

R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman, Hoofdstuk
3 - Algemeen, in: F.G.H. Kristen et al. (red.), *Bijzonder strafrecht;
strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht
in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 41-71

Algemeen

R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman

1 Inleiding

Commuun en bijzonder strafrecht zijn van elkaar te onderscheiden, doordat de relevante bepalingen binnen, resp. buiten de kaders van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering zijn neergelegd. Tegelijk leert de historie, beschreven in het vorige hoofdstuk, dat hiermee niet ook een eenduidig inhoudelijk onderscheid is aangebracht tussen datgene wat in het commune strafrecht thuishoort en dat wat voorwerp moet zijn van bijzonder strafrecht. Dat geldt ook voor de strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch recht. Zo zijn in het Wetboek van Strafrecht genoeg voorbeelden te vinden van strafbepalingen die specifiek daarop lijken te zijn toegesneden,¹ terwijl ook algemene bepalingen als art. 225 Sr (valsheid in geschrift), art. 326 Sr (oplichting) of art. 420bis-420quater Sr (witwassen) zeer geschikt blijken als basis voor strafrechtelijk optreden op dit terrein. Recente ervaringen op het vlak van bijvoorbeeld de bouwfraude of de beleggingsfraude laten daarvan vele voorbeelden zien.² Daarnaast is voorstelbaar dat strafbepalingen in bijzondere wetten overlap vertonen. In de geruchtmakende Clickfonsaffaire, een grootschalig onderzoek naar beurs- en effectenfraude eind jarig negentig van de vorige eeuw, bleek bijvoorbeeld ook het fiscale strafrecht veelvuldig te zijn ingezet.³ De toepassingsmogelijkheden van commuun en bijzonder strafrecht vertonen dus een aanmerkelijke overlap.

De vraag is of die overlap kan worden voorkomen. Dat lijkt niet goed denkbaar. Net zoals het niet mogelijk is gebleken een eenduidig, inhoudelijk onderscheid aan te brengen tussen datgene wat strafrechtelijk moet worden gehandhaafd en datgene wat ook langs andere wegen kan worden bestreden, lijkt een duidelijk onderscheid tussen datgene wat in het commune wetboek thuishoort en dat wat in een bijzondere strafwet regeling moet vinden een onhaalbare wens.⁴

1 Zie bijvoorbeeld de artt. 173a en 173b Sr (bodemverontreiniging), art. 323a Sr (fraude met EG-subsidies), art. 328bis (oneerlijke mededinging); art. 330 Sr (vervalste levens- of geneesmiddelen); art. 336 Sr (onware jaarstukken).

2 Zie bijvoorbeeld de voorbeelden in hoofdstuk 5 (Brouwer).

3 Voor meer informatie, zie <retro.nrc.nl/W2/Lab/Beursfraude/> (site laatst bezocht op 15 december 2010).

4 Zie hierover ook het vorige hoofdstuk door Vervaele.

De Hullu verwoordt dit treffend, wanneer hij stelt dat ‘het stelsel van strafbaarstellingen geen strak bouwwerk [is], maar een verzameling van specifieke reacties van de wetgever op maatschappelijke problemen.’⁵ Dit verklaart niet alleen waarom in de navolgende hoofdstukken ook wordt ingegaan op de meest toegepaste commune strafbepalingen op sociaal-economisch terrein, maar bovendien waarom daaraan voorafgaand in dit hoofdstuk nog enige opmerkingen passen over de onderlinge verhoudingen tussen die strafbepalingen.

Overlap mag dus niet helemaal te voorkomen zijn, wel is het zaak oog te houden voor de mogelijke ongewenste gevolgen daarvan. Het Openbaar Ministerie verkrijgt hierdoor *de facto*, gelet ook op het opportuniteitsbeginsel, een grote keuzevrijheid. Bij het OM ligt de taak te bepalen of het vervolgt en zo ja, voor welk feit of welke feiten precies. Die vrijheid kan ten eerste problematisch zijn, wanneer er geen waarborgen zijn die meervoudige bestraffing tegengaan. Problematisch lijkt bovendien dat in bijzondere wetten nogal eens – ten voor- of ten nadele van de verdachte – aanvullingen op of afwijkingen van het commune strafrecht te vinden zijn. In dat geval bestaat bijvoorbeeld het gevaar dat door de keuze voor vervolging voor het ene, dan wel het andere feit de positie van de verdachte nadelig wordt beïnvloed.⁶ In het verlengde hiervan moet er worden gewezen op het feit dat aanvullingen op en afwijkingen van het commune straf(proces)recht in bijzondere wetten ook de eenheid en inzichtelijkheid van het strafrechtelijk systeem als geheel kunnen aantasten. Ten slotte wijzen wij erop dat deze kanttekeningen verder aan belang winnen, als ook de bestuursrechtelijke rechtshandhaving in het geheel wordt betrokken.

Dit hoofdstuk heeft een tweeledig doel. Het richt zich in hoofdzaak op de vraag welke antwoorden het materiële strafrecht op het hierboven geschetste probleem geeft en biedt daarnaast een algemene introductie van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht dat als zodanig weliswaar geen voorwerp is van deze bundel, maar daarvan ook niet los kan worden gezien. In het onderstaande gaan wij in op de afwezigheid van een algemene (*catch-all*) fraudebepaling in het Nederlandse strafrecht (paragraaf 2), op het belang van de eenheid van het strafrechtelijk systeem en de manier waarop die eenheid wordt bewaakt (paragraaf 3) en op de waarborgen die in het Nederlandse materiële strafrecht zijn te vinden tegen gelijktijdige meervoudige strafrechtelijke aansprakelijkstelling (paragraaf 4). In paragraaf 5 volgt dan een korte bespreking van de hoofdlijnen van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht. Wij sluiten af met enige concluderende opmerkingen (paragraaf 6).

Tenslotte, het is goed er voorshands op te wijzen dat het hier gesignaleerde probleem van de overlappende sanctiebepalingen – binnen het algemeen en bijzonder strafrecht, maar ook in de verhouding tussen straf- en bestuursrecht – *de lege lata* niet alleen vanuit een materieelrechtelijke invalshoek wordt benaderd, maar ook (of zelfs overwegend) vanuit een procesrechtelijke invalshoek.

5 De Hullu 2009, p. 497.

6 Denk bijvoorbeeld aan de zogenaamde inkeerbepaling van art. 69 lid 3 AWR, waarover meer in hoofdstuk 9 (Bakker).

hoek. Anders geformuleerd, men zoekt de oplossing (ook) in *ex post* overleg en coördinatie,⁷ omdat het (*ex ante*) voorkomen van overlap door elkaar wederzijds uitsluitende straf- en/of boetebepalingen niet te realiseren bleek. Die procesrechtelijke component, waarbij vooral moet worden gedacht aan de invulling van het strafvorderlijke opportuniteitsbeginsel, de correctiemechanismen die hierop bestaan en (de normering van) de samenloop tussen straf- en bestuursrechtelijke handhaving, komt niet hier, maar in de hoofdstukken 16 (de onderzoeksfase) en 17 (de fase van vervolging en berechting) nog uitgebreid aan de orde.

2 De strafbaarstelling van fraude

2.1 Het fraudebegrip in het maatschappelijk verkeer

Het Financieele Dagblad van 3 december 2010⁸ vermeldde dat de voormalige CEO van Royal Bank of Scotland (RBS) weliswaar slechte besluiten had genomen in de jaren voor de financiële crisis, maar dat van ‘fraude’ geen sprake was. Dit was het resultaat van een onderzoek door de FSA (de financiële toezichthouder in Engeland), aldus het bericht. De toezichthouder had onder andere gekeken naar het besluit van RBS om in 2007 ABN AMRO over te nemen samen met twee andere banken. Een dergelijk bericht zou op dezelfde wijze kunnen verschijnen over een Nederlands onderzoek. De vraag is echter wat dit bericht precies betekende. Hoe moet het bericht dat geen sprake was van ‘fraude’ geïnterpreteerd worden? Had de FSA geconcludeerd dat de voormalige CEO van RBS geen strafbaar feit had begaan of ook dat hij geen andere publiekrechtelijke normen (van bijvoorbeeld bestuursrechtelijke aard) had overtreden?

Uit de tekst van het besluit van de FSA blijkt dat de FSA zelf de term fraude niet had gebruikt. De FSA had (enkel) onderzoek gedaan naar de vraag of RBS regels van financieel toezicht had overtreden. De FSA kwam tot de conclusie dat dit niet het geval was.⁹ Toch werd door het Financieele Dagblad gesproken over de afwezigheid van ‘fraude’. De term werd hier aldus gehanteerd als een overtreding van in de kern bestuursrechtelijke regels.

Het bericht uit het Financieele Dagblad is een willekeurig voorbeeld van het gebruik van de term fraude waarbij onduidelijk is met welke betekenis het begrip precies gehanteerd wordt. Hiervan kunnen ontelbare voorbeelden worden gegeven. De reden hiervoor is vooral dat het begrip geen vastomlijnde betekenis heeft, noch in het (straf)recht, noch in het maatschappelijke verkeer. Toch heeft fraude (als fenomeen) een centrale plaats in het bijzonder strafrecht. Het bijzonder strafrecht, vooral op sociaal-economisch vlak, richt zich namelijk in belangrijke mate op gedrag dat als fraude kan worden omschreven. Bij de

7 *Ex post* wil hier zeggen: nadat het strafbare (of beboetbare) feit is gepleegd.

8 *Het Financieele Dagblad* 3 december 2010, p. 15, ‘Goodwin (ex-RBS) nam slechte besluiten, maar krijgt geen sanctie’.

9 De precieze juridische conclusies blijken uit het bericht van de FSA: ‘FSA closes supervisory investigation of RBS’, 2 december 2010, <www.fsa.gov.uk>. Uit dit bericht blijkt dat de FSA heeft onderzocht of RBS regels van financieel toezicht had overtreden. Dit bleek niet het geval te zijn.

bestrijding van fraude speelt het algemeen strafrecht echter ook een belangrijke rol. De bestrijding van fraude is hierdoor een belangrijk voorbeeld van de overlap en samenloop van algemeen en bijzonder strafrecht.

De Van Dale omschrijft fraude als valsheid of bedrog en als smokkelarij. De eerste omschrijving (valsheid of bedrog) geeft aan hoe ruim het begrip is. Immers, wat moet men bij valsheid en bedrog, in deze algemeenheid, voorstellen? Het begrip wordt dan ook vaak nader gespecificeerd. Dit gebeurt bijvoorbeeld door de context waarbinnen fraude plaatsvindt aan te duiden. Voorbeelden hiervan zijn: belastingfraude, milieufraude, bouwfraude, beleggingsfraude en internetfraude. Nog specifiek kan de context ook worden omschreven door het object van de fraude te duiden, zoals bij (EU) subsidiefraude, uitkeringsfraude, hypotheekfraude of identiteitsfraude. Soms wordt ook naar de dader gekeken en worden alle strafbare feiten gepleegd door ondernemingen of hun management als fraude omschreven. Hier heeft fraude een vergelijkbare betekenis als organisatiecriminaliteit of witteboordencriminaliteit. Ook wordt vaak onderscheid gemaakt tussen horizontale en verticale fraude. Horizontale fraude wordt begaan in de relatie burger tot burger, verticale fraude in de relatie burger tot overheid. Het voorbeeld over RBS toont verder aan dat het begrip niet beperkt blijft tot strafbaar gedrag. Soms heeft het begrip de meer algemene betekenis van onregelmatig gedrag (dat niet noodzakelijk ook strafbaar is gesteld). De toename van bestuursrechtelijke bestraffing zal meebrengen dat het begrip fraude steeds meer mede een bestuursrechtelijke betekenis zal hebben. Dit is overigens al langer het geval bij, bijvoorbeeld, belastingfraude. De bestrijding van belastingfraude geschiedt immers al lang (mede) bestuursrechtelijk.

De vraag blijft echter wat het gemeenschappelijke aspect van al deze verschillende vormen van 'fraude' is. Waarom worden de genoemde onregelmatigheden aangeduid als fraude en andere niet?

Naar ons oordeel geeft de omschrijving van fraude in de Van Dale, namelijk valsheid of bedrog, ook in juridische zin de kern van het begrip weer. Het gaat bij fraude in de kern om handelingen die bedrog of valsheid meebrengen.¹⁰ Vaak vindt fraudeleus handelen plaats binnen een vermogensrechtelijk kader: het slachtoffer wordt in zijn vermogen benadeeld en/of de dader wordt in zijn vermogen bevoordeeld. Dit is echter geen vereiste. Fraude is mogelijk zonder dat sprake is van vermogensvoordeel of -nadeel. Indien bijvoorbeeld een raad van commissarissen van een vennootschap door valse voorwendzelen akkoord gaat met een voorstel van het bestuur, is deze raad slachtoffer van 'frauduleus' handelen. Het frauduleuze handelen is hier de valsheid c.q. het bedrog zelf. Het gevolg van het handelen (bijvoorbeeld het verkrijgen van voordeel door de dader) is niet constitutief voor de fraude.

10 In navolging van het ISMO-rapport (Rapport van de Interdepartementale Stuurgroep Misbruik en Oneigenlijk gebruik (ISMO) (*Kamerstukken II* 1984/85, 17 050)) wordt soms van ISMO-fraude gesproken (zie bijvoorbeeld Sackers en Mevis 2000, p. 2) wanneer op bedrieglijke wijze, door verdraaiing of verdoezeling van gegevens een zeker misbruik is gemaakt van het vertrouwen dat voor het functioneren van de maatschappij minimaal noodzakelijk is.

2.2 Fraudebepalingen in het Nederlandse strafrecht

Het feit dat de betekenis van het begrip fraude niet eenvoudig af te bakenen is, is deels de reden waarom geen algemene fraudebepaling is opgenomen in het Nederlands strafrecht. Hoe moet een dergelijke algemene bepaling immers luiden? Hier komen we hieronder op terug. De afwezigheid van een dergelijke bepaling is echter ook deels de oorzaak van het feit dat het begrip zo verschillend wordt gebruikt (en mogelijk ook wordt misbruikt). Een strafrechtelijke definitie zou wellicht disciplinerend werken.

De feitelijke situatie is dat men fraude in het Nederlands recht niet in een enkele strafbepaling terugvindt.¹¹ Het beeld is diffuus. Verschillende vormen van fraude worden in aparte (commune en bijzondere) bepalingen strafbaar gesteld. Veel van deze (commune en bijzondere) strafbepalingen komen in dit boek aan de orde.

Als gezegd, fraude is in de kern valsheid of bedrog. Fraude in de vorm van valsheid vinden we het meest kernachtig terug in het algemeen strafrecht in de vorm van valsheid in geschrift (art. 225 Sr).¹² In deze bepaling is, kort gezegd, het creëren en gebruiken van valse geschriften (met een bewijsbestemming) strafbaar gesteld. Van vermogensrechtelijke bevoordeling of benadeling hoeft geen sprake te zijn. Art. 225 Sr wordt door zijn eenvoud vaak door het Openbaar Ministerie (als kapstokartikel) gebruikt in de strafrechtelijke bestrijding van fraude waarbij valse geschriften een rol spelen. Zoals hieronder zal worden besproken, kende het bijzonder strafrecht, tot het midden van de jaren negentig van de vorige eeuw, een veelheid aan specifieke strafbepalingen die vergelijkbaar waren met art. 225 Sr. De wetgever heeft destijds echter de keuze gemaakt om de strafbaarheid van dit soort gedrag te concentreren in het Wetboek van Strafrecht. Hierdoor zijn bepalingen van bijzonder strafrecht opgegaan in het algemeen strafrecht.

Anders dan valsheid in geschrift is mondelinge valsheid niet strafbaar gesteld in een dergelijke algemene vorm. Het vertellen van een leugen is – zolang deze niet in een geschrift met bewijsbestemming is vastgelegd – op zichzelf geen strafbaar feit. Onder omstandigheden is dit anders; telkens gaat het dan om bijzondere situaties. Een opzettelijke valse verklaring kan binnen een bepaalde context bijvoorbeeld meeneed opleveren (art. 207 Sr). En wanneer de Belastingdienst op basis van art. 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) inlichtingen vordert, dan is het mondeling beantwoorden met valse inlichtingen strafbaar op basis van art. 68 lid 1 of 69 lid 1 AWR. Ook art. 227a Sr

11 Zie voor literatuur over de strafbaarstelling van verschillende vormen van fraude o.a.: Van Bemmelen-Van Hattum 1954; Sleurink 1982; Rapport van de Interdepartementale Stuurgroep Misbruik en Oneigenlijk gebruik (ISMO), *Kamerstukken II* 1984/85, 17 050; Bakker 1985; De Roos 1987; Verheul 1989; Van Bemmelen-Van Veen 1990; Brants en Brants 1991; Van den Hout 1993; Roording 1994; De Doelder en Hoogenboom 1997; Hilverda 1999; Sackers en Mevis 2000; het themanummer over fraude in *Onderneming en Financiering* nr. 45, maart 2001; Hilverda 2009; Hendrikse en Rinkes 2009.

12 Zie hierover uitgebreid hoofdstuk 4 (Backx en Van der Landen).

stelt kort gezegd strafbaar het, anders dan door valsheid in geschrift (bijvoorbeeld mondeling), opzettelijk niet naar waarheid gegevens verstrekken aan degene door wie een tegemoetkoming, zoals een uitkering, wordt verstrekt, indien dit kan strekken tot bevoordeling van zichzelf of een ander, terwijl de dader weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de verstrekte informatie van belang is voor de tegemoetkoming. Hier gaat het aldus om ‘uitkeringsfraude’ waarbij geen gebruik is gemaakt van een vals geschrift.

In dit kader kan ook gewezen worden op art. 5:58 lid 1 sub d Wet financieel toezicht (Wft): marktmanipulatie (in de vorm van informatiemanipulatie).¹³ Overtreding van deze bepaling is een economisch delict op grond van art. 1 Wet op de economische delicten (WED). Strafbaar is hierdoor het verspreiden van informatie (ook mondeling) waarvan een onjuist of misleidend signaal uitgaat of te duchten is met betrekking tot, kort gezegd, de koers van (beursgenoteerde) financiële instrumenten (lees: vooral aandelen en obligaties), terwijl de verspreider van die informatie weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat die informatie onjuist of misleidend is. Door deze bepaling handelt een persoon bijvoorbeeld strafbaar indien hij informatie verstrekt over een beursgenoteerde onderneming die bewust positiever is dan de werkelijke feiten rechtvaardigen.¹⁴ Voor strafbaarheid is niet nodig dat de verspreider voordeel heeft gehad bij de verspreiding of dat een derde vermogensnadeel heeft ondervonden. De bewuste onwaarheid is op zich al een strafbare inbreuk op de rechtsorde. De integriteit van de financiële markt is hier het rechtsgoed dat beschermd wordt.¹⁵

Fraude, niet in de betekenis van valsheid maar van bedrog, vinden we terug in Titel XXV van het Wetboek van Strafrecht. Bedrog is, net als valsheid, niet in het algemeen strafbaar gesteld. Alleen specifieke vormen van bedrog zijn strafbaar gesteld. Oplichting is hiervan het belangrijkste commune voorbeeld.¹⁶ Er bestaan echter ook andere voorbeelden zoals flessentrekkerij (art. 326a Sr), listiglijk gebruik maken van telecommunicatie (art. 326c Sr) of bedrog bij verzekering (art. 327 Sr).

Sommige van deze voorbeelden zijn zogenoemde gevolgdelicten. In deze gevallen is van belang dat ‘het bedrog’ heeft geleid tot een voor het delict constitutief gevolg. Een voorbeeld hiervan is oplichting, waar de oplichtingsmiddelen moeten hebben geleid tot een resultaat, zoals de afgifte van een goed. Andere voorbeelden betreffen zogenoemde gedragsdelicten, zoals bedrog met balans en winst- en verliesrekening (art. 336 Sr). Hier is het bedrieglijke gedrag voldoende voor strafbaarheid (los van het gevolg).

Een vermeldenswaardig voorbeeld van bedrog in het bijzonder strafrecht is art. 3:7 Wft. Deze bepaling verbiedt een ieder die geen vergunninghoudende kredietinstelling is om het woord bank of een vertaling daarvan te gebruiken in zijn

13 Zie over de Wft hoofdstuk 10 (Lamp) en over marktmisbruik hoofdstuk 11 (Nelemans).

14 Zie in dit kader de bestuurlijke boete die de AFM heeft opgelegd aan Fortis op grond van art. 5:58 lid 1 sub d Wft. Tegen deze boete is Fortis in beroep gegaan. Ten tijde van het schrijven (begin december 2010) heeft de rechter nog geen beslissing genomen op dit beroep.

15 Zie over marktmisbruik, waaronder marktmanipulatie, hoofdstuk 11 (Nelemans).

16 Zie over oplichting hoofdstuk 5 (Brouwer).

naam of bij de uitoefening van zijn bedrijf, tenzij het duidelijk is dat hij niet werkzaam is op de financiële markten. Een financiële onderneming die geen bank is, mag deze term dan ook niet gebruiken. Doet zij dat wel, dan pleegt zij een economisch delict (ex art. 1 WED).¹⁷

Het feit dat zowel in het algemeen als het bijzonder strafrecht verschillende vormen van fraude zijn opgenomen, brengt mee dat voor strafbaarheid van deze verschillende vormen van fraude vaak verschillende eisen worden gesteld. Het is de vraag of deze verschillen altijd een rechtvaardiging hebben in de strafwaardigheid van het gedrag. Daarnaast is het zo, zoals al in de inleiding is gezegd, dat door de verschillende strafbaarstellingen overlap ontstaat met mogelijk onwenselijke gevolgen.

Dit kan geïllustreerd worden met het voorbeeld van het bewust publiceren van valse financiële cijfers door een beursgenoteerde onderneming. Dit gedrag is schadelijk en terecht strafbaar gesteld. Verschillende strafbepalingen zijn echter van toepassing. Dit is ten eerste het geval voor art. 336 Sr (bedrog met balans en winst- en verliesrekening). In deze bepaling is strafbaar gesteld de koopman, bestuurder, beherende vennoot of commissaris van een rechtspersoon of vennootschap, die opzettelijk een onware staat van baten en lasten of toelichting op een van deze stukken openbaar maakt of zodanige openbaarmaking toelaat. Art. 336 Sr kent een maximum gevangenisstraf van zes jaar. Ten tweede is van toepassing art. 225 Sr (valsheid in geschrift), omdat de valse financiële cijfers als deel van een jaarrekening worden gepubliceerd (een geschrift met een bewijsbestemming). Art. 225 Sr kent ook een maximum gevangenisstraf van zes jaar (althans voor zover er geen terroristisch oogmerk bestaat). Het gedrag valt bovendien onder het reeds genoemde art. 5:58 lid 1 sub d Wft (marktmanipulatie). Er wordt immers over een beursgenoteerde onderneming bewust informatie gepubliceerd die onjuist is en die relevant is voor de koers van het aandeel van de onderneming. Overtreding van art. 5:58 Wft is op grond van art. 1 WED een economisch delict. De maximumstraf is twee jaar. Ten slotte, wordt die onware staat van baten en lasten gebruikt voor het doen van een belastingaangifte, dan is ook art. 69 AWR van toepassing. Daarop staat een maximumstraf van zes jaar.

Het Openbaar Ministerie heeft in dit voorbeeld dus een keuze tussen vier strafbepalingen op grond waarvan het de genoemde feiten zou kunnen vervolgen. De keuze zou idealiter moeten vallen op de strafbepaling die specifiek gericht is op het betreffende feitencomplex: de strafbepaling die in deze zin het beste 'past'. Dat zou in dit geval art. 336 Sr zijn. Deze bepaling is specifiek gericht op het publiceren van onjuiste financiële cijfers. Art. 336 Sr werd echter tot voor kort zelden toegepast omdat er tot 1 februari 2006 een maximum gevangenisstraf op stond van één jaar. In vergelijking met art. 225 Sr was deze laag. Art. 5:58 Wft (maximum gevangenisstraf twee jaar) zal naar verwachting om dezelfde reden weinig toegepast worden wanneer een overlap bestaat met art. 225 of 336 Sr. De keuze voor de strafbepaling op grond waarvan bepaalde

17 Zie nader hoofdstuk 10 (Lamp).

feiten worden vervolgd, wordt door het Openbaar Ministerie namelijk geregeld bepaald door de maximumstraf. Dit heeft overigens vaak meer te maken met de dwangmiddelen die mogelijk zijn bij hogere strafmaxima dan met de straf die het Openbaar Ministerie opgelegd wenst te zien. Vanuit de optiek van de justitiabele is het bovenstaande een minder gewenste situatie.

In paragraaf 4 van dit hoofdstuk wordt nader ingegaan op de regeling van de samenloop die hier ook relevant is. De mogelijkheid bestaat namelijk dat geen keuze wordt gemaakt tussen de verschillende strafbare feiten, maar dat (deels) gekozen wordt voor een cumulatieve tenlastelegging. Het Openbaar Ministerie zou in het voorbeeld bijvoorbeeld kunnen kiezen om zowel het aspect van valsheid te vervolgen, op grond van art. 336 of 225 Sr, als het aspect van manipulatie, op grond van art. 5:58 Wft. De eventuele beperkingen die dan gelden in het kader van de samenloop worden in paragraaf 4 besproken.

Voorts mag niet uit het oog worden verloren de mogelijkheid van cumulatie van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke bestraffing. Het Openbaar Ministerie kan het gedrag uit het voorbeeld namelijk strafrechtelijk vervolgen op grond van art. 225 of 336 Sr, terwijl de AFM een bestuurlijke boete oplegt voor overtreding van art. 5:58 Wft. De mogelijkheid bestaat dat wanneer via het bestuursrecht zwaardere vermogenssancties opgelegd kunnen worden dan via het strafrecht, dit feit invloed zal hebben op de keuze van sanctioneringsmodaliteit.

2.3 Naar een algemene fraudebepaling?

De huidige situatie met verschillende strafbepalingen die zich richten op verschillende (soms overlappende) vormen van fraude, is het voorlopige resultaat van twee ontwikkelingen. De eerste ontwikkeling is die van concentratie. In het verleden bestonden namelijk (nog) meer strafbepalingen die zich richtten op fraude, vooral verticale fraude. De tweede ontwikkeling is dat gekozen is om geen algemene fraudebepaling in te voeren. Dit was volgens de Nederlandse regering om verschillende redenen niet wenselijk. We beginnen met dit laatste punt.

In oktober 1985 nam de Tweede Kamer een motie aan om, kort gezegd, te laten onderzoeken of een algemene fraudebepaling voordelig zou zijn voor de bestrijding van fraude tegen de overheid.¹⁸ De motie gaf aan dat de overheid op misbruik op het gebied van belasting, sociale zekerheid en subsidies diende te reageren met een genuanceerd pakket van maatregelen. Daartoe behoorden onder meer strafrechtelijke sancties waaraan volgens de motie soms tijdrovende en kostbare onderzoeken ten grondslag lagen op basis van de strafbare feiten valsheid in geschrift en oplichting. In de motie werd de regering verzocht na te gaan of het mogelijk was in het Wetboek van Strafrecht een nieuwe (algemene) bepaling op te nemen waarvan de delictinhoud misbruik zou omvatten.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1985/86, 17 050, nr. 49.

Een vergelijkbare wens was ook eerder in 1983 door de Tweede Kamer geuit. Toen werd aangedrongen op een nieuwe delictomschrijving waarin een wezenlijk element zou moeten zijn 'het opzettelijk stelselmatig benadelen van de overheid en bedrijfsverenigingen'.¹⁹ Deze wens kreeg echter geen vervolg.

De regering kwam enkele jaren na de motie uit 1985 terug op deze kwestie in het kader van een voorstel tot wijziging van art. 225 Sr.²⁰ De regering gaf aan dat de veronderstelling van de motie was dat de bestaande strafbepalingen, met daarbij een centrale plaats voor de bepalingen inzake valsheid in geschrift en oplichting, een gebrekkig wettelijk instrumentarium voor het strafrechtelijke optreden vormden en dat het mogelijk moest zijn fraude tegen de overheid op grond van een algemene bepaling doelmatiger te bestrijden. De regering gaf aan dat in dat kader de strafbaarstellingen in de bijzondere wetten inzake fraudeleus handelen ten koste van de overheid waren geïnventariseerd.²¹ Deze strafwetgeving leverde volgens de regering weliswaar een verbrokkeld beeld op, maar de delictomschrijvingen bevatten geen belemmeringen voor adequaat justitieel optreden. Alle vormen van misbruik op het gebied van heffingen, uitkeringen en pensioenen waren volgens de regering onder strafbepalingen in bijzondere wetten gebracht. Deze strafbepalingen werden volgens de regering telkens ook nauwkeurig omschreven.²² Dit wees er volgens de regering op dat de wetgever zijn doel niet zou kunnen bereiken door een begrip als 'misbruik', een formule als 'opzettelijk stelselmatige benadeling van de overheid of bedrijfsverenigingen' of soortgelijke termen of formules in de delictomschrijving op te nemen. De regering was verder van mening dat dergelijke begrippen en formules 'vaag' waren en daardoor niet de rechtszekerheid verschaften die het *nulla poena*-beginsel eist. Het bovenstaande betekende volgens de regering niet dat een *de facto* algemene strafbepaling ter zake van fraude jegens de overheid die in zeer veel gevallen toepasselijk was, ontbrak. In feite was art. 225 Sr een dergelijke functie gaan vervullen, aldus de regering. Voor zover frauduleus handelen werd verricht zonder dat daarbij een (vals) schriftelijk stuk was betrokken, was daarnaast op grond van het toen geldende recht een strafbepaling in één van de bijzondere wetten toepasselijk. Oplichting (art. 326 Sr) bood volgens de regering in dergelijke situaties slechts beperkte mogelijkheden.

Het feit dat niet gekozen werd voor een algemene strafbepaling van fraude, nam niet weg dat wel gestreefd werd naar verbetering en concentratie waar nodig. Dit was bijvoorbeeld het geval bij de strafbaarstelling van fraude in het kader van de sociale-zekerheidswetgeving. Deze strafbaarstelling was destijds per individuele wet geregeld. Voorbeelden van wetten waarin fraudeleus handelen apart strafbaar werd gesteld waren de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW), de Algemene Ouderdomswet (AOW), de Wet op de Arbeidsonge-

19 Zie *Handelingen II* 1982/83, UCV, nr. 40, p. 31 l.k. Ook genoemd in *Kamerstukken II* 1988/89, 21 186, nr. 3, p. 1.

20 *Kamerstukken II* 1988/89, 21 186, nr. 3, p. 1.

21 *Idem*, p. 7.

22 *Idem*, p. 8.

schiktheidsverzekering (WAO) en de Werkloosheidswet (WW).²³ Deze verbodsbepaling maakte volgens de regering inbreuk op de codificatiegedachte die ten grondslag ligt aan art. 107 lid 1 Grondwet.²⁴

Dit leidde tot het voorstel van de regering om de genoemde strafbaarstellingen in de bijzondere wetten over te brengen naar het Wetboek van Strafrecht.²⁵ Dit voorstel leidde tot invoering van de artt. 227a en 227b Sr. In dit kader werden ook andere verbeteringen doorgevoerd. De regering overwoog:

'In het [...] onderzoek naar de wenselijkheid van een algemene misbruikbepaling is naar voren gekomen, dat in de sociale zekerheidswetten een betrekkelijk groot aantal strafbepalingen voorkomt [...]. Bij de voorbereiding van dit wetsvoorstel is gebleken, dat soortgelijke strafbepalingen ook in min of meer verwante wetgeving regelmatig zijn aan te treffen. Ten aanzien van deze strafbaarstellingen in bijzondere wetten kan worden geconstateerd, dat de formulering van de delictomschrijvingen weliswaar in een aantal gevallen is geharmoniseerd, maar dat die harmonisatie bepaald geen volledige is. Voorts valt op dat de op vergelijkbare delicten gestelde straffen niet onaanzienlijk kunnen verschillen zonder dat dit vanuit het beschermde rechtsbelang kan worden verklaard. Tenslotte is gebleken, dat vooral buiten het gebied van de sociale zekerheid lacunes bestaan waar het gaat om de strafbaarstelling van het verstrekken van onware gegevens en het nalaten te voldoen aan informatieverplichtingen. [...] Het vorenstaande in aanmerking nemende kan worden vastgesteld, dat de wijze waarop in de strafbaarstelling van deze frauduleuze gedragingen is voorzien, onoverzichtelijk, weinig samenhangend en evenmin volledig is te noemen. Met een eenvormige regeling in het Wetboek van Strafrecht kan aan deze bezwaren worden tegemoet gekomen.'²⁶

Het invoegen van de nieuwe artt. 227a en 227b Sr leidde er volgens de regering toe dat de verschillende wijzen van frauduleuze bevoordeling vereenvoudigd, eenvormig en geconcentreerd strafbaar werden gesteld. Volgens de regering ging het hierbij om meer dan een legislatieve schoonheidsbehandeling, omdat de voorgestelde herinrichting van de fraudebepalingen de hanteerbaarheid van de wet zou verbeteren. Dit zou de bestrijding van fraude ten goede komen. De concentratie van de fraudebepalingen in het Wetboek van Strafrecht en de forse vermindering van hun aantal (zo'n vijftig strafbepalingen werden geschrapt) bevorderde volgens de regering namelijk de toegankelijkheid van de materie doordat de noodzaak om tientallen verschillende wetten te raadplegen kwam te vervallen. De uniformering van strafbepalingen leidde er volgens de regering eveneens toe, dat vergelijkbare gedragingen op identieke wijze strafbaar werden gesteld en met dezelfde straf worden bedreigd. Daarmee werd een aantal niet te rechtvaardigen verschillen weggenomen, aldus de regering.

Geconcludeerd kan derhalve worden dat de keuze van de regering in het midden van de jaren negentig om geen algemene fraudebepaling in te voeren, onverlet liet dat concentratie en een bepaalde mate van eenvormige regeling wel

23 Idem, nr. 3, p. 3.

24 Idem, p. 4.

25 *Kamerstukken II* 1994/95, 23 993, nr. 3, p. 1.

26 Idem, p. 3, 4.

wenselijk werd geacht. Hiervoor was de effectieve hanteerbaarheid van de regeling de aanleiding, hoewel ook motieven van meer rechtsbeschermende aard, zoals *nulla poena*, werden meegenomen, althans genoemd. Het resultaat is een (minder grote, maar toch een) verzameling van commune en bijzondere strafbepalingen die verschillende vormen van fraude strafbaar stellen. Hierdoor blijven vraagstukken over de relatie tussen de commune en bijzondere bepalingen, overlap en samenloop van belang. Dit zijn thema's die als een rode draad door het hele boek lopen. In de volgende paragraaf gaan we allereerst in op de vraag of die overlap en samenloop nadelige gevolgen (kunnen) hebben voor de eenheid en inzichtelijkheid van het wettelijk systeem als geheel. Vooral art. 91 Sr is voor die vraag van belang.

3 Het bewaken van de eenheid van het strafrechtelijk systeem

3.1 Het belang van art. 91 Sr voor het bijzonder strafrecht

In art. 91 Sr wordt bepaald dat de Titels I-VIII A van dat wetboek ook toepasselijk zijn op feiten waarop bij andere wetten of verordeningen straf is gesteld, tenzij de wet anders bepaalt. Met uitzondering van de betekenistitel (artt. 78-90 octies), gelden de bepalingen van het algemeen deel dus ook voor het bijzonder strafrecht.²⁷ Algemene leerstukken van materieel strafrecht, zoals de omvang van de werking van de strafwet (Titel I), straffen en maatregelen (Titels II en IIA), uitsluiting en verhoging van de strafbaarheid (Titel III), poging en voorbereiding (Titel IV), deelneming (Titel V) en samenloop (Titel VI) werken, tenzij de bijzondere wet anders bepaalt, door op die terreinen van sociaal-economisch recht die strafrechtelijk worden gehandhaafd.

Hetzelfde geldt – zo mag worden aangenomen – voor die algemene leerstukken die geen uitdrukkelijke regeling in het algemeen deel hebben gekregen, zoals de uitwerking van het opzet- en schuldbegrip, het leerstuk van de causaliteit of het wederrechtelijkheidsbegrip in het strafrecht.²⁸ Het feit dat de wetgever afzag van een nadere invulling van deze leerstukken in het Algemeen Deel betekent namelijk niet dat ze niet tot het algemeen deel worden gerekend, maar dat de wetgever een wettelijke regeling ervan niet zinvol achtte en meende dat ze beter aan rechtspraak en doctrine konden worden overgelaten.²⁹

Art. 91 Sr richt zich tot alle strafwetgevers, zowel de wetgever in formele zin, als de lagere wetgever. Aldus benadrukt dit artikel nog eens het belang van het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht voor die andere wetgevers. Het

27 Opmerkelijk is dat ook art. 78 Sr, dat bepaalt dat waar in het wetboek van misdrijf in het algemeen of enig misdrijf in het bijzonder wordt gesproken, daaronder in beginsel ook medeplichtigheid aan, poging tot en voorbereiding van dat misdrijf wordt begrepen, niet via art. 91 Sr op andere strafwetten toepasselijk is. Dat heeft in de praktijk niet heel grote gevolgen, vgl. De Hullu 2009, p. 64, en vooral HR 13 januari 2009, *NJ* 2009, 58, r.o. 4.3.

28 R Emmelink 1996, p. 93-94. Voor een voorbeeld, zie verder De Jong en Sikkema (hoofdstuk 14) over het opzetbegrip in het bijzonder strafrecht.

29 Vgl. Smidt I 1891, p. 73 e.v. (m.b.t. opzet); R Emmelink 1996, p. 93-94; De Hullu 2009, p. 63.

brengt bijvoorbeeld mee dat het in beginsel niet is toegestaan om poging tot overtreding of medeplichtigheid daaraan strafbaar te stellen. Afwijkingen zijn alleen mogelijk door een wet in formele zin, inclusief het Wetboek van Strafrecht zelf.³⁰ Voor lagere wetgevers – en in het bijzondere strafrecht zijn er dat, als gevolg van het werken met gelede normstellingen, behoorlijk wat – geldt een *verbod* om van het Algemeen Deel af te wijken; voor de formele wetgever gaat het om een *opdracht tot terughoudendheid*. De laatste krijgt de opdracht om – in de bewoordingen van de memorie van toelichting – ‘niet dan waar het volstrekt noodig is, af te wijken van de voorschriften en beginselen van het algemeen deel.’³¹

Bij de vaststelling of de lagere regelgever de bepaling van art. 91 Sr overtreedt, gaat het erom of deze bij een door hem in het leven geroepen strafbaarstelling aanknoopt bij een elders omschreven grondfeit, zodat bijvoorbeeld in wezen de deelnemingsregeling wordt uitgebreid. Dat laatste is niet toegestaan. Die kwestie was bijvoorbeeld aan de orde in HR 4 mei 1954, *NJ* 1954, 375, waar een lagere regelgever een strafbepaling had gemaakt die luidde: ‘Het verkopen, vervreemden en afleveren van gedestilleerde dranken met een alcoholgehalte van 15 volumeprocenten of meer bij een temperatuur van 15° C. aan afnemers, waarvan redelijkerwijs moet worden aangenomen dat zij op grond van een wettelijk voorschrift niet bevoegd zijn dergelijke dranken in voorraad te houden, te verkopen en/of af te leveren en dat zij deze betrekken voor wederverkoop [het grondfeit, de auteurs], is verboden.’ Was hier nu in feite sprake van een variant op een deelnemingsvorm (bijv. uitlokking)? De Hoge Raad oordeelt van niet, nu dit strafbaar feit ‘niet een algemene bepaling van deelneming aan [het grondfeit] inhoudt, doch een bijzondere strafbaarstelling van derden van zelfstandig karakter.’³²

Over de achtergronden van dit artikel kan verschillend worden gedacht. In de literatuur is een drietal gronden onderscheiden. In de eerste plaats wordt in het artikel een bekrachtiging van het materiële legaliteitsbeginsel gelezen (art. 1 Sr; art. 16 Gw en art. 7 EVRM).³³ Via art. 91 Sr wordt benadrukt dat ook buiten het Algemeen Deel strafrechtelijke aansprakelijkheid niet lukraak kan worden gevestigd of uitgebreid via bijvoorbeeld aanpassingen van het bereik van de pogings- of deelnemingsbepalingen. Art. 91 Sr benadrukt in deze visie bovendien dat ook de strafbepalingen buiten het Wetboek van Strafrecht hebben te voldoen aan de eisen die het legaliteitsbeginsel (*nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*) stelt. Mogelijk kan er ook de opdracht aan de bijzondere wetgever in worden gelezen om inhoudelijke overlap tussen strafbepalingen waar mogelijk te voorkomen.³⁴

30 Smidt I 1891, p. 545.

31 Smidt I 1891, p. 545.

32 Zie ook HR 10 januari 2006, *LJN* AU7106, r.o. 3.6, en Cleiren, aant. 7 op art. 91 Sr, in: T&C Sr 2010, met verdere verwijzingen naar rechtspraak.

33 Vgl. Cleiren, aant. 1 op 91 Sr, in T&C Sr 2010; zie ook Jörg en Kelk 2001, p. 54-55.

34 Strikt genomen zou dit laatste dan niet voortvloeien uit art. 91 Sr, dat op het Algemeen Deel betrekking heeft, maar rechtstreeks volgen uit art. 1 Sr.

Voor de goede orde, ook strafbaarstellingen die in het leven worden geroepen door een andere wetgever dan de wetgever in formele zin behoeven een basis in een wet in formele zin. Daarbij wordt aangenomen dat andere regelgevers dan de centrale overheid in de regel geen strafbaarstellingen in het leven mogen roepen die *misdriven* opleveren (vgl. bijvoorbeeld art. 154 Gemeentewet).³⁵ Aangezien uitbreidingen van strafrechtelijke aansprakelijkheid via bijvoorbeeld de poging alleen mogelijk is bij misdrijven, wordt zo de armslag van lagere regelgevers aan banden gelegd.³⁶ In die zin levert art. 91 Sr aanzienlijke beperkingen op voor die lagere wetgever. Ook op het niveau van de centrale overheid wordt de invulling van veel strafbare feiten – denk aan de Wet op de economische delicten – via delegatie uiteindelijk aan de lagere regelgever (de regering, de minister, zelfstandige bestuursorganen, zoals als de AFM, etc.) gelaten. Daarbij kan het ook om misdrijven gaan. Art. 89 leden 2 en 4 Gw bepalen dat algemeen verbindende voorschriften die door straffen worden gehandhaafd, alleen mogen worden gegeven *krachtens* de wet, met dien verstande dat de wet zelf de op te leggen straffen bepaalt. Uiteraard geldt ook dan dat alleen bij formele wet afwijkingen van het Algemeen Deel zijn toegestaan.³⁷

Het komt ons voor dat art. 91 Sr, meer nog dan een bevestiging van het legaliteitsbeginsel, een uitwerking is van de codificatiegedachte, die ook besloten ligt in art. 107 Gw.³⁸ Historisch kunnen beide artikelen (mede) worden verklaard uit de wens van de opkomende natie-staten om de positie van het centrale staatsgezag, waarvan het *ius puniendi* één van de speerpunten vormt, te versterken ten opzichte van de positie van de lokale overheden.³⁹ Met het benadrukken van de wet in formele zin als voornaamste kenbron van strafrecht versterkte de centrale overheid haar greep op de rechtsvorming. Daaraan moet worden toegevoegd dat met het codificeren van algemene regels van materieel (en formeel) strafrecht in één wetboek naast de rechtseenheid ook de rechtszekerheid is gediend. In die zin liggen het zojuist genoemde legaliteitsbeginsel (art. 1 Sr en art. 1 Sv) en de codificatiegedachte in elkaars verlengde.

Wij zien als gezegd in art. 91 Sr eerst en vooral een uitwerking van de codificatiegedachte, vanwege de omstandigheid dat de wetgever die het Wetboek van Strafrecht tot stand bracht, er bijvoorbeeld ook voor had kunnen kiezen om in bijzondere wetten (in formele zin uiteraard) telkens de bepalingen van het Algemeen Deel toepasselijk te verklaren op de strafbepalingen in die wetten. Dan zou ook zijn voldaan aan de eisen van art. 1 Sr. In de huidige vorm benadrukt art. 91 Sr eerst en vooral de relevantie van het Algemeen Deel voor de bijzondere wetten. Daarmee is een zekere rechtseenheid gewaarborgd, die anders – als gevolg van toepassing van de regel *lex posterior derogat legi priori* of de regel *lex specialis derogat legi*

35 De Hullu 2009, p. 65.

36 Zie evenwel de relativering, genoemd in noot 32.

37 Voor een voorbeeld, zie opnieuw HR 10 januari 2006, *LJN AU7106*, r.o. 3.6.

38 Art. 107 lid 1 Gw: 'De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten.'

39 In die zin bijvoorbeeld de conclusie van A-G Wortel bij HR 10 januari 2006, *LJN AU7106*, onder 14.

generali – telkens opnieuw zou moeten worden bevestigd.⁴⁰ De willekeur – in de vorm van een grote verscheidenheid aan vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in evenzovele bijzondere wetten – die aldus wordt voorkomen, wordt aldus primair door codificatie in een algemeen wetboek tegengegaan.

Een derde reden voor opnemning van art. 91 Sr is gelegen in redenen van wets-systematiek.⁴¹ Een regeling van onderwerpen die alle of de meeste strafbare feiten gemeenschappelijk hebben in een Algemeen Deel is ook om die reden aantrekkelijk. Daarbij komt nog dat het Algemeen Deel ook onderwerpen regelt die betrekking hebben op het samenspel van meerdere strafbare feiten en/of daders, zoals de deelnemingsbepalingen, de regels over samenloop en de bepaling over het *ne bis in idem*-beginsel (art. 68 Sr). Per definitie horen die thuis in een Algemeen Deel dat betrekking heeft op alle strafbare feiten.

Hier past overigens een korte opmerking over wat dan precies strafbare feiten zijn. De Nederlandse wetgever gebruikt daarvoor een formeel criterium. Een strafbaar feit is wat door de wetgever als zodanig is benoemd.⁴² In Nederland wordt dus geen materieel criterium gebruikt, dat bijvoorbeeld aanknoopt bij het begrip *criminal charge* als in art. 6 EVRM. Dat betekent dat de bepalingen van het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht (en die van het Wetboek van Strafvordering) niet van toepassing zijn op punitieve sancties die voorkomen in andere rechtsgebieden, bijvoorbeeld het bestuursrecht. Het bestuurlijke (punitieve) sanctierecht kent inmiddels een eigen 'Algemeen Deel' dat is neergelegd in Hoofdstuk 5, Titels 5.1 en 5.4, van de Algemene wet bestuursrecht, waarop hieronder wordt ingegaan. Gezien de enorme opkomst van de bestuurlijke boete de afgelopen jaren en de afwijkingen van Hoofdstuk 5 ten opzichte van het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht moet het belang van rechtseenheid dus in belangrijke mate worden genuanceerd.⁴³ Ook het feit dat op het vlak van het bestuursrecht – afhankelijk van de materie zijn dat de Hoge Raad (belastingzaken), de Centrale Raad van Beroep, de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (onder meer voor het financiële toezicht) – vier hoogste rechters actief zijn draagt daaraan niet bij.⁴⁴

40 Dit is overigens een ander punt dan de door Modderman besproken kwestie in hoeverre de genoemde regels uitdrukkelijk of stilzwijgend tot afwijkingen van of aanvullingen op het Algemeen Deel kunnen leiden; Smidt I 1891, p. 547.

41 Vgl. De Hullu 2009, p. 63-64.

42 De Hullu 2009, p. 36-37.

43 Dat heeft dan ook tot discussie en kritiek geleid; vgl. onder meer Knigge 2000; Hartmann en Van Russen Groen 1998, die pleiten voor een afzonderlijke wettelijke regeling van het bestuursstrafrecht.

44 Daarop wordt ook nog teruggekomen in hoofdstuk 13 (Luchtman).

3.2 Deelcodificaties op het terrein van het bijzonder strafrecht

3.2.1 De Wet op de economische delicten⁴⁵

Van meet af aan is onder ogen gezien dat het ondoenlijk is het gehele strafrecht in één wetboek onder te brengen. Voor het fiscale strafrecht en het militaire strafrecht – niet toevallig die andere zwaartepunten van staatsmacht – werd al bij de invoering van het wetboek aanvaard dat afwijkende regels nodig waren.⁴⁶ Ook ten aanzien van de overtredingen werd aanvaard dat deze niet allemaal in één codificatie konden worden opgenomen.

De memorie van toelichting zegt daarover: ‘zeer groot is het aantal bijzondere wetten, waarin, zonder dat zij tot het gebied van het strafrecht behoren, feiten worden strafbaar gesteld, die het karakter van een overtreding dragen. Het is niet wel mogelijk alle daartoe betrekkelijke bepalingen te codificeren en, al ware volledigheid bij zoodanige codificatie bereikbaar, het wetboek zoude toch onmiddellijk na zijne invoering door nieuwe strafbepalingen in nieuwe wetten onvolledig worden.’⁴⁷

Daarbij bleef het echter niet. Als gevolg van de ontwikkelingen die in het vorige hoofdstuk werden beschreven – kort gezegd: de overgang van een nachtwaker- naar een sociale verzorgingsstaat – zijn vele strafbaarstellingen, zowel binnen als buiten het Wetboek van Strafrecht, tot stand gekomen als sluitstuk van overheidsinterventies op tal van terreinen die tot het sociaal-economisch recht horen. Daarmee is het belang van art. 91 Sr stellig toegenomen. Tegelijkertijd kent dit artikel alleen voor andere wetgevers dan de wetgever in formele zin een verbod om van het Algemeen Deel af te wijken. Op de formele wetgever rust een plicht tot terughoudendheid. Corstens signaleerde al dat de codificatiegedachte – tot uitdrukking komend in art. 107 Gw – inmiddels is geëvolueerd tot een aansporing om het strafprocesrecht (maar ook het materiële strafrecht) liefst zo veel mogelijk in één wetboek bijeen te brengen, dan wel, waar het gaat om onderdelen van het strafrecht van een grotere omvang (deelcodificaties), in andere, algemene wetten in formele zin op te nemen, of – als dat laatste ook niet mogelijk is – in andere wetten in formele zin op te nemen.⁴⁸ Met name het gemak waarmee toevlucht wordt genomen tot de derde stap wordt door Corstens met de nodige reserve bezien. Weliswaar bewerkstelligt normering via wetten in formele zin dat een regeling in het gehele land gelijke gelding heeft en mag eveneens een kwaliteitswaarborg gezien in de totstandkomingsprocedure die geldt voor dergelijke wetten (immers een gezamenlijke verantwoordelijkheid van Staten-Generaal en de regering), dat laat onverlet dat een derde ratio van art. 107 Gw, i.e. het waarborgen van de samenhang en overzichtelijkheid van het wettelijk systeem als geheel, gemakkelijk tekort

45 Zie ook hoofdstuk 6 (Keulen).

46 Smidt I 1891, p. 45-46.

47 Smidt I 1891, p. 43-44.

48 Corstens 2008, p. 19, met verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis van art. 107 Gw.

wordt gedaan.⁴⁹ Juist op het terrein van het sociaal-economisch recht, waarvoor vele verschillende vakdepartementen verantwoordelijk zijn (Financiën, Economische Zaken, VROM, et cetera), bestaat het gevaar dat het overzicht over het geheel uit het oog wordt verloren en dat hoofdzakelijk overwegingen van instrumentele aard de boventoon voeren.⁵⁰

Daaraan kan worden toegevoegd dat ook de keuze van de wetgever voor de tweede categorie – de deelcodificaties op bijzondere terreinen, zoals het economisch (en milieu)strafrecht in de Wet op de economische delicten en het fiscale strafrecht in de Algemene wet inzake rijksbelastingen – bij tijd en wijle ter discussie wordt gesteld. Die discussie is vooral gevoerd in relatie tot de WED en in veel mindere mate in relatie tot de AWR.

Toen de WED tot stand kwam, voerde de wetgever een tweetal argumenten aan voor normering in een bijzondere wet, dus buiten het algemene kader van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering.⁵¹ Een eerste argument lag in de gevoelde noodzaak van het aanbrengen van ordening en uniformering van de versnipperde regelgeving op economisch terrein. Daarnaast zou de bijzondere aard van economische delicten bijzondere voorzieningen eisen, zowel op het vlak van het materiële strafrecht als het procesrecht. De WED behelsde de onomwonden keuze voor handhaving via het strafrecht (vgl. art. 5 WED). Zo wenste men een wildgroei van afdoeningsmodaliteiten – en daarmee ook het gevaar van meervoudige bestraffing – tegen te gaan, terwijl door de tussenkomst van het Openbaar Ministerie en de strafrechter in de noodzakelijke rechtsbescherming kon worden voorzien. Tegelijk kon niet worden volstaan met een inpassing van economische delicten in de algemene wetboeken, omdat speciale voorzieningen nodig werden geacht. Inderdaad kende de WED tal van bijzondere voorzieningen op het vlak van onder meer de aansprakelijkheid van rechtspersonen, de voordeelsontneming, de opsporing, de berechting door gespecialiseerde rechters en de sanctionering.⁵²

Een vijftal decennia later is de toegevoegde waarde van de WED voorwerp van discussie. Gritter, Knigge en Kwakman geven daarvoor een drietal redenen.⁵³ In de eerste plaats zijn tal van eigenheden die de WED destijds een eigen karakter gaven inmiddels ook geïntroduceerd in de algemene wetboeken. Zo kent het Wetboek van Strafrecht nu ook de aansprakelijkheid van de rechtspersoon en de ontnemingsmaatregel. In de tweede plaats is het toepassingsbereik van de WED aanzienlijk uitgebreid. Ten derde moet het belang van art. 5 WED sterk worden gerelativeerd als gevolg van de opkomst van de bestuurlijke sanctionering. Waar de oorspronkelijke gedachte was dat een zekere mate van eenheid van beleid kon worden bewerkstelligd door het OM en de strafrechter

49 Corstens 2008; zie ook Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p. 149.

50 Dat betekent overigens niet dat het voor de strafrechtspleging bij uitstek verantwoordelijke departement – het ministerie van Justitie/Veiligheid – bij de totstandkoming niet wordt betrokken.

51 Zie ook hoofdstuk 6 (Keulen) en Gritter, Knigge en Kwakman 2005, met verdere verwijzingen.

52 Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p. 21-24.

53 Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p. 143 e.v. en p. 177-178. Zie ook hoofdstuk 2 (Vervaele); Wladimiroff 1989; Widdershoven 1998.

met de afdoening van economische delicten te belasten, constateren de drie auteurs dat de WED in wezen te lijden heeft onder zijn eigen succes (zijn werkingssfeer is immers fors uitgebreid) en dat daarom het uitgangspunt is verschoven en tegenwoordig eerder omgekeerd is: de bestuursrechtelijke handhaving heeft het primaat verworven, ook omdat de rechtsbescherming onder het bestuursrecht mede als gevolg van de invloed van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens die van het strafrecht op zijn minst dicht is genaderd. Het is het bestuur dat tegenwoordig bij uitstek de bijzondere deskundigheid bezit om effectief te kunnen optreden.

In wezen staan we hierdoor nu voor een herhaling van het debat dat zich ook rondom art. 91 Sr ontspon. De handhaving van sociaal-economisch recht blijkt versnipperd geraakt, waardoor 'de rechtseenheid in het gedrang [komt] als elk deelsterrein zijn eigen – inhoudelijk afwijkende – wettelijke regeling kent.'⁵⁴ Dat huidige debat lijkt nu zelfs nog wat gecompliceerder, nu het niet alleen meer gaat om de rechtseenheid en het bewaken van de samenhang tussen het gemeen en bijzonder strafrecht, maar ook om die tussen het strafrecht in den brede enerzijds en het (punitieve) bestuursrecht in de Algemene wet bestuursrecht en de verschillende terreinen van het bijzonder bestuursrecht anderzijds. De invoering van de Vierde tranche in de Algemene wet bestuursrecht, waarop we zo dadelijk ingaan, heeft dit probleem zeker niet helemaal verholpen.

Teneinde het wettelijk systeem weer in de pas te doen lopen met de huidige praktijk schetsen Gritter, Knigge en Kwakman een drietal oplossingsrichtingen, waarvan de eerste de meest vergaande is. Onder dat model wordt – kort gezegd – de WED geheel afgeschaft en het gehele ordeningsrecht ingepast in de algemene wetboeken, die dan op hun beurt uiteraard de nodige aanpassingen moeten ondergaan.⁵⁵ Zo'n oplossing zou een majeure wetgevingsoperatie met zich brengen, maar vanuit systematisch oogpunt ook grote voordelen kennen. Toch kiezen de auteurs uiteindelijk voor het tweede model, waarbij de WED ingrijpend wordt herzien en wordt omgedoopt in een Wet op de Ordeningsdelicten.⁵⁶ Het uitgangspunt daarbij is dat in de WOD alleen nog die zaken worden geregeld waarvoor, gelet op het bijzondere karakter van de ordeningsregelgeving, afwijkingen van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering gerechtvaardigd zijn. Art. 91 Sr doet dan – voor wat betreft het materiële strafrecht – de rest.⁵⁷ De onderzoekers geven meerdere argumenten waarom, uiteindelijk, toch mogelijk beter voor het tweede model moet worden gekozen.⁵⁸ Het eerste lijkt sterk op hetgeen destijds ook in het kader van art. 91 Sr werd opgemerkt. Niet uit te sluiten is dat toekomstige ontwikkelingen – denk bijvoorbeeld aan een voortschrijdende Europese integratie – nopen tot nieuwe voorzieningen die fors afwijken van het commune strafrecht.⁵⁹ Maar overtuigend is met

54 Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p. 148.

55 Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p. 188-191; zie ook Doorenbos 2010, p. 281-282.

56 Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p. 192. De derde optie – een meer beperkte modernisering van de WED – laten wij hier buiten beschouwing. Zie over de voorstellen van Gritter c.s. ook nog hoofdstuk 6 (Keulen).

57 Overigens, ook nu is art. 91 Sr uiteraard van belang voor het economische strafrecht; vgl. HR 13 november 2001, *NJ* 2002, 291 (m.nt. Mevis), r.o. 3.6.3.

58 Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p. 192 e.v.

59 Zie daar ook de sterke parallel met de passage, aangehaald in noot 47.

name het argument dat een WOD het ook mogelijk maakt om onderwerpen te regelen die op het snijvlak liggen van het strafrecht en het bestuursrecht en die noch in het Wetboek van Strafrecht/Strafvordering, noch in de Algemene wet bestuursrecht eenvoudig hun plaats vinden.⁶⁰ In het licht van art. 107 Gw lijkt zo'n oplossing niet bezwaarlijk, eerder integendeel.

3.2.2 De Algemene wet inzake rijksbelastingen⁶¹

Hierboven werd al kort opgemerkt dat, waar de toegevoegde waarde van de WED ter discussie werd gesteld, een soortgelijke discussie binnen het fiscaal strafrecht niet of nauwelijks wordt gevoerd. Van meet af aan is voor het fiscale strafrecht een uitzonderingspositie aanvaard. Al bij de invoering van het Wetboek van Strafrecht werd opgemerkt dat men ten aanzien van dit rechtsgebied niet verder moest gaan dan het via art. 91 Sr toepasselijk verklaren van het Algemeen Deel op de belastingwetgeving. Een integratie van het fiscale strafrecht in het Wetboek van Strafrecht werd, gelet op de eigenheden daarvan, niet nagestreefd.⁶² Daarvoor hangt het te nauw samen met het achterliggende terrein, het fiscale recht. Ook tegenwoordig lijkt dit uitgangspunt nog verdedigbaar.⁶³ Anders dan de WED, waarvan de reikwijdte in de loop der tijd aanmerkelijk werd uitgebreid, is de AWR – en de daarin vervatte regels van straf- en strafprocesrecht – een redelijk afgebakend gebied, waarvan de uitvoering bovendien is toevertrouwd aan één orgaan, de Belastingdienst. Op strafrechtelijk terrein wordt de coherentie in de rechtshandhaving bovendien gewaarborgd, doordat alle betrokken onderdelen van de Belastingdienst, inclusief de FIOD-ECD, in voortdurend contact staan met het Openbaar Ministerie, in het bijzonder het Functioneel Parket.⁶⁴ In die zin verschilt het fiscale strafrecht van dat van de WED, waar die uitgangspunten oorspronkelijk ook werden benadrukt, maar nadien op losse schroeven zijn komen te staan. Daarbij komt dan nog het inhoudelijke argument dat de fiscale strafbepalingen, in hun huidige vorm althans, in wezen sanctiebepalingen zijn op voorschriften die elders in de AWR zijn gedefinieerd.⁶⁵ Ook al gaat strafbare belastingontduiking vaak gepaard met elementen van valsheid of bedrog, de strafbepalingen in de AWR hebben daardoor een andere inhoud dan bijvoorbeeld het commune art. 225 Sr.⁶⁶

60 Overigens bestaat voor dat snijvlak tegenwoordig ook wel aandacht, maar deze is vooralsnog beperkt tot het voorkomen van dubbele vervolging, maar – als gevolg van het late *point of no return* – vooral dubbele bestraffing via *una via*-bepalingen; zie daarover in het bijzonder ook hoofdstuk 17 (Duker); zie ook hoofdstuk 8 (De Bont & De Haas) en hoofdstuk 10 (Lamp).

61 Zie verder hoofdstuk 8 (De Bont & De Haas).

62 Smidt I 1891, p. 43.

63 Overigens, voorafgaand aan de totstandkoming van de AWR, is opnieuw de suggestie gedaan om de fiscale strafbepalingen in het Wetboek van Strafrecht op te nemen, maar deze is uiteindelijk niet overgenomen; zie Valkenburg 2001, p. 1-2, met verdere verwijzingen.

64 Vgl. art. 80 AWR, waarover ook hoofdstuk 16 (Borgers) en hoofdstuk 17 (Duker).

65 Zie verder hoofdstuk 9 (Bakker).

66 Zie verder hoofdstuk 9 (Bakker).

De AWR is, net als het Wetboek van Strafrecht, een codificatiewet, die geldt voor alle belastingen die van rijkswege worden geheven. De materiële heffingswetten, zoals bijvoorbeeld de Wet op de Inkomstenbelasting (IB), kunnen voor een groot aantal onderwerpen, zoals bijvoorbeeld de aangifteregeeling, naar de AWR verwijzen. Op die manier bewerkstelligt de AWR een zekere eenheid en coherentie binnen het systeem van heffing van rijksbelastingen. De AWR kent daartoe regels die zowel afwijkingen van, dan wel aanvullingen op de Algemene wet bestuursrecht bevatten – denk bijvoorbeeld aan art. 47 e.v. AWR, die moeten worden beschouwd als een *specialis* ten opzichte van Afd. 5.2 Awb –,⁶⁷ als regels die afwijken van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering, dan wel deze aanvullen.

Ten aanzien van het fiscale strafrecht kan dus *grosso modo* worden gezegd dat enerzijds de eigenaardigheden die aldaar gelden, een regeling buiten het commune strafrecht rechtvaardigen, terwijl anderzijds via art. 91 Sr wordt bereikt dat zoveel als mogelijk aansluiting wordt behouden bij de bepalingen van het Algemeen Deel.⁶⁸ Zo verviel met de inwerkingtreding van art. 51 Sr de bepaling in de AWR op grond waarvan ook corporaties strafrechtelijk aansprakelijk konden worden gesteld.⁶⁹ Dat kwam de eenheid en inzichtelijkheid van het wettelijk systeem ten goede. Maar ook tegenwoordig lijkt de vraag op zijn plaats of alle bepalingen in de AWR die op het strafrecht betrekking hebben, wel echt toegevoegde waarde hebben. Zo heeft art. 73 AWR, dat een uitbreiding van rechtsmacht omvat, in de praktijk nauwelijks enige betekenis.⁷⁰

4 Samenloop van straffen

Niet alleen de eenheid en inzichtelijkheid van het wettelijk systeem is een aspect dat bij overlappende (commune en bijzondere) strafbepalingen aandacht behoeft, bovendien moet er worden gewaakt voor meervoudige strafrechtelijke aansprakelijkheidstelling. Soms wordt een conflict tussen die bepalingen opgelost door het aannemen van een specialis-verhouding (vgl. art. 69 lid 4 AWR).⁷¹ In dat geval gaat de bijzondere bepaling voor (art. 55 lid 2 Sr). Veel vaker ontbreekt zo'n verhouding. Het Wetboek van Strafrecht bevat voor die gevallen, bij gelijktijdige vervolging,⁷² de samenloopregeling van de artt. 55-63 Sr.⁷³ Het probleem van de overlappende strafbepalingen wordt dan opgelost bij de straf-

67 Zie verder hoofdstuk 8 (De Bont en De Haas) en hoofdstuk 16 (Borgers).

68 Zie verder Wattel 1989, p. 25-27; Valkenburg 2001, p. 1-2.

69 Valkenburg 2001, p. 91. Datzelfde gebeurde als gezien met de vergelijkbare regeling in de WED.

70 Hierover Valkenburg 2001, p. 103-104; Wattel 1989, p. 166-167.

71 Zie verder hoofdstuk 9 (Bakker).

72 Art. 63 Sr schrijft overigens voor dat de bepalingen van Titel VI van het Algemeen Deel (samenloop) ook moeten worden toegepast, wanneer iemand, nadat hem een straf is opgelegd, schuldig wordt verklaard aan een misdrijf of overtreding, dat/die voor die strafoplegging is gepleegd.

73 Als gezegd, vanwege de nauwe samenhang met het voor het bijzondere strafrecht zo belangrijke *una via*-beginsel komt art. 68 Sr, dat ziet op elkaar in tijd opvolgende vervolgingen voor hetzelfde feit (*ne bis in idem*) in hoofdstuk 17 (Duker) aan de orde. Hij gaat ook in op de overlap tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke (punitieve) vervolging en sanctionering. Dan gelden niet de regels van het Wetboek van Strafrecht, maar voornoemde *una via*-bepalingen.

oplegging (en via het strafvorderlijke opportuniteitsbeginsel).⁷⁴ Zojuist zagen we dat via art. 91 Sr wordt bewerkstelligd dat die regels gelden voor alle strafbepalingen, ook die buiten het Wetboek van Strafrecht.

4.1 Eendaadse samenloop

Van eendaadse samenloop (art. 55 Sr) is sprake als één feit onder meerdere strafbepalingen is te brengen. Art. 55 lid 1 Sr schrijft dan voor dat de rechter moet kiezen voor één van de in aanmerking komende bepalingen, waarbij die met de zwaarste hoofdstraf moet prevaleren.⁷⁵ Een relevant voorbeeld van eendaadse samenloop is de bewezenverklaring van het uitlokken van handel met voorwetenschap (art. 47 Sr jo art. 5:56 Wft) en het overtreden van het zgn. tipverbod (art. 5:57 Wft), zoals bijvoorbeeld in de uitspraak *Kempen & Co.*⁷⁶

Buiten dit voor het bijzonder strafrecht relevante voorbeeld zal van eendaadse samenloop echter niet snel sprake zijn. Stel dat iemand zich bezondigt aan beleggingsfraude. Hij zal doorgaans zonder vergunning beleggingsdiensten aanbieden (art. 2:96 Wft jo art. 1 WED) en zich tevens schuldig maken aan oplichting (art. 326 Sr). Hoewel het ‘historisch gebeuren’ bestaat uit één gedraging, hoeft dit nog niet te betekenen dat het, in het licht van de samenloopregeling, ook als één feit moet worden gezien. Tegenwoordig worden daarvoor drie criteria gebruikt, namelijk de vergelijkbaarheid van de strekking van de strafbepalingen, de eenheid van tijd en plaats en de wezenlijke samenhang in de overtreding van de verschillende strafbepalingen.⁷⁷ Het genoemde voorbeeld zal hierdoor niet onder de regeling van eendaadse samenloop, maar die van meerdadse samenloop (art. 57; zie hierna) vallen.⁷⁸ De strekking van de twee genoemde strafbepalingen loopt te veel uiteen; zij richten zich op de bescherming van het vermogen enerzijds en de bescherming van beleggers en het waarborgen van het adequaat functioneren van de financiële markt anderzijds.

Een opmerkelijk geval van eendaadse samenloop troffen wij wel nog aan in het arrest HR 28 september 2010, *LJN* BN8465. De verdachte werd veroordeeld, omdat hij art. 5 van het Besluit risico’s zware ongevallen 1999 had overtreden, welk besluit zowel op art. 8.44 van de Wet milieubeheer (Wm) als art. 6 van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 (Arbowet) is gebaseerd. Het hof ging er van uit dat hier sprake was van de eendaadse samenloop van overtreding van een voorschrift, gesteld krachtens art. 8.44 lid 1 Wm en overtreding van een voorschrift, gesteld krachtens

74 Dat laatste komt aan de orde in hoofdstuk 17 (Duker).

75 Art. 61 Sr schrijft voor dat de betrekkelijke zwaarte van hoofdstraffen wordt bepaald door de volgorde van art. 9 Sr. Het kan voorkomen dat op een feit twee bepalingen van toepassing zijn waarbij de ene bepaling een betrekkelijk milde gevangenisstraf bevat, maar een forse boete, terwijl de andere bepaling juist een forse vrijheidsstraf en een lage geldboete bevat. Art. 61 Sr jo art. 9 Sr brengt dan met zich dat de bepaling met de zwaarste vrijheidsstraf de zwaarste strafbepaling is.

76 Hof Amsterdam 5 juli 2005, *LJN* AT9485, *JOR* 2005, 215 en HR 24 april 2007, *LJN* AZ5699, *NJ* 2008, 357, m.nt. Mevis.

77 Aldus De Hullu 2009, p. 503.

78 Zie in vergelijkbare zin ook Hof Arnhem 31 oktober 2005, *LJN* AU6542 over de samenloop van art. 82 Wtk (oud; thans art. 4:3 Wft) met art. 326 Sr.

art. 6 Arbowet. A-G Vegter overwoog dat het feit: ‘dat handelen in strijd met artikel 5 van het Besluit [...] onder omstandigheden in twee strafbepalingen in de zin van artikel 55, eerste lid, Sr [valt], mij [...] geen probleem [lijkt]. [...] Het hof heeft klaarblijkelijk geoordeeld dat de door de verdachte nagelaten maatregel om metingen te verrichten strekte ter voorkoming van zware ongevallen en de gevolgen daarvan voor zowel de mens [Arbowet, de auteurs] als het milieu [Wm, de auteurs]. [...] Daarvan uitgaande heeft het hof het bewezenverklaarde mijns inziens terecht aangemerkt als vallende in twee strafbepalingen en juist gekwalificeerd.’ De Hoge Raad besteedt verder geen aandacht aan de kwestie.

De wetgever kiest er ook vrijwel nooit voor om een specialis-generalis-verhouding te formuleren, waardoor art. 55 lid 2 Sr van toepassing zou zijn en dus slechts de specialis gebruikt zou mogen worden.

Art. 55 lid 2 Sr, waarin de voorrang van de *lex specialis* ten opzichte van de *lex generalis* is geregeld, heeft slechts beperkte betekenis. De Hullu onderscheidt in dit verband de logische specialiteit, de systematische specialiteit en de derogatiebepaling.⁷⁹

Bij samenloop van bijzonder strafrecht met algemeen strafrecht laat logische specialiteit (de specialis bevat alle bestanddelen van de generalis, plus één of meer andere) zich moeilijk voorstellen. Daarbij komt dat art. 55 lid 2 Sr voornamelijk dwingende betekenis heeft als sprake is van een zogenaamde geprivilegieerde logische specialis (de specialis kent een lagere strafbedreiging); een figuur die binnen het hele strafrecht een uiterst ondergeschikte rol speelt.

De figuur van systematische specialiteit (een specialiteit die volgt uit een door de wetgever beoogde specifieke verhouding) laat zich in theorie beter denken in de relatie bijzonder-algemeen strafrecht. In de praktijk is de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit vlak echter uitermate stringent: dwingende specialiteit wordt pas aangenomen als de delictomschrijving van de bijzondere regeling alle bestanddelen bevat van de generalis dan wel als er in de wetsgeschiedenis aanknopingspunten zijn te vinden dat er van een specialis sprake is. De ratio en/of strekking van de verschillende strafbepalingen zijn daarbij van betekenis. *De facto* wordt een systematische specialisverhouding eigenlijk nooit aangenomen.

Een voorbeeld van een zogenaamde derogatiebepaling is art. 69 lid 4 AWR, waarop in hoofdstuk 9 nader wordt ingegaan. Het is meteen het enige voorbeeld dat in de context van deze bundel relevant te achten is.

Tenslotte, er zij hier nog voor gewaarschuwd dat de interpretatie van ‘een feit’ in de zin van art. 55 Sr niet identiek is aan de interpretatie van het begrip ‘een feit’ in de zin van art. 68 Sr (*ne bis in idem*).⁸⁰ De jurisprudentie met betrekking tot art. 68 Sr heeft zich anders ontwikkeld, waardoor in het algemeen gezegd kan worden dat eerder sprake is van hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr dan van hetzelfde feit in de zin van art. 55 Sr.⁸¹

79 De Hullu 2009, p. 505 e.v.; de hiernavolgende passage is op de beschouwingen van De Hullu gebaseerd.

80 Of ‘dezelfde gedraging’ in de zin van art. 5:44 Awb en ‘het feit’ in de zin van art. 243 Sv (*una via*).

81 Zie nader hierover hoofdstuk 17 (Duker). Zie ook Kelk 2010, p. 70-73.

4.2 Meerdaadse samenloop

Van meerdaadse samenloop (art. 57 Sr) is sprake als meerdere feiten, die als op zichzelf staande handelingen worden beschouwd, tegelijkertijd voor de rechter worden gebracht. In dat geval mag de rechter de straffen van de verschillende feiten bij elkaar optellen, met dien verstande dat de vrijheidsstraf slechts een derde deel hoger mag zijn dan het hoogste maximum. Dat betekent dat vrijheidsstraffen niet, maar geldboeten wel onbeperkt kunnen cumuleren. Betreft het meerdaadse samenloop van misdrijven, dan wordt er één straf opgelegd (of één combinatie van verschillende straffen). Betreft het samenloop van een misdrijf en een overtreding of van twee (of meer) overtredingen, dan moet per strafbaar feit een straf worden uitgesproken (art. 62 Sr). Voor meerdaadse samenloop bevat art. 60 Sr nog enkele bijzonderheden met betrekking tot de bijkomende straffen. Nu is het zo dat de Nederlandse strafrechter niet zo snel in de buurt van het plafond van de strafmaat komt, zodat het feitelijke belang van de regeling omtrent de meerdaadse samenloop beperkt is.⁸² Ten aanzien van bijvoorbeeld grote rechtspersonen kan de regeling echter wel uitkomst bieden om tot een geldboete te komen die enigszins indruk maakt.⁸³

Ten overvloede, ook als aan een verdachte op één zitting meerdere feiten zijn ten laste gelegd die helemaal niets met elkaar te maken hebben, moet de rechter de regeling van de meerdaadse samenloop toepassen. Omdat eendaadse samenloop, gezien het restrictieve feitsbegrip, maar zelden voorkomt, zullen de meeste cumulatieve tenlasteleggingen uitmonden in een uitspraak waarin sprake is van meerdaadse samenloop en zal bij het bepalen van de strafmaat dus art. 57 Sr worden toegepast.

5 Excursie: bestuursrechtelijke handhaving van sociaal-economisch recht

Veel bijzondere wetten, zoals de AWR en de Wft, voorzien naast (of in de plaats van, dan wel voorafgaand aan) de strafrechtelijke handhaving ook in bestuursrechtelijke handhaving. Vanwege de nauwe onderlinge banden die, zeker op het vlak van het sociaal-economisch recht, bestaan tussen beide rechtsgebieden zal in het navolgende, bij wijze van algemene introductie, kort worden ingegaan op enkele aspecten van het bestuursrechtelijke handhavingsrecht, en in het bijzonder op de rechtsfiguur van de bestuurlijke boete en de bestuursrechtelijke ‘tegenhanger’ van de opsporing, namelijk het toezicht op de naleving.

Met de invoering van de zogenaamde Derde en Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht kent het bestuursrecht inmiddels een algemene regeling, opgenomen in Hoofdstuk 5 van die wet, die voor de bestuursrechtelijke hand-

82 Valkenburg 2007, p. 55.

83 Zo is inzake de boekhoudfraude aan Ahold in 2004 een transactie van €8 miljoen aangeboden wegens de meerdaadse samenloop van valsheid in geschrift (meermalen gepleegd), publieksmisleiding (art. 47 Wte (oud), het publiceren van een onware balans (art. 336 Sr) en oplichting. Dit was, aan de hand van de regeling omtrent meerdaadse samenloop, de hoogste boete die daarvoor kon worden opgelegd. Zie het persbericht van het OM d.d. 30 september 2004: ‘Beslissingen onderzoek Koninklijke Ahold N.V.’

having in veel opzichten een vergelijkbare functie heeft als de algemene bepalingen in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering voor de strafrechtelijke handhaving.⁸⁴ Zoals de laatste algemene regels kent over de opsporing van strafbare feiten, die in beginsel ook voor de opsporing van de in bijzondere wetten strafbaar gestelde feiten gelden, zo harmoniseerde de Derde tranche onder meer de bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden. Deze zijn sindsdien opgenomen in de artt. 5:11-5:20 en vormen, in beginsel,⁸⁵ het kader voor bestuursrechtelijk onderzoek (paragraaf 5.2).⁸⁶

De Vierde tranche harmoniseerde later ook de bepalingen van het bestuursrechtelijke sanctierecht. Aldus vervielen talloze daarmee corresponderende bepalingen in bijzondere wetten, zoals de Wft of de AWR. De wetgever stelde zich hierbij ten doel, zeker voor wat betreft de punitieve sancties, onnodige afwijkingen ten opzichte van het strafrecht zoveel mogelijk te vermijden.⁸⁷ In die zin is verdedigbaar dat het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht, hoewel niet direct, dan toch wel indirect van belang is voor het bestuurlijke boeterecht.⁸⁸ In Titel 5.1 (algemene bepalingen; art. 5:1 t/m 5:10a) en Titel 5.4 (bestuurlijke boete; art. 5:40 t/m 5:54) zijn voorschriften van zowel materiële als formele aard opgenomen. De titels kennen bepalingen over het medeplegen (art. 5:1 lid 2 Awb), het daderschap van rechtspersonen en feitelijk leidinggevers (art. 5:1 lid 3 Awb), het legaliteitsbeginsel (art. 5:4 Awb), de schulditsluitingsgronden (art. 5:41 Awb), de rechtvaardigingsgronden (art. 5:5 Awb), *ne bis in idem* (art. 5:43 Awb), de meerdaadse samenloop (art. 5:8 Awb), maar ook het zwijgrecht van de persoon die mogelijk een boete wordt opgelegd, de boeteling (art. 5:10a Awb).

Opvallend is dat de wetgever zijn wens tot het bieden van algemene regels niet onverkort heeft doorgevoerd. Weliswaar gelden de voorschriften van de genoemde titels voor alle bestuurlijke boetes en is in die zin de rechtseenheid met deze wetgevingsoperatie zeker gediend, dat laat echter onverlet dat lang niet altijd aansluiting is gezocht bij de corresponderende strafrechtelijke bepalingen uit de algemene wetboeken. Wij laten de vraag in hoeverre dit – in het licht van de onderlinge aansluiting tussen het strafrecht *sensu stricto* en het bestuursstrafrecht – gerechtvaardigd is hier verder rusten en constateren slechts dat lang niet alle onderwerpen van het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht een bestuursrechtelijke tegenhanger hebben gekregen. Onderwerpen waarover de Vierde tranche niets regelt zijn onder meer eendaadse samenloop,⁸⁹ overige deelnemingsvormen (uitlokken, mede-

84 Vgl. ook art. 107 lid 2 Gw.

85 Bijzondere wetten, zoals de AWR, kunnen daarvan afwijken of daarop aanvullingen bieden.

86 Zie verder paragraaf 5.1.

87 Zie hierover bijvoorbeeld Jansen, 'De bestuurlijke boete' in: Handboek Strafzaken, 108.2 en 108.3.4.

88 Overigens, niet alleen voor het bestuurlijke boeterecht. Door de plaatsing van een groot aantal van die bepalingen in Titel 5.1, gelden ze in beginsel ook voor de niet-punitieve bestuursrechtelijke sancties ('herstelsancties').

89 De eendaadse samenloop moet volgens Jansen worden gezien als een ongeschreven regel die is gebaseerd op het evenredigheidsbeginsel, zie zijn noot bij ABRvS 25 maart 2009, AB 2009, 165, waarin hij verwijst naar HR (belastingkamer) 13 augustus 2004, BNB 2005, 42 en AB 2006, 25.

plichtigheid, doen plegen), poging, voorbereiding en de overige strafuitsluitingsgronden.⁹⁰

5.1 De bestuurlijke boete⁹¹

De bestuurlijke boete verdient in deze bundel bijzondere aandacht. Weliswaar is de bestuurlijke boete een punitieve sanctie in de zin van art. 6 EVRM, toch is de bestuurlijke boete geen strafrecht *sensu stricto*.⁹² Dergelijke boetes worden opgelegd door het bestuur, na onderzoek door het bestuur. Eventuele bezwaren tegen dit bestuurshandelen worden via een bestuursrechtelijke procedure afgedaan. Het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht (of het Wetboek van Strafvordering) is niet van toepassing. Men spreekt daarom van ‘bestuursstrafrecht’ of ‘punitief bestuursrecht’.⁹³

Het bestuursrecht kent natuurlijk ook nog veel andersoortige sancties, die in het algemeen niet als punitief, maar als reparatoir of preventief bekend staan. De last onder dwangsom, bestuursdwang en het intrekken van een vergunning zijn hiervan bekende voorbeelden, die deels ook voorkomen in de Wft.

Art. 5:40 Awb definieert de bestuurlijke boete als de ‘bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom’. Een bestuurlijke sanctie is een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak (art. 5:2 lid 1 onder a Awb). Een bestraffende sanctie is een bestuurlijke sanctie die beoogt de overtreder leed toe te voegen (art. 5:2 lid 1 onder c Awb). Een overtreding wordt in art. 5:1 lid 1 Awb gedefinieerd als een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. De overtreder is degene die de overtreding pleegt of medepleegt (5:1 lid 2 Awb). Dit kunnen natuurlijke personen en rechtspersonen zijn (art. 5:1 lid 3 Awb), waarbij art. 51 leden 2 en 3 Sr van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Art. 5:4 Awb schrijft voor dat een bestuurlijke boete enkel kan worden opgelegd als de bevoegdheid daartoe bij of krachtens de wet is verleend en de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven. Uit art. 5:46 Awb volgt dat de maximale hoogte van de boete uit de wet moet blijken.

Kortom, de bestuurlijke boete is de wegens een overtreding door een bestuursorgaan opgelegde onvoorwaardelijke verplichting aan de overtreder tot betaling van een geldsom, met als oogmerk leedtoevoeging aan de overtreder. De bijzondere wetten, bijvoorbeeld de AWR of de Wft, bevatten de bepalingen die aangeven of en zo ja, welk bestuursorgaan in voorkomend geval een bestuurlijke boete kan opleggen wegens overtreding van bepaalde artikelen uit die wet. De hoogte van die boetes wordt ook in of bij die wet geregeld.

90 Nader over strafuitsluitingsgronden in de Awb: Krukkert 2010.

91 Voor algemene literatuur kan onder meer worden gewezen op Albers 2002; Bröring 2005; Haas 2009; Jansen in: Handboek Strafzaken; Rogier 2009.

92 Naar nationaal recht gaat het niet om strafrecht, zie *supra* noot 42.

93 Hartmann en Van Russen Groen 1998.

Die wetten laten daarbij soms grote verschillen in aanpak zien. Zo is bijvoorbeeld in de AWR in elke boetebepaling (art. 67a e.v.) een vrij volledige omschrijving van het te beboeten gedrag neergelegd, waarna ook de maximale hoogte van de boete per gedraging wordt vermeld.⁹⁴ Andere wetten kennen een andere systematiek. In de Arbeidsomstandighedenwet staat bijvoorbeeld: ‘als overtreding wordt aangemerkt het niet naleven van de artikelen [et cetera]. Ter zake van de overtredingen [...] kan een bestuurlijke boete worden opgelegd’ (art. 33 Arbowet). In de Wft gaat de vaststelling van bestuurlijk te beboeten overtredingen nog weer anders.⁹⁵ Art. 1:80 Wft regelt dat de toezichthouder een bestuurlijke boete kan opleggen ter zake van overtreding van voorschriften, gesteld ingevolge de in de bijlage bij dat artikel genoemde artikelen. In die bijlage staat vervolgens een hele reeks artikelen uit de Wft, waarvan overtreding een beboetbaar feit oplevert: bestuurlijke boetes kunnen dan worden opgelegd ter zake van ‘overtredingen van voorschriften gesteld bij of krachtens de artikelen’. De uiteindelijke norm moet dan in lagere regelgeving worden gezocht (gelede normstelling).

Het karakteriseren van een sanctie als ‘bestraffend’ is uiteraard relevant in het kader van de rechten die op grond daarvan kunnen worden ontleend aan de artt. 6 en 7 EVRM. De arresten Engel tegen Nederland⁹⁶ en Öztürk tegen Duitsland⁹⁷ gaan uit van een autonome interpretatie van het begrip *criminal charge*, waarbij steeds moet worden onderzocht welke plaats de overtreding heeft in het nationale rechtssysteem, wat de aard van de overtreding is en wat de aard en zwaarte van de sanctie is. Ook heel geringe geldboeten kunnen als een *criminal charge* worden gezien, al lijkt het EHRM te accepteren dat in dergelijke gevallen de rechten van art. 6 EVRM wat worden gerelativeerd.⁹⁸

Uit het voorgaande volgt overigens dat ook andere bestraffende sancties dan de bestuurlijke boete denkbaar zijn. In de jurisprudentie rond de bestuurlijke sancties (waarvan de Vierde tranche deels een codificatie is) is een aantal maal geoordeeld dat een op het oog niet-bestraffende sanctie als het tijdelijk intrekken van een horecavergunning onder omstandigheden toch leedtoevoegend karakter kunnen hebben omdat sprake is van ‘geïndividualiseerd concreet nadeel’.⁹⁹ Doorgaans wordt het intrekken van begunstigende beschikkingen echter niet als een leedtoevoegende sanctie gezien.¹⁰⁰ Albers is van mening dat de jurisprudentie van de ABRvS op dat punt bijsturing verdient: elke sanctie die ‘verder gaat dan herstel van de (on)rechtmatige toestand’ heeft in haar optiek een leedtoevoegend karakter en dient dus als bestraffende sanctie te worden gekenmerkt.¹⁰¹

94 Zie verder hoofdstuk 8 (De Bont en De Haas).

95 Zie verder hoofdstuk 10 (Lamp).

96 EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978, 223.

97 EHRM 21 februari 1984, *NJ* 1988, 937, *AA* 1985, 145 m.nt. A.H.J. Swart.

98 *Jussila tegen Finland* (EHRM 23 november 2006, *AB* 2007, 51 m.nt. Barkhuysen; *EHRC* 2007, 31 m.nt. Albers); *Hannu Lehtinen tegen Finland* en *Kallio tegen Finland* (EHRM 22 juli 2008, nrs 32993/02 en 40199/02, zie ook *DD* 2008, 80). Overigens moet men zich hier ook weer niet teveel van voorstellen (zoals uit de laatste twee uitspraken ook blijkt).

99 ABRvS 12 oktober 2000, *JB* 2000, 328.

100 Zie voor een recent voorbeeld ABRvS 28 oktober 2009, *JB* 2009, 268 m.nt. Albers.

101 Albers 2009, p. 175.

Omdat de bestuurlijke boete als een *criminal charge* kan worden gekarakteriseerd, geldt art. 6 EVRM en dient de boeteling dus ook toegang te hebben tot een onafhankelijke rechter in een met voldoende waarborgen omklede procedure. De Awb (met waar nodig aanvullingen in de bijzondere wetten) voorziet in die beroepsmogelijkheden. De bestuurlijke boete is een beschikking waartegen bezwaar en beroep openstaat. De precieze procesgang is afhankelijk van de bijzondere wet die voorziet in het opleggen van de bestuurlijke boete.

Ter zake van een bestuurlijke boete die op grond van de AWR is opgelegd,¹⁰² staat bijvoorbeeld bezwaar open bij de Inspecteur (art. 22j AWR e.v.), beroep bij de rechtbank (art. 26 e.v. AWR), hoger beroep bij het gerechtshof (art. 27h AWR) en beroep in cassatie bij de Hoge Raad (art. 28 AWR).

Tegen een bestuurlijke boete die onder de Wft is opgelegd,¹⁰³ is bezwaar mogelijk bij de AFM/DNB (art. 6:4 Awb), beroep bij de Rechtbank Rotterdam (art. 8:1 Awb jo. 1:110 Wft) en hoger beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (art. 18 jo bijlage Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie).

5.2 Toezicht op de naleving¹⁰⁴

Onder toezichthouder wordt verstaan: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens wettelijk voorschrift (art. 5:11 Awb). Hieruit volgt dat slechts de als zodanig in een bijzondere wet aangewezen *personen* de toezichthoudende bevoegdheden mogen gebruiken.

In de context van deze bundel levert dat direct al wat spraakverwarring op, want in de Wft worden de AFM en DNB – de bestuursorganen zelf derhalve – ook als ‘toezichthouder’ omschreven (art. 1:1 Wft). Deze rechtspersonen zijn echter geen toezichthouder in de zin van de Awb en beschikken derhalve ook niet over de in de Awb omschreven bevoegdheden. Uit art. 1:72 Wft volgt dat de toezichthouder (dus AFM of DNB) *personen* kan aanwijzen die met het toezicht zijn belast. Deze personen (doorgaans medewerkers van de AFM of DNB) zijn dus de toezichthouders in de zin van de Awb. Omdat de AFM en DNB zelf op grond van de Awb geen toezichthouder zijn, is in de Wft (o.m. art. 1:74) een aantal toezichtsbevoegdheden voor hen omschreven. De AFM kan op grond van art. 1:74 lid 1 Wft inlichtingen vorderen, de als toezichthouder aangewezen medewerker van de AFM kan dit op basis van art. 5:16 Awb.

De bevoegdheden van de toezichthouders komen voor wat betreft hun aard grotendeels overeen met de bevoegdheden die in de WED zijn geformuleerd, hoewel zij in sommige gevallen wat minder vergaand zijn.¹⁰⁵ Toezichthouders mogen alle plaatsen behoudens woningen tegen de zin van de bewoner betreden

102 Welke dat zijn, is te lezen in hoofdstuk 8 (De Bont en De Haas).

103 Zie hoofdstuk 10 (Lamp).

104 Algemene literatuur is onder meer te vinden in Blomberg 2005; Jansen 1999; Michiels en Muller 2006.

105 Dit is geen toeval; zie hierover verder hoofdstuk 6 (Keulen).

(art. 5:15 Awb);¹⁰⁶ inlichtingen vorderen (art. 5:16);¹⁰⁷ identificatie vorderen (art. 5:16a Awb);¹⁰⁸ inzage vorderen in zakelijke gegevens, alsmede kopieën maken en daartoe tijdelijk de gegevens meenemen (art. 5:17 Awb);¹⁰⁹ monsters nemen (art. 5:18 Awb)¹¹⁰ en voertuigen onderzoeken (art. 5:19 Awb).¹¹¹ Het rechts-subject zal aan een bestuursrechtelijk onderzoek moeten meewerken (art. 5:20 Awb). Niet naleving van deze verplichting is een strafbaar feit op grond van art. 184 Sr.¹¹²

Een fundamenteel verschil tussen de toezichtbevoegdheden en de opsporingsbevoegdheden is dat voor de uitoefening van de eerste geen sprake hoeft te zijn van een vermoeden dat bepaalde wetgeving is overtreden.¹¹³ Dat heeft te maken met het karakter van het toezicht op de naleving. Toezichtbevoegdheden mogen namelijk worden uitgeoefend om na te gaan *of* de wet wordt nageleefd. Een verdenking in strafvorderlijke zin is daarmee niet goed verenigbaar. Die ontstaat immers pas als er (redelijke) vermoedens zijn *dat* de wet niet is nageleefd. Wel moet de toezichthouder blijven binnen de grenzen van art. 5:13 Awb. In dat laatste artikel is geregeld dat toezichtbevoegdheden alleen mogen worden gebruikt, voor zover het redelijkerwijze voor de vervulling van toezicht nodig is. De ruim omschreven bevoegdheden worden op deze manier dus wel ingeperkt. De toezichthouder moet redelijk handelen.

De bevoegdheden van Afdeling 5.2. mogen ook worden gebruikt in het kader van een bestuursrechtelijke boeteprocedure; dus voor onderzoek dat er (mede) op is gericht vast te stellen of een bestuurlijke boete moet worden opgelegd.¹¹⁴

In dergelijke gevallen kan de medewerkingsplicht van art. 5:20 Awb overigens op gespannen voet komen te staan met het zwijgrecht dat een 'boeteling' toekomt op grond van art. 10a Awb en het *nemo tenetur*-beginsel, uit welk beginsel kan worden afgeleid dat iemand niet aan zijn eigen vervolging hoeft mee te werken. De implicaties hiervan worden behandeld door, voor wat betreft het fiscale recht, De Bont en De Haas (hoofdstuk 8) en, meer in het algemeen, Borgers (hoofdstuk 16).

6 Concluderende opmerkingen

In de inleiding op dit hoofdstuk werd gewezen op de omstandigheid dat het Nederlandse strafrecht een grote variëteit aan strafbepalingen laat zien, die onderling aanmerkelijke overlap kunnen bevatten. Daarbij is als uitgangspunt

106 Vgl. art. 20 WED; betreden woningen tegen de zin van bewoner ook toegestaan.

107 Opsporingsambtenaren kunnen een verhoor afnemen (art. 29 Sv).

108 Vgl. art. 8a Politiewet.

109 WED-opsporingsambtenaren mogen inzage in *alle* gegevens vorderen (art. 19 WED) en zij mogen daarenboven ook stukken in beslag nemen en daartoe hun uitlevering vorderen (art. 18 WED).

110 Vgl. art. 21 WED.

111 Vgl. art. 23 WED.

112 Ook deze bepaling heeft in de WED in art. 24a WED een pendant, opzettelijke niet naleving is in art. 26 WED als economisch delict bestempeld.

113 Zie verder hoofdstuk 16 (Borgers).

114 Zie verder *in extenso* Jansen 1999.

aanvaard dat die overlap niet goed is te voorkomen. Er zijn eenvoudig te veel verschillende, rechtens te beschermen belangen in het geding. Zoals beschreven in paragraaf 2, bleek de introductie van een algemene fraudebepaling in Nederland niet haalbaar en ook niet wenselijk, hoewel in de loop der tijd wel enige concentratie van verschillende, op de bestrijding van fraude gerichte bepalingen binnen het Wetboek van Strafrecht heeft plaatsgehad.

Toch roept die overlap, hoewel niet te voorkomen, wel vragen op. In de inleiding identificeerden wij enkele mogelijke problemen die zich voor kunnen doen, in het bijzonder ten aanzien van de vraag of met die veelheid aan strafbepalingen binnen, maar vooral buiten het Wetboek van Strafrecht (en het Wetboek van Strafvordering) niet het strafrechtelijk systeem als geheel aan eenheid en inzichtelijkheid inboet en waarom dat problematisch kan zijn (paragraaf 3). Bovendien signaleerden wij dat het Openbaar Ministerie, ook als gevolg van het opportunititeitsbeginsel, over een grote keuzevrijheid beschikt, niet alleen ten aanzien van de vraag of het wil vervolgen, maar ook voor welk strafbaar feit het precies vervolgt.¹¹⁵ Het risico van meervoudige strafrechtelijke aansprakelijkheidstelling is dan aanwezig, terwijl ook de rechtspositie van de verdachte onder die keuzevrijheid te leiden kan hebben (paragraaf 4).

Ons uitgangspunt is geweest dat de keuzevrijheid ten dele zal moeten worden aanvaard en ook kan worden aanvaard, juist omdat de strafbepalingen in en buiten het Wetboek van Strafrecht een groot aantal regels gemeenschappelijk hebben. Die eenheid wordt voor strafbepalingen buiten het Wetboek van Strafrecht gewaarborgd door art. 91 Sr. Dat artikel vestigt het primaat van de wet in formele zin in het algemeen en het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht in het bijzonder. Daaraan moet worden toegevoegd dat de eenheid van het wettelijk systeem wordt gecompliceerd door de omstandigheid dat ook de verantwoordelijkheid voor de strafrechtelijke handhaving – opsporing en vervolging – van die regels uiteindelijk bij één (weliswaar gedeconcentreerde) organisatie berust, het Openbaar Ministerie, en dat alle strafzaken uiteindelijk bij één rechter, de Hoge Raad, zullen uitkomen. Wij menen dat in een dergelijk systeem de grote keuzevrijheid die het Openbaar Ministerie toekomt, in beginsel kan worden aanvaard.

In beginsel, want hierboven bleek ook dat het opnemen van strafbepalingen in bijzondere wetten in formele zin eenvoudig een automatisme kan worden, zoals is gebleken ten aanzien van de WED. Dat verdraagt zich niet goed met de gedachten achter art. 91 Sr. In dat geval komt de rechtseenheid, hier opgevat als een streven naar een inzichtelijk wettelijk en coherent systeem dat ook de armslag van de opsporende, vervolgende en berechtende instanties bepaalt, eenvoudig in het gedrang. De wet waarborgt dan niet noodzakelijk dat de keuze voor de ene dan wel de andere strafbepaling op zakelijke gronden wordt gemaakt. Zo kent de WED een groot aantal voorzieningen, waarvan de toegevoegde waarde wordt betwijfeld, terwijl tal van voorschriften uit het sociaal-economisch recht eenvoudig – zonder een inhoudelijk debat daarover – onder de

115 Zie verder hoofdstuk 17 (Duker).

WED worden gehangen.¹¹⁶ Terecht is hiervoor, zeker in relatie tot de WED aandacht gevraagd. Ook andere wetten, zoals de AWR, zouden echter in dit licht nog eens kunnen worden bekeken. Zijn alle afwijkingen en aanvullingen ten opzichte van de algemene wetboeken ook daar echt nodig?

Wij hebben evenwel de indruk dat dit laatste probleem enigszins verbleekt op het moment dat ook de bestuursrechtelijke (punitieve) sanctionering in het geheel wordt betrokken (paragraaf 5). Het Algemeen Deel van het Wetboek van Strafrecht is daarop niet van toepassing, ook niet via art. 91 Sr, omdat het hier niet om strafrecht *sensu stricto* gaat. Zoals in de onderstaande hoofdstukken nog zal blijken, worden veel normen van sociaal-economisch recht niet alleen strafrechtelijk gehandhaafd, maar zijn op die overtredingen ook forse bestuursrechtelijke sancties gesteld.¹¹⁷ Niet zelden bestaat de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen *naast* de mogelijkheid om in een strafrechtelijke procedure te straffen. Van een zekere wildgroei kan op dit vlak dan ook wel worden gesproken. In een dergelijke situatie zijn niet alleen de wettelijke kaders verschillend, maar is ook de verantwoordelijkheid voor de rechtshandhaving versnipperd over vele overheidsorganen – Openbaar Ministerie en talrijke bestuursorganen – en hetzelfde geldt voor de rechterlijke organisatie.¹¹⁸ Om die reden is er veel te zeggen voor de suggestie van Gritter, Knigge en Kwakman om te bezien of deze materie – die zich op het raakvlak van bestuurs- en strafrechtelijke rechtshandhaving begeeft – niet verdere wettelijke normering behoeft.¹¹⁹

Literatuur

- Albers, C.L.G.F.H., *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.
- Albers, C.L.G.F.H., De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie, *NTB* 2009, p. 173-184.
- Bakker, F.C., *Valsheid in geschrift*, Arnhem: Gouda Quint 1985.
- Bemmelen, J.M. van, en W.F.C. van Hattum, *Hand- en leerboek van het Nederlandse strafrecht*, Deel II - Bijzondere delicten, 's-Gravenhage/Arnhem: Gouda Quint-Brouwer 1954.
- Bemmelen, J.M. van, en Th.W. van Veen, *Ons strafrecht, Deel 3, Het materiële strafrecht: bijzondere delicten*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990.
- Blomberg, A.B., Toezicht en 'opsporing' in het punitieve bestuursrecht, *Strafblad* 2005, p. 409-421.

116 Voor een voorbeeld van het laatste Lindeman en Luchtman 2008, p. 337.

117 Voor een voorbeeld op financieel terrein, zie hoofdstuk 10 (Lamp).

118 Het bestuursrecht kent immers vier hoogste rechters. Zie over dit probleem ook Corstens 2000; Van Etekoven 2011 en Widdershoven 2011.

119 Gritter, Knigge en Kwakman 2005. In die richting gaan overigens ook de aanbevelingen in Luchtman, Vervaele en Jansen 2002, ten aanzien van het Financieel Expertise Centrum (waarover ook hoofdstuk 10 (Lamp)). Zie verder de kabinetsreactie op het rapport 'De WED op de helling', *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 90, p. 6-8, en ook hoofdstuk 6 (Keulen).

- Brants, C.H. en K.L.K. Brants, *De sociale constructie van fraude* (diss. UvA), Arnhem: Gouda Quint 1991.
- Bröring, H.E., *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.
- Cleiren, C.P.M., Commentaar op art. 91 Sr, in: C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Corstens, G.J.M., *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- Corstens, G.J.M., Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb, *NJB* 2000, p. 1185-1190.
- Doelder, H. de, en A.B. Hoogenboom, *Witteboordencriminaliteit in Nederland. Nieuwe instrumenten voor preventie en bestrijding van fraude*, Deventer: Gouda Quint 1997.
- Doorenbos, D.R., Specialisatie in het economisch strafrecht, *Trema* (33) 2010, p. 272-282.
- Ettokoven, B.J. van, De Hoge Raad in 2025: met of zonder cassatie in de bestuursrechtspraak?, in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025 - Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.
- Gritter, E., G. Knigge en N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling - Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de economische delicten te herzien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- Haas, F.J.P.M., *Bestuurlijke boeten in het belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009.
- Hartmann, A.R. en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1998.
- Hendrikse, M.L. en J.G.J. Rinkes, *Juridische en economische aspecten van verzekeringsfraude*, Zutphen: Paris 2009.
- Hilverda, C.M., *Faillissementsfraude: een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1999.
- Hilverda, C.M., *Faillissementsfraude: een studie naar de strafrechtelijke handhaving van faillissementsrechtelijke normen*, Deventer: Kluwer 2009.
- Hout, P.J. van den, *Oplichting knooppunt van valsheid en bedrog*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
- Hullu, J. de, *Materieel strafrecht – Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009.
- Jansen, O.J.D.M.L., *Het handhavingsonderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.
- Jansen, O.J.D.M.L., Hoofdstuk 108 – De bestuurlijke boete, in: J. Boksem et al. (red.), *Handboek Strafzaken*, Deventer: Kluwer (losbladig).
- Jörg, N. en C. Kelk, *Strafrecht met mate*, Deventer: Gouda Quint 2001.
- Knigge, G., De verkalking voorbij – Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis* 2000, p. 83-96.
- Krukkert, I.J., Strafuitsluitingsgronden en de Vierde tranche Awb, *TFB* 2010 (5/6), p. 11-18.
- Lindeman, J. en M. Luchtman, Het Europese strafrecht als ultimum remedium?, in: A.A. Franken, M. de Langen and M. Moerings (red.), *Constante waarden; liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 331-340.
- Luchtman, M.J.J.P., J.A.E. Vervaele en O.J.D.M.L. Jansen, *Informatie-uitwisseling in het kader van het Financieel Expertise Centrum*, Utrecht: Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie 2002.

- Michiels, F.C.M.A. en E.R. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006.
- Rommelink, J., *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.
- Rogier, L.J.J., De Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht in werking. Twee magische lijnen verschoven, *NJB* 2009, p. 1560-1566.
- Roording, J.F.L., *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994.
- Roos, Th.A. de, *Strafbaarstelling van economische delicten*, Arnhem: Gouda Quint 1987.
- Sackers, H.J.B. en P.A.M. Mevis (red.), *Fraudedelicten*, Deventer: Tjeenk Willink 2000.
- Smidt, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Deel I*, tweede druk herzien door J.W. Smidt, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891.
- Sleurink, H., *Hoe fraude de samenleving bedreigt. Het ISMO-rapport*, Arnhem: Gouda Quint 1982.
- Valkenburg, W.E.C.A., *Fiscaal straf- en strafprocesrecht*, Deventer: FED 2001.
- Verheul, J.M., *Fraude en misbruik in de sociale zekerheid: aspecten van strafrechtelijke rechtshandhaving*, Deventer: Kluwer 1989.
- Wattel, P.J., *Fiscaal straf- en strafprocesrecht*, Deventer: FED 1989.
- Widdershoven, R.J.G.M., Handhaving van sociaal-economisch recht in Nederland, *RM Themis* 1998, p. 205-218.
- Widdershoven, R.J.G.M., Cassatie in bestuursrechtspraak?, in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.H. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025 - Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.
- Wladimiroff, M., *Niets bijzonders*, Deventer: Kluwer 1989.