

Met beleid bestraffen

Verschuivingen tussen strafrecht en bestuurlijke boete gezien vanuit het handhavingsbeleid

Jaap Roording¹

*'Er is geen delict – ook moord, diefstal en verkrachting niet – dat rechtens niet via een administratief sanctiestelsel zou mogen worden afgedaan.'*²

1. Inleiding

Over de verhouding tussen het (economisch) strafrecht en de bestuurlijke boete valt juridisch veel te zeggen. Denk aan zaken als de rechtsbescherming of cumulatieproblematiek. In dit artikel wil ik meer een beleidsmatig perspectief kiezen.³ In het bijzonder doel ik op het perspectief van het handhavings- en sanctiebeleid. Dit is een breed perspectief. Het ziet niet alleen op de verwezenlijking van kwantitatieve doelen, zoals het terugdringen van het aantal gerapporteerde overtredingen op terrein X of het intensiveren van het toezicht op de naleving op terrein Y. Nee, 'met beleid naar de handhaving kijken' gaat óók over de verwerkelijking van het recht: het bevorderen van de naleving van wetten via toezicht, opsporing en sancties, het waarborgen van de rechten van burgers via rechtsbeschermingsprocedures, en het vinden van de balans daartussen, tussen handhavingsmiddelen en rechtswaarborgen. Zo bezien zijn beleid en recht, beleid en wetgeving, intrinsiek met elkaar verbonden⁴ en ligt hier niet alleen een taak voor de handhavers in de gebruikelijke zin van het woord zoals opspoorders, aanklagers, toezichthouders en hun beleidsmedewerkers, maar ook voor de andere spelers in het rechtssysteem, zoals de wetgever en de rechter. Als wetgevingsjurist zal ik vooral ingaan op het handhavings- en sanctiebeleid zoals dat door de wetgever wordt gevoerd.

¹ Mr. J.F.L. (Jaap) Roording is coördinerend raadgever bij de sector Wetgevingskwaliteitsbeleid van de directie Wetgeving van het Minister van Veiligheid en Justitie. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

² Stelling bij mijn proefschrift Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid, prft. KUN, Nijmegen 1994.

³ Dit artikel is een bewerking van een voordracht die de auteur heeft gehouden op vrijdag 12 november 2010 tijdens een themadag 'Economisch strafrecht en bestuurlijke boete' georganiseerd door het Kenniscentrum Economisch Strafrecht van het gerechtshof Arnhem. Uiteraard heeft enige actualisering plaatsgevonden.

⁴ A.C. 't Hart wees daar twintig jaar geleden al op, bijvoorbeeld in R. Foqué en A.C. 't Hart, Instrumentaliteit en rechtsbescherming : grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie, Arnhem 1990.

Deze brede benadering van het handhavingsbeleid past heel goed op het terrein waarop economisch strafrecht en bestuurlijke boete functioneren, het terrein van de ordeningswetgeving. Deze wetgeving is immers sterk instrumenteel van karakter, gericht op de verwezenlijking van doelen die niet in het recht besloten liggen (zoals wel in het commune strafrecht het geval is) maar extern door de politiek worden bepaald, als onderdeel van nationaal of Europees beleid inzake bijvoorbeeld marktwerking of consumentenbescherming. Strafrecht en bestuurlijke boete zijn in deze context instrumenten om politieke doelen te realiseren, naast andere instrumenten zoals privaatrechtelijke arrangementen, vergunningstelsels e.d. Het beleid van de wetgever moet erop gericht zijn die instrumenten zo in te zetten dat de handhaving van de wetgeving op een effectieve, efficiënte en rechtmatige wijze geschiedt. Effectiviteit en efficiency zijn essentiële en legitieme eisen die aan recht en rechtshandhaving moeten worden gesteld, naast rechtsbescherming bieden in individuele gevallen. Efficiency is zelfs een van de drijvende krachten achter de bestuurlijke boete, maar het is niet het enige dat telt. Efficiency mag niet en hoeft ook niet ten koste te gaan van rechtsbescherming. Bestuursrecht is immers óók recht en de bestuursrechter biedt óók rechtsbescherming. Zo ook moet de stelling boven dit artikel worden begrepen.

Terzijde merk ik op dat dit een uitgangspunt is dat fundamenteel lijkt te verschillen van wat soms uit andere hoek wordt gehoord, namelijk dat de oplegging van ingrijpende sancties het beste in handen is van de strafrechter en dat de groei van het bestuurlijke sanctierecht ten koste gaat van de rechtsbescherming.⁵ Daar ben ik het dus niet mee eens.

Hiermee heb ik mijn vertrekpunt uiteengezet. Welk beleid voert nu de wetgever inzake de inzet van het strafrecht en de bestuurlijke boete in de ordeningswetgeving en welke ontwikkelingen zijn in dat beleid waarneembaar? Mijn beschouwing voert van de opkomst van de bestuurlijke boete, via recente innovaties zoals de strafbeschikking, de kabinetsnota over de keuze tussen sanctiestelsels, naar de uitdagingen voor de toekomst.

2. De bestuurlijke boete: een successtory

De opkomst van de bestuurlijke boete is een ware successtory. Verkapte administratieve boetes bestonden al lang in de vorm van bijvoorbeeld de weigering of korting van de uitkering wegens overtreding van de sociale-zekerheidswetgeving. Heel oud was de fiscale 'verhoging' in geval van

⁵ Aldus de president van de Hoge Raad, die stelt dat de grens is bereikt en de rechtsstaat zelfs in gevaar is. G.J.M. Corstens en W.M. Limborgh, Inperkingen van het rechterlijk domein, in: F.W. Bleichrodt e.a. (red.), *De rechter in het geding, Liber amicorum J.P.Balkema*, Deventer 2011.

belastingovertredingen: prachtig eufemisme voor een volautomatische 100-procentsverhoging van de aanslag met omgekeerde bewijslast.⁶ Een van de eerste 'echte' bestuurlijke boetes was de administratieve sanctie ingevolge de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (de Wet Mulder uit 1989, nog steeds in werking), hoewel die nog een wat hybride karakter had en heeft vanwege de verwevenheid van de uitvoering van die wet met het strafrechtelijk apparaat.

Opmerkelijk genoeg kreeg de door het bestuur opgelegde strafsanctie of boete een sterke impuls door een ontwikkeling die ogenschijnlijk aan de bestuurlijke boete een stuk van haar effectiviteit en doelmatigheid ontnam: de kwalificatie van de bestuurlijke boete als een 'criminal charge' of 'strafvervolgung' in de zin van artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Dit gebeurde in een mijlpaalarrest van de Hoge Raad – die zich uitsprak over de fiscale verhoging -,⁷ in navolging van een reeks arresten van het Europese Hof voor de rechten van de mens.⁸ Als gevolg van dit oordeel toonde de bestuurlijke boete haar ware, strafrechtelijke gezicht, waardoor in één klap een aantal fundamentele waarborgen voor vervolgd op de bestuursrechtelijke procedure van toepassing werd, zoals de op de aanklager rustende bewijslast, het zwijgrecht en het verbod van dubbele bestraffing en vervolging. Deze waarborgen brachten onmiskenbaar een verzwaring mee van de procedure rond de bestuurlijke boete. Dat toch in de jaren daarna de grote opmars van de bestuurlijke boete in de wetgeving begon, geeft aan dat de efficiency van de bestuurlijke boete niet zozeer zat in een voordien bestaand tekort aan rechtswaarborgen als wel in andere elementen (zie hierna paragraaf 3). Ik zou zelfs de stelling aandurven dat de rechtspraak over het strafkarakter van de bestuurlijke boete in feite de erkenning inhield die de boete nodig had om uit te groeien tot een volwaardig strafstelsel.

Begin jaren negentig werden her in der in de wetgeving bestuurlijke-boetestelsels ingevoerd. Dit was aanleiding voor de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (de Commissie-Kortmann) om in 1994 een advies uit te brengen aan de minister van Justitie, 'Handhaving door bestuurlijke boeten', waarin zij poogde enige lijnen voor de wetgever uit te zetten voor de invoering en vormgeving van boetestelsels. Zij beschreef twee modellen. In model A komt de bestuurlijke boete in plaats van het strafrecht. De feiten (in het algemeen lichte, eenvoudig vaststelbare overtredingen) worden dus gedecriminaliseerd, behoudens uitzonderingsgevallen waarin het feit gepaard gaat met letsel aan personen of schade aan goederen. In model B blijven de overtredingen, waarvan de ernst

⁶ Om onder de verhoging uit te komen moest de belastingplichtige aantonen dat hij geen opzet of grove schuld had aan de onjuiste aangifte. Zie J.F.L. Roording, a.w., p. 9 e.v.

⁷ HR 19 juni 1985, NJ 1986, 104, m.nt. EAA.

⁸ O.a. EHRM 8 juni 1976 (Engel e.a.), Series A no. 22, en EHRM 21 februari 1984 (Öztürk), Series A no. 73.

niet op voorhand is vast te stellen, zowel strafbaar als bestuurlijk beboetbaar (duale handhaving). In model A kan de wetgever volgens de commissie met vaste boetetarieven werken, in model B volstaat de wetgever met het bepalen van de boetemaxima. Vanwege de rechtszekerheid sprak de commissie een voorkeur uit voor model A.

Deze vrij strakke 'modelbouw' van de Commissie-Kortmann heeft in de wetgevingspraktijk geen ingang gevonden – in de praktijk onstonden allerlei mengvormen – maar voor de gedachtevorming omtrent bestuurlijke boetestelsels is hij heel nuttig geweest.

Inmiddels – anno 2011 – zijn er meer dan zeventig wetten die een bestuurlijke boete kennen, variërend van de Mededingingswet, de Arbowet, de sociale-zekerheidswetten, de Loodsenwet, de Meststoffenwet tot de Wet op de vaste boekenprijs.⁹ Van een zekere verbrokkeling is onmiskenbaar sprake. Dit is het gevolg van een ad-hoc-aanpak van de wetgever, waarbij nieuwe bestuurlijke boetes werden ingevoerd alnaargelang zich op een bepaald terrein een behoefte voordeed. Het lag dan ook in de rede dat de wetgever besloot om een algemene regeling van de bestuurlijke boete en andere bestuurlijke sancties op te nemen in de Algemene wet bestuursrecht, bij uitstek immers het instrument om de rechtseenheid in het bestuursrecht te bevorderen. Na een erg lang wetgevingstraject trad deze Vierde tranche Awb in 2009 in werking, waarmee we nu algemene, uniforme bepalingen hebben inzake de toepassing op de bestuurlijke boete van waarborgen die van strafrechtelijke origine zijn, zoals het schuldbeginnsel, het zwijgrecht en de cautie, ne bis in idem en una via (zie artikelen 5:4 e.v. en 5:40 e.v. Awb). Daarmee is op wetsniveau de rechtseenheid aanzienlijk toegenomen. Op het niveau van de uitvoering en toepassing van bestuurlijke boetes bestaat evenwel nog steeds een grote diversiteit. Deze is in hoofdzaak het gevolg van het bestaan van verschillende sanctie-opleggende bestuursorganen en van verschillende, tot oordelen bevoegde bestuursrechters, anders dan in het strafrecht, waarin de vervolging en berechting zijn opgedragen aan één instantie, het openbaar ministerie respectievelijk de strafrechter. Deze institutionele diversiteit kan in de praktijk leiden tot verschillen in rechtstoepassing en sanctiebeleid, waaronder verschillen die niet kunnen worden verklaard op grond van de bijzondere kenmerken van het betrokken terrein van de wetgeving. RechtsONeenheid dus. De vraag is hoe erg dit is. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van hoe men de diverse belangen weegt: rechtseenheid en rechtsgelijkheid, effectiviteit en efficiency. Ik ben zelf geneigd verschillen in de toepassing van rechtsregels – om een 'simpel' voorbeeld te noemen: toepassing van het feitsbegrip in de zin van het bis-in-idem-verbod van onder andere artikel 68 Wetboek van Strafrecht – niet zo zwaar te wegen, mits die verschillen blijven binnen de grenzen van de rechtsbeginnselen. Verschillen in

⁹ Naar de stand van 1 februari 2010, volgens de brief van de minister van Justitie van 17 maart 2010, Kamerstukken I 2009/10, 32 123 VI, nr. I.

sanctietoepassing (bijvoorbeeld in sanctiezwaarte) die geen redelijke verklaring vinden in verschillen tussen de betrokken rechtsgebieden, zijn daarentegen ongewenst omdat ze direct en voor de burger voelbaar de rechtsgelijkheid aantasten.

Bij het succes van de bestuurlijke boete zijn dus ook kanttekeningen te plaatsen. Het minste wat men kan zeggen is dat het de complexiteit van het (sanctie)recht heeft vergroot. Maar ook ontwikkelingen in het strafrecht dragen aan die complexiteit bij. Dat kent namelijk sinds 2008 zijn eigen 'bestuurlijke boete': de Wet OM-afdoening vervangt de transactie door de bevoegdheid van het openbaar ministerie om voor bepaalde strafbare feiten een strafbeschikking, houdende een geldboete, ontzegging van de rijbevoegdheid of een taakstraf, uit te vaardigen. Indien de verdachte nalaat tijdig verzet aan te tekenen, wordt de strafbeschikking onherroepelijk en voor tenuitvoerlegging vatbaar.¹⁰ Het strafrecht lijkt aldus een graantje mee te willen pikken van de efficiency van de bestuurlijke boete. De wetgever heeft zelfs een bestuurlijke variant van de strafbeschikking gecreëerd: bij amvb kan aan daartoe aan te wijzen lichamen met een publieke taak belast (lees: bestuursorganen) de bevoegdheid worden verleend om – onder toezicht en volgens richtlijnen van het OM - een strafbeschikking uit te vaardigen (artikel 257ba Wetboek van Strafvordering): een boete door het bestuur opgelegd en volgens de regels van het strafrecht afgedaan.¹¹ Dat dit nieuwe instrument van de OM-afdoening het wettelijk systeem van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties simpeler heeft gemaakt, kan men moeilijk zeggen. Op de vraag of het niet tijd wordt de bezem door dit systeem te halen, zoals wel wordt voorgesteld, kom ik verderop nog terug (slot paragraaf 4).

3. De verklaring van het succes

Wat verklaart het succes van de bestuurlijke boete? Waarom laten we niet het straffen aan het strafrecht en beperken we het bestuursrechtelijke sanctie-arsenaal tot de klassieke reparatoire sancties zoals bestuursdwang, terugvordering, oplegging van een dwangsom e.d.? Deze simpele afbakening tussen de rechtsgebieden, als die al ooit heeft gegolden, beantwoordt hedentendage niet meer aan de noden van de samenleving en van het bestuur. De grote onderlinge verwevenheid tussen rechtsgebieden en wetgevingscomplexen, de diversiteit en onderlinge afhankelijkheid van overheidsorganen en de sterke instrumentaliteit van de moderne wetgeving maken dat de klassieke

¹⁰ Indien de verdachte wel tijdig verzet aantekent wordt de zaak als een gewone strafzaak voor de rechtbank behandeld (artikel 257f WvSv).

¹¹ Op dit moment wordt de bestuurlijke strafbeschikking nog niet toegepast. Een amvb om dit instrument in te voeren voor het milieuterrein ligt voor advies bij de Raad van State. De geplande invoeringsdatum is 1 maart 2012.

rechtsgebieden leentjebuurt spelen bij elkaar en nieuwe instrumenten ontwikkelen. De invoering van een geldboete in het bestuursrecht past in die ontwikkeling. Overigens komt ook de omgekeerde ontwikkeling voor en infiltreert het strafrecht in de domeinen van het civiele en het bestuursrecht, met bijvoorbeeld de oriëntatie op compensatie voor slachtoffers of de introductie van bestuurlijk getinte bevoegdheden.¹²

Wat zijn de voordelen van de bestuurlijke boete, die de invoering van dit instrument in het bestuursrecht rechtvaardigen? Eigenlijk draaien alle voordelen om de afhankelijkheid van het bestuur van het openbaar ministerie en de nadelen die dat in bepaalde situaties meebrengt. Met de bestuurlijke boete heeft het bestuur een eigen punitief instrument in handen, dat het zelfstandig kan inzetten in aanvulling op andere bestuurlijke instrumenten en ter verwezenlijking van zijn beleidsdoelen. Aan de politieke bestuurders, bijvoorbeeld een vakminister, geeft een boetebevoegdheid de mogelijkheid om direct invulling te geven aan de eigen beleidsmatige verantwoordelijkheid en om zo nodig, indien aangesproken door de controlerende democratische organen, beleidswijzigingen door te voeren en bijvoorbeeld de handhaving te intensiveren (meer controles, meer en hogere sancties). Als het bestuur voor de punitieve sanctionering volledig is aangewezen op het strafrecht, zijn dergelijke toezeggingen of beleidswijzigingen afhankelijk van de capaciteit van de strafrechtelijke organen in casu het openbaar ministerie (OM). En die capaciteit is beperkt, zoals het bestuur zeker sinds de jaren negentig van de vorige eeuw ervaart. Het OM heeft maar beperkt capaciteit voor de vervolging van strafbare feiten op het terrein van het ordeningsrecht. Of anders gezegd: op het totaal van de criminaliteit zijn de overtredingen van de ordeningswetgeving slechts een van de aandachtspunten van het OM en vaak niet die met de hoogste prioriteit. Vanuit het gezichtspunt van het OM mag een dergelijke prioriteits(achter)stelling heel legitiem zijn, voor het bestuur was ze vaak een doorn in het oog en reden om bij de wetgever aan te dringen op invoering van een bestuurlijke boete. Hierbij kwam dat op sommige terreinen niet alleen de capaciteit van het OM maar ook de kennis tekortschoot. Een aantal terreinen van het ordeningsrecht vereisen zeer specialistische kennis, bijvoorbeeld kennis van het Europese recht, zonder welke een succesvolle vervolging niet mogelijk is. Denk aan een terrein als het mededingingsrecht. Het aantal strafrechtsfunctionarissen dat van zo'n terrein kaas gegeten heeft, is zo klein dat alleen al om die reden het OM slechts sporadisch een vervolging kan instellen. Waar de toezichthoudende organen op zulke terreinen wel over voldoende kennis en capaciteit beschikken, is het niet vreemd dat zij zeiden: wij kunnen die overtredingen beter zelf vervolgen.

¹² Vgl. bijvoorbeeld de bevoegdheid van de officier van justitie om aan een tussenpersoon zoals een internet provider een bevel te geven om alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd om strafbare gegevens ontoegankelijk te maken (artikel 54a WvSr).

Een apart punt, dat evenwel ook met de afhankelijkheid van de strafrechtelijke organen te maken heeft, betreft de hoogte van de straffen. Het bestuur was soms van oordeel dat de in het strafrecht voor de door hem geconstateerde ordeningsovertredingen opgelegde straffen te laag waren en dat daarvan onvoldoende afschrikwekkende werking uitging. Een eigen boetebevoegdheid zou hem de mogelijkheid geven van een strenger sanctiebeleid met een – in de ogen van het bestuur – grotere preventieve werking. Bovendien is de bestuurswetgever niet gebonden aan de strafmaxima van artikel 23 van het Wetboek van Strafrecht, zodat de bijzondere wet hogere maxima voor de bestuurlijke boete kan bepalen. Dit laatste is in een aantal wetten ook gebeurd. Hoewel bij beschouwing van de meer dan 70 boetewetten, veel wetten qua strafzwaarte redelijk in de pas lopen met het strafrecht, vaak zelfs door verwijzing naar artikel 23 Sr,¹³ zijn er een aantal uitzonderingen, met bestuurlijke boetes met geen absoluut maar een relatief maximum, waardoor de boete skyhigh kan oplopen. Zie bijvoorbeeld de boete van artikel 57 Mededingingswet, met een maximum van 10 procent van de omzet van de onderneming in het voorafgaande boekjaar, of de (weliswaar absolute) boete van ten hoogste tien miljoen euro die op grond van artikel 87 Wet marktordening gezondheidszorg wegens bepaalde overtredingen aan zorgverzekeraars kan worden opgelegd.

Is het geoorloofd om de algemene boetemaxima van het strafrecht te 'ontduiken' met de aan de vrijheid van de bijzondere wetgever overgelaten maxima van de bestuurlijke boete? Dit is geen eenvoudig te beantwoorden vraag. Straffen is straffen en het is dan ook niet logisch dat de door de wetgever voor het strafrecht gepast geachte boetelimieten geen betekenis zouden hebben voor boetes die slechts hierin van de strafrechtelijke boetes verschillen dat ze door een ander orgaan worden opgelegd. Het belang van rechtseenheid en rechtsgelijkheid dringt zich hier nadrukkelijk op. Aan de andere kant: het staat de bijzondere wetgever vrij om af te wijken van artikel 23 Sr en de strafopleggers via het wettelijke strafmaximum een aanwijzing te geven ten aanzien van de hoogte van de op te leggen straffen. De indruk dat de hoogte van de in het strafrecht opgelegde boetes niet in alle gevallen van overtreding van de ordeningswetgeving voldeed, is niet helemaal uit de lucht gegrepen. Het lijkt mij in ieder geval waarschijnlijk dat waar structureel weinig aandacht bestaat voor bepaalde ordeningsovertredingen, een systematische onderwaardering van de ernst van die feiten dreigt.

¹³ Artikel 2.15 Wet handhaving consumentenbescherming, artikel 48 Binnenvaartwet, artikel 120j Gezondheids- en welzijnswet voor dieren.

4. Het sanctiebeleid van de wetgever

Zoals ik in de inleiding heb aangegeven moet de vormgeving van sanctiestelsels in de wetgeving worden gezien in het bredere perspectief van een handhavings- en sanctiebeleid. In dit beleid gaat het erom het hele palet aan sanctie-instrumenten en overige handhavingsmiddelen in ogenschouw te nemen en deze zodanig in te zetten dat de handhaving van de wetgeving op een effectieve, efficiënte en rechtmatige wijze geschiedt. Dit is een opgave zowel voor de wetgever en de politiek, die de sanctiestelsels vorm moeten geven en de middelen ter beschikking stellen, als voor de toepassers en handhavers, zoals het bestuur, het openbaar ministerie, de rechter, toezichhouders enz.

De noodzaak tot beleidvoering doet zich te meer voor op het terrein van de ordeningswetgeving, waar een veelheid aan instrumenten (van preventieve, reparatoire en punitieve aard) en een veelheid aan handhavingsinstanties bestaat. Is geen sprake van beleidvoering en de daarbij horende onderlinge samenwerking en afstemming, dan leidt dit op zijn minst tot een inefficiënt gebruik van schaarse middelen maar – erger nog – tot een ineffectieve handhaving waarbij de wettelijke doelen niet of maar in beperkte mate worden gehaald.

Deze beleidvoering komt in de praktijk tot uiting in een veelheid aan van handhavingsinstanties afkomstige richtlijnen, handhavingsprogramma's en arrangementen.¹⁴ Steekwoorden daarbij zijn risico-analyses, nalevingsondersteuning, handhavingscommunicatie en 'optimale sanctie-mix'. Als men door het moderne jargon heen kijkt, herkent men het streven om klassieke noties als 'voorkomen is beter dan genezen', evenredigheid en de ultimium-remedium-gedachte ook in de hedendaagse context te verwezenlijken. Dat ook de wetgever deze vormen van samenwerking en afstemming ondersteunt, blijkt bijvoorbeeld uit de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten, die het functioneren van de vier grote bijzondere opsporingsdiensten regelt. Deze wet schrijft voor dat de vakminister die voor een bijzondere opsporingsdienst verantwoordelijk is, en Justitie (in de persoon van de minister van Veiligheid en Justitie respectievelijk het College van PG's) gezamenlijk handhavingsbeleid maken, in de vorm van periodiek de hoofdlijnen van het beleid en jaarlijks een handhavingsarrangement, waarin de wederzijdse afspraken over opsporing en afhandeling van de opsporingsonderzoeken zijn opgenomen (art. 10 en 11).

¹⁴ Zie bijvoorbeeld het convenant over de handhaving van de natuurwetgeving, dat de minister van LNV in 2008 sloot met de andere handhavers op dat terrein: provincies, OM, politie en douane. Zie <http://www.lom.nl/Natuur.phtml> .

Onderdeel van dit handhavingsbeleid in brede zin is het sanctiebeleid dat de wetgever voert. Hieronder versta ik met name de keuze in wetgeving tussen de verschillende sanctiestelsels. Als voor de handhaving van wetgeving sancties nodig zijn, volstaan dan reparatoire sancties of zijn ook punitieve sancties nodig? En als het laatste het geval is, is het strafrecht dan het meest geschikt, of de bestuurlijke boete, of een combinatie van beide? Toen hierover in de Eerste Kamer bij gelegenheid van de behandeling van enkele wetsvoorstellen betreffende bestuurlijke boetes een principiële discussie ontstond, zei de minister van Justitie een nota toe. Dit resulteerde eind 2008 in de kabinetsnota 'over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel',¹⁵ welke nota sindsdien bij nieuwe wetgeving leidend is voor de keuze tussen strafrecht en bestuurlijke boete. De nota bouwt voort op de jarenlange discussie in wetgeving en wetenschap en vat de diverse criteria die zijn ontwikkeld, samen in één keuzeschema (zie bijlage). Nieuw van dit schema is het uitgangspunt van het kabinet dat onderscheid moet worden gemaakt tussen handhaving van regels in een zogenoemde besloten context en handhaving van regels in een open context. Onder besloten context wordt verstaan de situatie waarin er een specifieke rechtsbetrekking bestaat tussen de overheid en de burger of het bedrijf waarop/op wie de regel van toepassing is. Die specifieke rechtsbetrekking kenmerkt zich door:

- a. het bestaan van een gespecialiseerd bestuursorgaan en een afgebakende doelgroep, en
- b. het bestaan van allerlei verbindingen tussen dat orgaan en de doelgroep, bijvoorbeeld in de vorm van door het bestuur uitgeoefend toezicht, een uitkeringsrelatie of een vergunningrelatie.

De nota spreekt voor deze besloten context een voorkeur uit voor bestuursrechtelijke sanctionering. De bestuurlijke boete wordt functioneel geacht en passend bij de brede verantwoordelijkheid van het gespecialiseerde bestuursorgaan om de desbetreffende wet uit te voeren. Veel delen van de ordeningswetgeving (op het terrein van de sociale zekerheid, financiële dienstverlening, gezondheid enz.) zijn typisch voorbeelden van een besloten context.

In alle andere gevallen, waarin niet aan een van de voorwaarden a en b is voldaan, is sprake van een open context. Daarin gaat het om algemene rechtsregels die voor alle burgers en bedrijven gelden en die niet aan het toezicht van een gespecialiseerd orgaan zijn onderworpen maar worden 'meegenomen' in het kader van een algemene toezichthoudende taak van de politie of een bijzondere opsporingsdienst. Het commune strafrecht en de verkeersregelgeving zijn klassieke voorbeelden van een open context.

¹⁵ Brief van de minister van Justitie van 31 oktober 2008, Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VI, nr. 69.

Vervolgens bevat het keuzeschema verschillende wissels waardoor de wetgever in zijn afweging van het ene naar het andere spoor kan overgaan. (Sub)criteria hierbij zijn: is er voldoende professionaliteit om de bestuurlijke boete goed uit te voeren (ondanks de besloten context reden om toch voor het strafrecht te kiezen)?; is er een dwingende reden om rechtseenheid te waarborgen (ondanks besloten context toch kiezen voor strafrecht)?; is er een hoogwaardige handhavingsdienst en geen behoefte aan vrijheidssancties (ondanks open context toch kiezen voor bestuurlijke boete)? De nota laat zelfs ruimte voor het níet op het niveau van de wet maken van de keuze, dat wil zeggen voor duale handhaving, waarbij een gedraging zowel met een bestuurlijke boete als met een strafrechtelijke sanctie kan worden gesanctioneerd.

Het is goed dat deze nota er is. De nota biedt de wetgever een nuttig hulpmiddel om op een rationele en consistente wijze afwegingen rond de keuze tussen sanctiestelsels te maken en te verantwoorden. Hierbij dient wel te worden bedacht dat keuzes van de wetgever uiteindelijk politieke keuzes zijn, die in concrete gevallen kunnen afwijken van het 'officiële' wetgevingsbeleid of kunnen zijn gebaseerd op andere, misschien zelfs verborgen argumenten. De keuze tussen sanctiestelsels houdt dan ook een flinke mate van flexibiliteit, die in feite al is ingebakken in de abstracte criteria van de nota. Het was dan ook niet verwonderlijk dat, toen de Eerste Kamer het kabinet vroeg om de bestaande boetestelsels door te lichten aan de hand van de de kabinetsnota, de conclusie luidde: 'Uit dit onderzoek komen geen wetten naar voren met een bestuurlijke boete die achteraf bezien, in het licht van de uitgangspunten en criteria die in de nota zijn neergelegd, niet verdedigbaar is. Integendeel, steeds waren er goede redenen om voor deze inrichting van de handhaving te kiezen.'

Ik meen dat de nota in zeker opzicht zelfs nog tē inflexibel is. De geformuleerde criteria zijn namelijk grotendeels normatief van aard. Daardoor houden ze onvoldoende rekening met de feitelijke mogelijkheden tot toepassing van het ene of het andere sanctiestelsel. Die zijn mede afhankelijk van capaciteit, kennis, organisatie, ict e.d. en hiervoor heb ik aangegeven dat op dat vlak in het verleden aan de kant van het strafrecht wel belemmeringen lagen voor een adequate sanctionering van ordeningscriminaliteit. Het keuzeschema lijkt te veronderstellen dat dergelijke feitelijke voorwaarden los staan van de keuze van de wetgever en in alle gevallen wel kunnen worden vervuld. Ten onrechte lijkt me.

Dit gebrek aan aandacht voor de feitelijke kant van de zaak is mede debet aan de wat onduidelijke positie in het keuzeschema van de jongste loot aan de stam van de sanctiestelsels: de strafbeschikking en met name de bestuurlijke strafbeschikking in handen van een bestuursorgaan. Deze lijkt vooral te worden benaderd als een variant van de strafrechtelijke afdoening. De bestuurlijke strafbeschikking zou echter ook kunnen worden beschouwd als een geduchte concurrent

van de bestuurlijke boete, waardoor de afwegingen van de wetgever anders komen te liggen. Of de bestuurlijke strafbeschikking daartoe uitgroeit is afhankelijk van de vraag of de thans plaatsvindende 'uitrol' van de strafbeschikking verder succesvol verloopt (bijvoorbeeld ook ict-matig) en of het OM in staat zal zijn effectieve regie te voeren over de door het bestuur afgedane zaken.

Tot zover de nota Keuze sanctiestelsel, die leidraad is voor het kabinet in zijn rol van medewetgever, wanneer het overweegt nieuwe sancties in de wetgeving te introduceren. De vraag kan worden gesteld of de bestaande sanctiestelsels niet zodanig verbrokken zijn dat een grondige herziening van die wetgeving noodzakelijk is. Bijvoorbeeld de Eerste Kamer heeft hieromtrent bij enkele gelegenheden zorgen geuit.¹⁶ Ook in de literatuur wordt deze vraag gesteld. Interessant is bijvoorbeeld een recent debat in Themis tussen Witberg aan de ene kant en Jasiak en Grimbergen aan de andere.¹⁷ Zij lijken het eens over de analyse van de huidige situatie, maar komen tot volstrekt tegenovergestelde oplossingen. Witberg stelt voor om het onderscheid tussen bestuurlijke en strafrechtelijke sancties te laten vervallen en alle noodzakelijke sancties te gieten in één nieuw sanctiestelsel, gekoppeld aan een samenvoeging van verschillende toezichthouders tot één, regionaal ingedeelde, deskundige toezichthouder. Jasiak en Grimbergen stellen juist voor om weer een strikte scheiding aan te brengen tussen het strafrecht en het bestuursrecht en de bestraffende, leedtoevoegende sancties te reserveren voor het strafrecht.

Dergelijke drastische systeemwijzigingen zijn mijns inziens niet de oplossing (nog daargelaten de vraag of het probleem van verbrokkelijking en rechtsonzekerheid wel zo groot is als genoemde auteurs stellen, quod non vind ik). Samenvoeging dan wel strikte scheiding van strafrecht en bestuursrecht miskent de hedendaagse institutionele context: het is een illusie dat één toezichthouder (Witberg) of één OM (Jasiak/Grimbergen) in staat zou zijn de hele punitieve, bestraffende handhaving van de hele ordeningswetgeving voor zijn rekening te nemen. Bovendien kan die punitieve handhaving niet los worden gezien van de 'normale' uitvoering van die wetgeving en van de bijbehorende bestuurlijke en politieke verantwoordelijkheid van bestuursorganen. Die eigen verantwoordelijkheid brengt de (begrijpelijke) behoefte mee aan eigen sanctieinstrumenten of op zijn minst invloed op de punitieve handhaving. Vanuit dat oogpunt is de huidige verdeling van sancties over strafrecht en bestuursrecht zo slecht nog niet. Mits met beleid toegepast.

¹⁶ Zie recent, op 8 november 2011, een debat bij gelegenheid van de behandeling van enkele strafrechtelijke wetsvoorstellen, waarbij de Staatsecretaris van VenJ heeft beloofd terug te komen op de eenheid tussen het strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctiestelsel in den brede, inclusief vrijheidsbenemende sancties. Handelingen I 8 november 2011, p. 29/30.

¹⁷ T. Witberg, Naar een eenduidig handhavingssstelsel, en de reactie daarop van A. Jasiak en R. Grimbergen, in RM Themis 2011, nr. 6 (december). Ook Corstens en Limborgh, a.w., stellen dat een grens moet worden gesteld aan de verdere uitdijing van met name het bestuurlijk sanctierecht.

5. Uitdagingen

Anno 2010, vijftienvintig jaar nadat de rechter de bestuurlijke punitieve sanctie het stempel 'strafvervolgning' gaf, is de bestuurlijke boete volwassen geworden. De algemene regeling in de Algemene wet bestuursrecht van de strafprocessuele aspecten van de bestuurlijke boete is daar een getuige van. Uit beleidsmatig perspectief is deze ontwikkeling positief te waarderen. Het bestaan van een volwaardig strafinstrument naast het klassieke instrument van het strafrecht biedt de overheid – in casu de wetgever, het bestuur en andere handhavers – meer mogelijkheden om de handhaving van de wetgeving zodanig vorm te geven dat de doelen van die wetgeving op een effectieve, doelmatige en rechtmatige wijze kunnen worden gehaald. Een weloverwogen keuze, op het niveau van de wet, tussen de sanctiestelsels hoort hierbij. Met andere woorden: de wetgever moet in deze beleid voeren. De Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel heeft hiertoe een belangrijke aanzet gegeven. Het criterium besloten-open context en de andere criteria zullen de komende jaren door de toepassing op concrete dossiers verder kunnen worden uitgewerkt en hun waarde kunnen bewijzen.

De ontwikkeling van de sanctiestelsels is dus nog niet ten einde. Ik zie een aantal uitdagingen, ook voor de wetgever. De eerste uitdaging is om de strafbeschikking succesvol verder uit te rollen, ook in haar bestuurlijke variant waarbij ze door een bestuursorgaan kan worden uitgevaardigd. Als dit lukt, kan met name de bestuurlijke strafbeschikking een serieuze concurrent worden voor de bestuurlijke boete, waardoor ook de door de wetgever te maken afwegingen in de toekomst weer anders kunnen komen te liggen.

Een tweede grote uitdaging is mijns inziens om de eenheid in de sanctietoemeting in het strafrecht en het bestuursrecht te verbeteren. Anders dan verschillen die kunnen ontstaan in de toepassing van rechtsregels als het ne-bis-in-idembeginsel en die mijns inziens niet zo erg zijn, zijn verschillen in sanctietoepassing (bijvoorbeeld in sanctiezwaarte) die geen redelijke verklaring vinden in verschillen tussen de betrokken rechtsgebieden, ongewenst omdat ze direct en voor de burger voelbaar de rechtsgelijkheid aantasten. Een vergelijking van de straffen in de bestuurs- en strafwetgeving en van de toepassing in de praktijk daarvan, kan nog veel winst opleveren. Inmiddels is in opdracht van het WODC door de Rijksuniversiteit Groningen een onderzoek verricht naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht. De opdracht tot dit onderzoek vloeit voort uit het kabinetsstandpunt Keuze sanctiestelsel, waarin werd opgemerkt dat een algemeen beoordelingskader voor boetes wenselijk kan zijn om meer aansluiting te bewerkstelligen tussen de verschillende sanctiestelsels. Het kabinet bereidt momenteel een beleidsreactie op dit onderzoek voor.

Een derde uitdaging ligt in Brussel, bij de ontwikkeling van het Europese recht, en hebben we daarom niet helemaal in eigen hand. Europese eenwording en afstemming van de nationale rechtsstelsels strekt zich langzaam maar onafwendbaar ook uit tot het strafrecht en de sanctionering van Europese regelgeving.¹⁸ Omdat Brussel op dit vlak echter achter loopt en nog een groot geloof heeft in het strafrecht, bestaat het risico – als we bij onderhandelingen niet goed opletten - dat Europese regelgeving de ruimte voor de lidstaten (i.c. Nederland) beperkt om in hun wetgeving te kiezen voor andere, bestuursrechtelijke sanctiestelsels. En dat zou heel jammer zijn.

¹⁸ Met het Verdrag van Lissabon staat onomstotelijk vast dat de Europese Unie een bevoegdheid heeft om op beleidsterreinen die zijn geharmoniseerd, voor een doeltreffende uitvoering van dat beleid bij richtlijnen minimumvoorschriften vast te stellen met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en de sancties op het betrokken gebied (artikel 83 lid 2 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). Onlangs heeft de Commissie een Mededeling uitgebracht waarin ze een kader schetst voor de ontwikkeling van toekomstige wetgevende voorstellen op grond van artikel 83 lid 2 VWEU. Zie de Mededeling 'Werken aan het strafrechtbeleid van de EU: de effectieve uitvoering van EU-beleid waarborgen door middel van strafrecht', 20 september 2011, COM(2011)573 definitief.

Bijlage. Uit de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel

