zich te beperken tot hetgeen noodzakelijk is voor een goede uitoefening van de betreffende functie en het daaraan gekoppelde takenpakket. Deze functie inclusief taakomschrijving dient vooraf door de boa werkgever – in gevallen tevens de direct toezichthouder – te zijn afgestemd met de toezichthouder."

Met name de toespitsing inzake werkgeverschap (tot korpschefs, hoofdofficieren enz.) sluit naar onze mening uit dat controle van de WA valt binnen Domein VI, zodat de geweldsbepalingen uit de Circulaire geacht moeten worden daarop niet van toepassing te zijn.

4. De bevoegdheid tot het *gebruiken* van geweldsmiddelen en het *dragen* daarvan.

Uit de opdracht van de Ondernemingsraad Douane blijkt dat de taak van de douane-ambtenaren, werkzaam in het proces Overige Sub- en Objecten, bestaat uit zowel controle op de naleving van ADW-voorschriften als ook voorschriften opgenomen in de WA en dat, nu de ene wet wel en andere niet voorziet een basis voor het *gebruiken (aanwenden)* van geweldsmiddelen - in de zin van het daadwerkelijk toepassen daarvan - aanleiding geeft tot de door de Ondernemingsraad voorgelegde vraag of tijdens de controle op de naleving van voorschriften uit de WA niettemin geweldsmiddelen mogen worden (blijven) *gedragen*. Een bevoegdheid tot het *gebruiken* van geweldsmiddelen op grond van de PW of ADW impliceert de bevoegdheid tot het mogen *dragen* van die

gewelddsmiddelen. Het dragen van gewelddsmiddelen gaat in volgtijdelijke zin immers vooraf aan het (daadwerkelijk) gebruiken daarvan, mede gezien de noodzaak van het onder omstandigheden onmiddellijk moeten kunnen gebruiken. Bijgevolg geldt hier: ‘wie het meerdere mag, mag ook het mindere’. Het dragen van gewelddsmiddelen wordt evenwel, anders dan het gebruik daarvan, niet uitdrukkelijk geregeld in de wettelijke regelingen die hierboven zijn aangehaald. Met het aanwenden van gewelddsmiddelen wordt het gebruiken daarvan en dreigen daarmee bedoeld, aldus art 1:6, aanhef en onder e Adw.⁶ Uit art 1:10 Adw volgt dat het aanwenden van een gewelddsmiddel betekent dat de ambtenaar zijn gewelddsmiddel ‘*ter hand mag nemen*’. Zodra echter blijkt dat zich geen situatie voordoet, waarin hij bevoegd is het gewelddsmiddel aan te wenden, geldt dat het gewelddsmiddel door hem ‘*terstond wordt opgeborgen*’.⁷

Met deze in het Adb onderscheiden begrippen kan de vraag van de Ondernemingsraad Douane nog niet worden beantwoord, omdat hiermee slechts duidelijk gemaakt wordt dat gewelddsmiddelen niet mogen worden *gehanteerd (ter hand mogen worden genomen)*, maar *opgeborgen* dienen te worden gehouden, indien zich de situatie niet voordoet waarin gewelddsmiddelen mogen worden aangewend. Deze begrippen strekken zich derhalve slechts uit over het geval waarvoor wel een wettelijke grondslag voor het aanwenden van en daarmee het dragen van gewelddsmiddelen aanwezig is. Een dergelijk geval doet zich nu juist niet voor⁸ indien controle plaatsvindt in het kader van de WA.

Wat is rechtens, zo luidt derhalve de meer precieze vraag, indien zich een situatie voordoet waarin een verschuiving plaatsheeft van controle van de ene naar de andere wet? Dienen douane-opsporingsambtenaren die gewelddsmiddelen in de ene controlesituatie rechtmatig met zich mogen dragen in een andere controlesituatie, waarin deze bevoegdheid niet aanwezig is, deze gewelddsmiddelen – zoals wij dat zouden willen noemen – ‘af te leggen’, zodat zij de gewelddsmiddelen niet langer met zich dragen?

Het antwoord op laatstgenoemde vraag dient, naar wij menen, in beginsel bevestigend te luiden. Het *dragen* van gewelddsmiddelen is immers slechts geoorloofd tijdens een controle van wettelijke voorschriften, waarvoor geldt dat geweld mag worden *gebruikt*. Indien zich evenwel een controlesituatie voordoet, waarin de controles op naleving van wetgeving waarvoor wel een wettelijke grondslag voor de aanwending van geweld aanwezig is en die waarvoor dat niet het geval is, in de praktijk redelijkerwijs niet van elkaar te scheiden zijn, dan kan niet worden gezegd dat het met zich *dragen* van toegestane gewelddsmiddelen in een dergelijke controlesituatie onrechtmatig is, mits het met zich dragen van deze gewelddsmiddelen in deze controlesituatie in ieder geval uit hoofde van één van de te controleren wettelijke regelingen als rechtmatig dient te worden aangemerkt. In geval van een controle van op grond van de WA, is het *gebruiken* van een gewelddsmiddel evenwel niet toegestaan. In dat geval dient het gewelddsmiddel, onder welke omstandigheden dan ook, *opgeborgen* te worden (gehouden).

5. Conclusie

⁶ In gelijke zin: art 1, aanhef derde lid aanhef en onder c van de Ambtsinstructie voor de Politie, de Koninklijke Marechaussee en de Buitengewoon Opsporingsambtenaar

⁷ In de Ambtsinstructie voor de Politie, de Koninklijke Marechaussee en de Buitengewoon Opsporingsambtenaar wordt dit onderscheid overigens niet vermeld.

⁸ Althans indien inderdaad moet worden aangenomen, dat het besluit van de staatssecretaris van 21 november 2012 de douane-ambtenaren werkzaam in het proces Overige Sub- en Objecten niet regardeert, zoals door ons hierboven is aangenomen. Zou dit wel het geval zijn, dan zouden deze ambtenaren immers wel gewelddsmiddelen mogen aanwenden en daarmee ook mogen dragen.

Voor het aanwenden, en daarmee het dragen, van geweldsmiddelen dient een wettelijke grondslag aanwezig te zijn. Voor controle van de WA is een dergelijke wettelijke grondslag niet aanwezig. Hoewel een strikte lezing van de Circulaire Domein 'generieke opsporing' niet uitsluit dat ook douane-ambtenaren werkzaam in het proces Overige Sub- en Objecten geweldsmiddelen zouden mogen aanwenden, zijn wij van mening dat het, gezien de toelichting op die Circulaire, niet de bedoeling is om deze douane-ambtenaren daaronder te scharen. Dit leidt ons tot de conclusie dat genoemde douane-ambtenaren geen geweldsmiddelen mogen aanwenden die zijn gegrond op de PW jo Ambtsinstructie voor de Politie, De Koninklijke Marechaussee de buitengewoon opsporingsambtenaar tijdens een controle van de WA. Om die reden mogen zij ook geen geweldsmiddelen met zich dragen. Dit ligt evenwel anders indien controles waarin dergelijke geweldsmiddelen wel mogen worden aangewend en die waarvoor dat niet geldt, in de praktijk feitelijk met elkaar vermengd zijn. In dat geval is het dragen van die geweldsmiddelen tijdens een dergelijke controle immers rechtmatig, al mogen die geweldsmiddelen niet worden aangewend tijdens een controle van de WA. De geweldsmiddelen dienen alsdan opgeborgen te worden gehouden.

Enschede, 15 september 2014,

Prof. mr.dr. M.A. Heldeweg en mr. dr. M. Harmsen