

M.J.J.P. Luchtman, Hoofdstuk 13 - Wederrechtelijkheid in het bijzonder strafrecht, 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. 349-383.

# Wederrechtelijkheid in het bijzonder strafrecht

*M.J.J.P. Luchtman*

## 1 Inleiding

De nauwe onderlinge band die tussen het strafrecht en het bestuursrecht bestaat, is één van de centrale onderzoeksthema's van dit boek. Die band kan vanuit verschillende invalshoeken worden bestudeerd. Thema's die daarbij kunnen worden geïdentificeerd zijn bijvoorbeeld de verhouding tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke onderzoeksfase,<sup>1</sup> de samenloop van bestuurs- en strafrechtelijke sancties,<sup>2</sup> maar ook de invulling van algemene leerstukken van materieel strafrecht in het licht van die onderlinge relaties.<sup>3</sup>

In dit hoofdstuk staat het leerstuk van de wederrechtelijkheid centraal, dat als bekend één van de elementen is van een strafbaar feit. Van een strafbaar feit kan pas worden gesproken als er een menselijke gedraging is, die een wettelijke delictsomschrijving vervult en daarnaast, behalve aan schuld te wijten, ook wederrechtelijk is.<sup>4</sup> Van wederrechtelijkheid zal in de regel – behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond – sprake zijn, wanneer door een handelen of nalaten de bestanddelen van een delictsomschrijving worden vervuld. Ook in het bijzonder strafrecht geldt dat wederrechtelijkheid in de eerste plaats 'wederwettelijkheid' (*formele wederrechtelijkheid*) is, de vervulling van een delictsomschrijving.<sup>5</sup> In zoverre hangt dit hoofdstuk nauw samen met het voorgaande. Iemand kan immers pas strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor wat door de strafwet tevoren (*lex praevia*) en met zoveel woorden (*lex certa*) verboden is.<sup>6</sup> Met gedragingen die weliswaar normoverschrijdend en daarmee in ruime zin wederrechtelijk zijn (strijd met de maatschappelijke betamelijkheid), maar niet strafrechtelijk worden gehandhaafd, houdt het strafrecht zich niet bezig.

Er zijn meerdere redenen om in deze bundel een apart hoofdstuk aan de wederrechtelijkheid te wijden. In de eerste plaats kan worden gewezen op het feit dat bij de strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch recht de

---

1 Hoofdstuk 16 (Borgers).  
2 Hoofdstukken 15 (Lindeman) en 17 (Duker).  
3 Hoofdstukken 12 (Kristen) en 14 (De Jong en Sikkema).  
4 Kelk 2010, p. 129.  
5 De Hullu 2009, p. 185; Kelk 2010, p. 132.  
6 De Hullu 2009, p. 186.

strafrechtspleging vaak wordt geconfronteerd met strafbepalingen, die verwijzen naar termen en begrippen, die ook in andere rechtsgebieden worden gebezigd. Die termen en begrippen bepalen zo ook wat naar strafrechtelijke maatstaven wederrechtelijk is en wat niet. Het kan daarbij om ingewikkelde vragen van zeer technische aard gaan. Wanneer is bijvoorbeeld een belastingaangifte *onjuist* gedaan (vgl. art. 69 lid 2 AWR)? Wanneer heeft iemand gehandeld met *voorwetenschap* (art. 1 onder 3° WED jo art. 5:56 Wft)? Wanneer is zonder een vergunning een *beleggingsdienst* verricht (art. 1 onder 2° WED jo art. 2:96 Wft)? In veel gevallen is het bestuur, bijvoorbeeld de Autoriteit Financiële Markten (AFM) of de Belastingdienst, de eerst aangewezen instantie om zich met die vragen bezig te houden. De vraag die dan rijst is hoe de strafrechtspleging, de strafrechter in het bijzonder, die begrippen moet uitleggen. Is hij bij die uitlegging gebonden aan de uitleg van die bepalingen door bestuursorganen of de bestuursrechter? Of heeft hij hier een eigen taak?

Een tweede reden is gelegen in de wetgevingssystematiek die de bijzondere strafwetgever veelvuldig gebruikt. In het bijzonder strafrecht wordt de wederrechtelijkheid die in de vele strafbaarstellingen tot uitdrukking komt, vaak niet zozeer gezocht in de directe schending van de rechtsgoederen, die door het sociaal-economisch recht worden beschermd (bijvoorbeeld de bescherming van arbeidsomstandigheden, het milieu, of het ordentelijk functioneren van de geld- en kapitaalmarkten),<sup>7</sup> maar in het feit dat bijvoorbeeld is gehandeld zonder een vergunning of dat vergunningvoorschriften niet zijn nageleefd. Enerzijds heeft deze systematiek, vanwege het legaliteitsbeginsel, gevolgen voor de ruimte die de strafrechter heeft om zich een zelfstandig oordeel te vellen over de wederrechtelijkheid – hier in de ruime zin van strijd met het objectieve recht – van verdacht handelen of nalaten. Die ruimte wordt dan beperkt, omdat de strafrechter alleen mag beoordelen of er al dan niet een vergunning was en niet of verdacht handelen daadwerkelijk schade aan bijvoorbeeld het milieu heeft veroorzaakt. Anderzijds rijst de vraag of het feit dat een verdachte over een bestuursrechtelijke vergunning beschikt om datgene te mogen doen wat zonder vergunning verboden is, in het strafrecht rechtvaardigend werkt. Hier komen we aan bij de strafrechtelijke geschreven en ongeschreven strafuitsluitingsgronden, die ondanks het vervuld zijn van alle delictsbestanddelen, de wederrechtelijkheid aan een gedraging kunnen ontnemen.

Het bijzonder strafrecht kenmerkt zich ten derde door gelede normstelling. De precieze invulling van de uiteindelijke strafrechtelijke norm gebeurt vaak niet door de formele wetgever, maar op een lager niveau. In die gevallen is doorgaans ook de bestuursrechter bevoegd om het handelen van bestuursorganen op zijn wet- en rechtmatigheid te toetsen. Straf- en bestuursrechter kunnen in zo'n geval tot tegenstrijdige uitkomsten komen. Dat lijkt onwenselijk. De uitleg en interpretatie van een strafbepaling wordt hier dus doorkruist door een ander probleem: in hoeverre mag de strafrechter het handelen van de bestuurlij-

---

7 Zie het historisch overzicht in hoofdstuk 2 (Vervaele).

ke overheid nog toetsen, als die toets ook had kunnen worden verricht, wordt verricht of al is verricht door de bestuursrechter?

Ik noem ten slotte nog een vierde reden voor een bespreking van het leerstuk van de wederrechtelijkheid. Het is opvallend te constateren dat de zojuist aan de orde gestelde vragen, die op vrijwel alle terreinen, waar normen uit het sociaal-economische recht strafrechtelijk worden gehandhaafd spelen, tot nog toe alleen in het milieustrafrecht de aandacht hebben gekregen die ze verdienen. Daarmee is geenszins gezegd dat ze niet ook een rol spelen op andere terreinen, bijvoorbeeld het financiële toezicht of het belastingrecht. In dit hoofdstuk ontkomen we er daarom niet aan verhoudingsgewijs veel aandacht te besteden aan de stand van zaken in het milieustrafrecht. Telkens zullen we evenwel proberen om de daar gevonden problemen en oplossingen door te trekken naar andere terreinen.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In de volgende paragraaf komt de toepassing van bestuursrechtelijke normen door de strafrechter in meer algemene zin aan de orde. Daarbij zullen we aandacht besteden aan het thans geldende uitgangspunt dat de strafrechter hier wel degelijk een eigen taak heeft en niet gebonden is aan wat de bestuursrechter of een bestuursorgaan ter zake oordelen (paragraaf 2.1). Ook zullen we bekijken welke nuanceringen op dit uitgangspunt zijn aanvaard. We gaan in op de zogenaamde administratieve afhankelijkheid van het (bijzonder) strafrecht (paragraaf 2.2) en op de invloed die de Europese Unie hier uitoefent (paragraaf 2.3). Een bijzonder probleem doet zich voor wanneer tegen een bepaald besluit wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat of heeft bestaan, maar deze weg door de verdachte niet werd gevolgd. Vooral hier botst de autonomie van het strafrecht met het leerstuk van de formele rechtskracht (paragraaf 3.1). Dat heeft geleid tot een fijnmazige jurisprudentie, waarvan we de hoofdlijnen zullen schetsen (paragrafen 3.2-3.4).

Ten slotte, in het onderstaande concentreren we ons vooral op de rol en positie van de strafrechter. Het is goed voor ogen te houden dat inmiddels vele buitengerechtelijke afdoeningsmechanismen bestaan.<sup>8</sup> Op de precieze positie van de autoriteiten die daarmee zijn belast, gaan we in het onderstaande niet verder in. Vaak, zo niet altijd, zal gelden dat hetgeen hieronder over de strafrechter wordt opgemerkt, ook geldt voor die autoriteiten.

## 2 De toepassing van sociaal-economisch recht door de strafrechter

### 2.1 *Uitgangspunt: de autonomie van het strafrecht*

‘Wederrechtelijk’ betekent letterlijk in strijd met het recht. Als gezien, is dat in het strafrecht doorgaans het geval als de bestanddelen van de delictomschrijving zijn vervuld. Maar welke betekenis hebben daarbij de normen en termen die *ook* in het bestuursrecht worden gebruikt of die daar hun oorsprong hebben? Is het toelaatbaar dat het straf- en bestuursrecht aan deze normen verschillende

---

8 Zie verder de hoofdstukken 15 (Lindeman) en 17 (Duker).

betekeningen geven en aldus een verschillend wederrechtelijkheidsbegrip gebruiken, als die norm wordt geschonden? Deze vraag kan niet los worden gezien van een discussie binnen de strafrechtswetenschap over de positie van het strafrecht als een ‘autonoom’ of ‘heteronoom’ rechtsgebied.<sup>9</sup>

In de heteronome visie ligt de rol van het strafrecht vooral of zelfs uitsluitend in het sanctioneren van normen die uit andere rechtsgebieden afkomstig zijn.<sup>10</sup> De materiële norm – we zouden ook van het te beschermen rechtsgoed kunnen spreken – die in een strafbepaling besloten ligt, is slechts een bevestiging van een bestaande norm, afkomstig uit bijvoorbeeld het privaatrecht of het bestuursrecht. Soms is die norm zelfs zo vanzelfsprekend dat ze niet in wetgeving is neergelegd. Dat geldt in het bijzonder voor veel bepalingen uit het commune strafrecht.<sup>11</sup> Eigen aan het strafrecht is enkel de sanctienorm die hieraan is gekoppeld. Op de overtreding van die materiële ge- of verbodsnorm is immers een *strafrechtelijke* sanctie gesteld. Strafrecht is in deze visie primair sanctierecht. De belangrijkste rol van de strafbepaling is dan dat deze de rechter voorschrijft welke sanctie op een normschending mag volgen. Het ligt voor de hand dat onder deze visie bij de uitleg van de materiële normen te rade wordt gegaan bij de invulling ervan op het terrein waar de norm vandaan komt.

Een heteronome uitleg van materiële gedragsnormen heeft op het eerste gezicht een belangrijk voordeel: ze bewerkstelligt een zekere eenheid van de rechtsorde, doordat de normen in alle rechtsgebieden op eenzelfde wijze worden uitgelegd. Het belang daarvan lijkt op het eerste gezicht moeilijk te onderschatten. Het zou verwondering kunnen wekken, wanneer de bestuursrechter bijvoorbeeld tot het oordeel komt dat het verbod op handel met voorwetenschap niet is overtreden, terwijl de strafrechter in dezelfde zaak tot een veroordeling zou komen.

Toch is dit min of meer wat er gebeurde in de VPV-zaak. In deze affaire werd naar aanleiding van het vermoeden dat bestuurders van VPV met voorwetenschap hadden gehandeld door de AFM een tweetal acties ondernomen. Ten eerste deed de AFM op 27 augustus 2001 bij het Openbaar Ministerie aangifte van mogelijk gebruik van voorwetenschap, hetgeen leidde tot een strafzaak en een veroordeling van de bestuurders in eerste aanleg. Later, op 14 april 2003, gaf de AFM de financiële onderneming, waarvan de (inmiddels) veroordeelden bestuurder waren, de aanwijzing dat de laatsten die taken niet meer mochten vervullen. Die bevoegdheid komt de AFM op grond van de financiële toezichtwetgeving toe. Tegen die aanwijzing kwamen de bestuurders in het geweer. In de daarop volgende procedure achtte het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb) het betrouwbaarheidsoordeel van de AFM uiteindelijk onvoldoende met feiten en omstandigheden onderbouwd; de AFM had (onder meer) onvoldoende duidelijk gemaakt waarom ze op het eerder ingenomen standpunt dat de voorwetenschap vanaf 15 november 1999 bestond, was teruggeko-

---

9 Hierover ook Groenhuijsen 1986; Rummelink 1996, p. 10-12; Hartmann en Van Russen Groen 1998, p. 37-44; Kelk 2010, p. 14-16; De Hullu 2009, p. 33-34; Kristen in Melai et al., aant. 4.4 op art. 14 Sv, suppl. 118 (oktober 2000).

10 Een belangrijke vertegenwoordiger is Enschedé 1979, p. 59-63.

11 Enschedé 1979, p. 61. Denk bijvoorbeeld aan de norm achter art. 310 Sr: ‘gij zult niet stelen’.

men.<sup>12</sup> In het hoger beroep in de strafzaak komt het hof echter tot een ander oordeel. Het veroordeelt de bestuurders wegens handel met voorwetenschap gepleegd vanaf 18 september 1999, een datum die ligt in de periode waarvan het CBb oordeelde dat er nog geen sprake was van voorwetenschap. Het Hof Amsterdam zegt daarover: '[Het] oordeel wordt niet anders nu het College van beroep voor het bedrijfsleven in zijn beslissing van 12 september 2006 (LJN AY7979) geoordeeld heeft dat naar zijn opvatting geen sprake is geweest van handelen met voorwetenschap in de zin van de wet; het hof wijst er in dit verband op dat het toetsingskader van het College van beroep voor het bedrijfsleven een ander is geweest dan het toetsingskader van de strafrechter. Overigens wijkt de door het hof bewezen verklaarde periode af van de tijdsbepaling waar de uitspraak van het College betrekking op heeft. Het verweer van de verdediging dat sprake is van schending van art. 1, eerste lid van het Wetboek van Strafrecht miskent dit verschil in toetsingskader, nog daargelaten dat het aan de strafrechter is voorbehouden de omvang van de strafbepaling vast te stellen.'<sup>13</sup>

Tegelijkertijd is de 'eenheid van de rechtsorde' een moeilijk te vatten begrip. Ze veronderstelt een gemeenschappelijk referentiekader dat in het Nederlandse recht eenvoudig niet aanwezig is. Bovendien rijst de vraag waarom die eenheid er moet zijn. Is het een doel op zich of liggen er andere belangen achter, bijvoorbeeld het vermijden van tegenstrijdige uitkomsten in het belang van het rechtszekerheids- en rechtsgelijkheidsbeginsel?<sup>14</sup> Het doel waarvoor de norm moet worden vastgesteld, kan immers per rechtsgebied verschillen. Dat kan verschillen rechtvaardigen. Zo kan het ter afwijking van een onmiddellijk gevaar dienstig zijn een norm ruimer uit te leggen, dan wanneer iemand een punitieve sanctie wordt opgelegd, omdat hij die norm heeft geschonden.

In dat licht verbazen de verschillende uitkomsten in de zojuist aangehaalde VPV-zaak niet, omdat de bestuursrechtelijke maatregel (de aanwijzing) die in die zaak werd gegeven, een preventieve maatregel is, die beoogt personen van 'twijfelachtig allooi' als bestuurder van een financiële onderneming te weren. In de rechtszaak die hierop volgde toetste het CBb primair het optreden van de AFM, niet dat van de verdachten, en nam het met de motivering die door de AFM voor de maatregel werd gegeven (andermaal) geen genoegen. Die toets verschilt uiteraard van die in de parallel lopende strafzaak; daar moest de strafrechter beoordelen of de verdachten inderdaad beschikten over voorwetenschap. Overigens, ook in deze lezing blijft het opmerkelijk dat in deze zaak de straf- en bestuursrechter tot een verschillend antwoord kwamen op de vraag wanneer nu precies van voorwetenschap kon worden gesproken; zie daarover paragraaf 3.2.

De vraag kan dus worden gesteld in hoeverre het mogelijk is de onderliggende norm te isoleren van de toepassing ervan op verschillende rechtsgebieden, met verschillende achterliggende doelstellingen, procedures, rechtswaarborgen en deelnemers. Dat is precies wat door de autonome visie op het materiële straf-

12 CBb 12 september 2006, LJN AY7979.

13 Hof Amsterdam 13 juni 2008, LJN BD8046; JOR 2009, 10 (m.nt. Kristen); zie ook Hof Amsterdam 13 juni 2008, LJN BD8149.

14 Vgl. Roef 2001, p. 443 e.v., die een rechtvaardiging ziet in de wens tegenstrijdige uitkomsten tussen rechtsgebieden te vermijden.

recht wordt benadrukt.<sup>15</sup> Deze houdt in dat het materiële strafrecht een eigen, van andere rechtsgebieden afwijkend doel heeft en dat dit meebrengt dat men bij de toepassing ervan niet gebonden moet zijn aan gezichtspunten uit andere rechtsdisciplines.<sup>16</sup> Dat betekent niet zozeer dat men zich niet *mag* laten leiden door de interpretaties die aan een norm worden gegeven op andere rechtsgebieden, maar zulks alleen voor zover dit gelet op het eigen doel van het strafrecht toelaatbaar is.

Een heel enkele keer komt het voor dat de strafrechter een delictsomschrijving of een bestanddeel daarvan niet zelf mag invullen. Dat is in het bijzonder het geval wanneer de wetgever heeft bepaald dat dat oordeel aan een ander orgaan toekomt. Een voorbeeld daarvan is art. 25 Provinciewet, waarin aan Gedeputeerde Staten de bevoegdheid wordt toegekend om de via art. 272 Sr gesanctioneerde geheimhoudingsplicht in te vullen. Daaraan heeft de strafrechter zich dan te houden; deze mag alleen onderzoeken of de de verdachte opgelegde geheimhoudingsplicht formeel in overeenstemming is met het wettelijk kader.<sup>17</sup>

Ter onderbouwing van deze visie wordt gewezen op een aantal argumenten. Ten eerste wordt aangevoerd dat de keuze voor strafrechtelijke handhaving ook de norm zelf verandert. Deze norm is nu immers met strafrechtelijke sancties bedreigd, met alle nadelige gevolgen voor de verdachte van dien.<sup>18</sup> In de tweede plaats wordt gesteld dat het strafrecht doorgaans slechts fragmenten van de onderliggende norm in een strafbepaling vat. Niet alles wat onder die onderliggende norm zou kunnen worden gevat, is ook strafbaar: als iemand een ander geld afhandig maakt, komt hij alleen onder de reikwijdte van art. 326 Sr (oplichting) als zijn acties de daar genoemde delictsbestanddelen vervullen.<sup>19</sup> Strafrechtelijke beginselen als het schuldbeginnsel en het legaliteitsbeginnsel staan dan niet altijd toe dat men te rade gaat bij de ‘oorspronkelijke’ norm, maar vergen dat men deze moet bezien in het licht van de beperkingen (of uitbreidingen – denk bijvoorbeeld aan het leerstuk van de poging) die de strafwet kent. Een derde voor dit hoofdstuk belangrijke reden die wordt aangevoerd, is dat de handhavende functie van het strafrecht ernstig zou worden gehinderd, als de strafrechtspleging zou zijn gebonden aan bijvoorbeeld procedurele beperkingen op andere terreinen.<sup>20</sup>

---

15 De meest uitgesproken vertegenwoordiger van de autonome visie is 't Hart 2001.

16 Demeersseman 1985, p. 1 en 643.

17 HR 17 mei 2005, *LJN* AS4610, r.o. 3.5.1.

18 Kelk 2010, p. 15; Roef 2001, p. 443 e.v.

19 Kelk 2010, p. 15.

20 Vgl. Demeersseman 1985, p. 632 e.v.; Roef 2001, p. 409 e.v.

## 2.2 Eerste nuancering: de administratieve afhankelijkheid van het strafrecht

### 2.2.1 Vestiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid door het bestuur?

De vraag hoe veel ruimte de strafrechtspleging, de strafrechter in het bijzonder, heeft bij de invulling van een norm is nauw verweven met aspecten van criminale politiek. De geboden ruimte is immers mede afhankelijk van de wijze waarop de wetgever de delictsbepaling heeft vormgegeven. Dat vloeit direct voort uit het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel.

Nu wil het feit dat veel strafbepalingen in de Wet op de economische delicten een verbod inhouden om ‘zonder vergunning’ een bepaalde economische activiteit te verrichten. Soms ook is het bij wet verboden om in strijd met aan een vergunning verbonden voorwaarden te handelen. Deze wetgevingssystematiek brengt tot uitdrukking dat het strafrechtelijk verwijt dat iemand wordt gemaakt is dat deze de overheid niet in staat heeft gesteld controle uit te oefenen op activiteiten die bijvoorbeeld het milieu of het functioneren van de kapitaalmarkten schaden of kunnen schaden; daarin ligt dan de strafrechtelijke norm. Anders geformuleerd, in dergelijke gevallen acht de strafwetgever niet zozeer de directe schending van het achterliggende rechtsgoed wederrechtelijk. De bescherming daarvan krijgt op meer indirecte wijze vorm: in de delictomschrijving komt enkel tot uitdrukking dat hij zich heeft onttrokken aan het overheidstoezicht op die sector.<sup>21</sup> Het strafrecht vervult dan de rol van sluitstuk op bestuursrechtelijke wetsuitvoering en toezicht. De strafbepalingen zijn vormgegeven als abstracte gevaarzettingsdelicten.

De Wet op de economische delicten kent hiervan vele voorbeelden in art. 1 en 1a van die wet.<sup>22</sup> Zo laat de Wet op het financieel toezicht, waarvan veel normen via de Wet op de economische delicten strafrechtelijk worden gehandhaafd, voorbeelden zien van deze indirecte bescherming van het met toezicht beschermde rechtsgoed: het ordentelijk functioneren van – kort gezegd – de geld- en kapitaalmarkt.<sup>23</sup> Bekijken we het strafrechtelijk gehandhaafde art. 2:96 Wft, dan zien we dat het verboden is om zonder vergunning van de AFM beleggingsdiensten te verlenen of beleggingsactiviteiten te verrichten. Het onderliggende rechtsgoed komt in dit artikel niet met zoveel woorden tot uitdrukking.<sup>24</sup> Het verwijt dat de betrokkene wordt gemaakt als hij deze norm overtreedt, is dat hij heeft gehandeld zonder vergunning (en zich daardoor aan het financiële toezicht heeft onttrokken). Tot daadwerkelijke schade aan de financiële sector hoeft dat niet noodzakelijk te hebben geleid. Als bewezen is dat een instelling inderdaad zonder vergunning heeft gehandeld, dan handelt hij daarmee vrijwel automatisch ook wederrechtelijk.

Overigens, als de wetgever te vaak naar strafbaarstelling van dergelijke normen grijpt, rijst wel de rechtspolitieke vraag in hoeverre dergelijk handelen of nalaten nog wel echt ‘wederrechtelijk’ is; in hoeverre daarin nog strafwaardig onrecht tot uit-

21 Vgl. Faure 1991, p. 93; Visser 2001, p. 16.

22 Zie ook hoofdstuk 2 (Vervaele) en hoofdstuk 6 (Keulen) in deze bundel.

23 Zie verder hoofdstuk 10 (Lamp) en Luchtman 2007, p. 115 e.v.

24 Dat is overigens wel het geval bij de eveneens strafrechtelijk gehandhaafde norm van art. 2:96 lid 2 Wft.



drukking komt. Is het strafrecht dan nog wel *ultimum remedium*? In het bijzonder strafrecht pleegt de wetgever met een zeker automatisme een gebod of verbod aan de WED 'te hangen'. Dat komt niet alleen de duidelijkheid van dergelijke normen niet altijd ten goede,<sup>25</sup> de vraag is ook of hierdoor de wederrechtelijkheid als element niet te veel een lege huls wordt.<sup>26</sup>

Via het vergunningenstelsel wordt de overheid *ex ante* in staat gesteld om controle te houden op bijvoorbeeld het toezicht op de financiële sector. De wetgever geeft aldus uitdrukkelijk het eerste oordeel aan het bestuur, in dit geval de AFM of DNB.<sup>27</sup> Deze bepaalt, met inachtneming van het wettelijk kader, wat mag en wat niet, omdat het daarvoor bij uitstek de benodigde expertise bezit. Dat heeft het voor de financiële onderneming belangrijke voordeel dat maatwerk wordt geboden en ook dat vooraf duidelijkheid kan worden verkregen over wat mag en wat niet.<sup>28</sup> Een ander voordeel van deze wijze van wetgeven is dat de straf- en bestuursrechtelijke kolom niet snel tot tegengestelde uitkomsten zullen komen. Bovendien kan zo snel worden ingespeeld op actuele ontwikkelingen, doordat die ontwikkelingen niet eerst in wetgeving in formele zin hun beslag hoeven te krijgen, maar kunnen worden neergelegd in lagere regelgeving die makkelijker is aan te passen.<sup>29</sup>

In dit systeem heeft de strafrechter een plaats op de achtergrond: hij beoordeelt niet zelf of het achterliggende rechtsgoed – het functioneren van de kapitaalmarkten – is geschaad, maar beoordeelt enkel of er een vergunning was. Was die vergunning er, dan is daarmee het ontbreken van de wederrechtelijkheid formeel een gegeven. Afhankelijk van wat is ten laste gelegd, zal ofwel vrijspraak, ofwel ontslag van rechtsvervolging volgen. Feitelijk bepaalt zo het bestuur wat strafbaar is.<sup>30</sup> Dit fenomeen, het feit dat de materiële normstelling van een strafbepaling wordt vastgesteld door het bestuur, wordt de *administratieve afhankelijkheid* van het (in dit geval financiële) strafrecht genoemd.<sup>31</sup>

Overigens, lang niet alle strafbepalingen uit het sociaal economisch recht of het fiscale recht worden op deze wijze gehandhaafd. De band met voorafgaand bestuurlijk handelen kan door de strafwetgever ook veel 'losser' zijn vormgegeven. Een voorbeeld daarvan vormen mijns inziens de fiscale strafbepalingen ter zake van de schending van de fiscale aangifteplicht. Vooral art. 69 lid 2 AWR, voor zover het daar gaat om het doen van onjuiste of onvolledige aangifte, gebruiken een formulering die de strafrechter meer eigen ruimte geeft, doordat ze 'autonoom' zijn gedefi-

25 Zie bijvoorbeeld het zojuist genoemde art. 2:96 lid 2 Wft: mij is niet duidelijk welk gedrag hier nu precies strafwaardig is. De norm lijkt gericht tot de AFM. Zie over de interpretatie van dergelijke voorschriften ook hoofdstuk 6 (Keulen).

26 De Hullu 2009, p. 186.

27 Faure 1991, p. 94-95; Buruma 1993, p. 112; Roef 2001, p. 494.

28 Overigens, op het specifieke terrein van het financiële toezicht, is een veel gehoorde klacht dat de AFM marktpartijen die duidelijkheid nu juist niet verschaft; dat veel bepalingen waaraan zij zich moeten houden te vaag of algemeen zijn; vgl. Oppelaar 2004, p. 131 e.v. Ik kom hierop nog kort terug in de volgende paragraaf.

29 Visser 2001, p. 136-137.

30 Hendriks en Wöretshofer 2002, p. 51; Faure 1991, p. 93.

31 Faure 1991. Faure behandelt in zijn artikel de administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht.

nieerd.<sup>32</sup> Daarvan maakte de Rechtbank Den Haag 25 april 2008, *LJN* BD0611, eerder al gebruik door te overwegen: 'Op basis van de zich in het dossier bevindende bewijsmiddelen en hetgeen ter terechtzitting is besproken en behandeld dient de rechtbank vast te stellen of verdachte in een bepaalde periode inkomsten heeft gehad, *ongeacht de aard van die inkomsten*. Vervolgens dient te worden vastgesteld of verdachte die inkomsten door middel van een aangifte kenbaar heeft gemaakt aan de Belastingdienst. *Het nalopen van de gedane aangiften volstaat daarbij*. Indien de rechtbank komt tot de vaststelling dat er inkomen is genoten en vervolgens niet aangegeven, vormt deze vaststelling de basis van een bewezenverklaring in fiscaal strafrechtelijke zaken, behoudens een pleitbaar standpunt, dat ten gronde het opzet kan aantasten. De eigen aard van de fiscaal strafrechtelijke procedure wordt naar het oordeel van de rechtbank niet geraakt noch verstoord door ter zake nog aanhangige fiscaaladministratieve procedures [mijn cursivering, ML].'<sup>33</sup>

Deze administratieve afhankelijkheid doet zich niet alleen voor bij strafbepalingen die het handelen zonder vergunning strafbaar stellen.<sup>34</sup> In dit boek kwam al meermaals aan de orde dat de wetgever in formele zin in het sociaal-economisch recht op tal van plaatsen de exacte invulling van een norm aan de lagere regelgever overlaat. Ook in de Wet op het financieel toezicht wordt van deze constructie veelvuldig gebruik gemaakt. Zo wordt bijvoorbeeld in art. 4:10 lid 3 Wft bepaald dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld met betrekking tot de manier waarop de betrouwbaarheid van 'beleidsbepalers' binnen een financiële onderneming wordt vastgesteld. Die normen zijn te vinden in hoofdstuk 3 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen.<sup>35</sup> Ook hier zien we dus dat een lagere regelgever – de minister-raad, de minister, de AFM zelf – uiteindelijk feitelijk de inhoud van de strafbepaling bepaalt.

Dit laatste moet wel wat worden gerelativeerd. Juist in het financiële toezicht is er in hoge mate sprake van Europese invloeden. De Europese Unie heeft op dit terrein tal van richtlijnen uitgevaardigd, die zo dwingend zijn dat ze de nationale overheid – wetgever, rechter of bestuur – (bijna) geen ruimte meer laten om tot afwijkende voorschriften te komen. De Nederlandse autoriteiten zijn allemaal gehouden om dergelijke Europese normen in hun nationale recht om te zetten en toe te passen. In die zin is ook de ruimte van het bestuur om de inhoud van de strafwet te bepalen beperkt. Wel is het zo dat dat bestuur vaak deelneemt aan Europese overleggremia en aldus toch invloed op de uiteindelijke inhoud van de norm kan uitoefenen of deze zelfs, in samenspraak met collega's uit andere landen, geheel bepaalt.<sup>36</sup>

---

32 Het is overigens mogelijk de delictsbestanddelen 'onjuist of onvolledig' in art. 69 lid 2 AWR op te vatten als specifieke uitwerkingen van het bestanddeel 'wederrechtelijk'; zie daarover hoofdstuk 14 (De Jong en Sikkema), onder verwijzing naar De Bont.

33 R.o. 7.3.4. Zie ook de straks te bespreken uitspraak HR 11 mei 2010, *LJN* BL7699. Over de fiscale strafbepalingen verder hoofdstuk 9 (Bakker).

34 Vgl. Hendriks en Wöretshofer 2002, p. 50-51. Buruma (1993, p. 110-111) gebruikt een beperkter omschrijving van de term. Hij beperkt de term voor normstelling in een concreet geval, bijvoorbeeld door het afgeven van een vergunning.

35 *Stb.* 2006, 520. Dit besluit is inmiddels meermaals gewijzigd.

36 Zie hierover ook Adriaanse et al. 2008, p. 146-148; Kristen 2004, p. 170 e.v.

De administratieve afhankelijkheid heeft uiteraard gevolgen voor de hierboven tot uitgangspunt genomen autonomie van het strafrecht. Die wordt flink gereduceerd.<sup>37</sup> De achterliggende gedachte is dat wat door het bestuursrecht wordt toegelaten, bezwaarlijk door het strafrecht kan worden verboden. Dat zou zich alleen al niet laten verenigen met het *ultimum remedium*-karakter van het strafrecht. In dat licht rijzen echter twee vragen. De eerste gaat over de bevoegdheid van de strafrechter om de rechtmatigheid van besluiten, vergunningen in het bijzonder, te toetsen. De tweede betreft de vraag of een afgegeven vergunning altijd een vrijwaring van strafrechtelijke vervolging oplevert.

Ik begin met het tweede punt dat vooral naar voren is gebracht in het milieustrafrecht. Stel, iemand heeft door het bevoegde gezag een vergunning verkregen om stoffen te brengen in oppervlaktewateren (art. 6.2 Waterwet).<sup>38</sup> Door deze stoffen te lozen, kan hij schade berokkenen aan het milieu. De vraag die dan rijst is of deze persoon straffeloos blijft, omdat hij over een vergunning beschikte, zelfs als hierdoor mens of dier schade hebben opgelopen. Levert een vergunning dan strafrechtelijke immuniteit op, ook als bijvoorbeeld door de lozing lichamelijk letsel werd veroorzaakt (vgl. art. 308 Sr)? Dat lijkt inderdaad de kern achter het leerstuk van de administratieve afhankelijkheid. Toch zal het, juist omdat een vergunning *ex ante* wordt gegeven, niet altijd mogelijk zijn om met alle denkbare feitenconstellaties rekening te houden. In de literatuur is dan ook kritiek gekomen op deze wetgevingsconstructie. Faure heeft bijvoorbeeld verdedigd dat het bestanddeel 'zonder vergunning' beter zou kunnen worden vervangen door 'wederrechtelijk', zodat meer (autonome) armslag ontstaat voor strafrechtelijk ingrijpen.<sup>39</sup>

Zie ik het goed, dan bepleit Faure wel een zekere afhankelijkheid van het milieustrafrecht ten opzichte van het milieurecht, maar in plaats van daarvoor aan te knopen bij vergunningen (in het Duits: *Verwaltungsaktsakzessorietät*), zou hij willen aanknopen bij het milieurecht in het algemeen, waardoor de strafrechter meer ruimte krijgt om op te treden, ook als een vergunning is afgegeven.<sup>40</sup> Faure bepleit daarmee *Verwaltungsrechtsakzessorietät*.<sup>41</sup> Daarvoor kan met name aanleiding bestaan als ook het bestuursrecht, ondanks het aanwezig zijn van een vergunning en het volgen van de daaraan verbonden voorschriften, mogelijkheden biedt om ingrijpen ter afwijking of reparatie van (dreigende) schade mogelijk te maken.<sup>42</sup> Faure's benadering lijkt op het eerste gezicht te zijn gevolgd in de artt. 173a en 173b Sr, waar strafbepalingen ter bescherming van het milieu, in vergelijking met de milieustrafrechtelijke bepalingen in art. 1a WED, ruimer zijn geformuleerd, doordat ze niet aanknopen bij het handelen zonder vergunning, maar het bestanddeel 'wederrechtelijk' gebruiken. Op het eerste gezicht wordt daardoor de strafrechtelijke armslag groter. De Hoge Raad maakte immers reeds in het Dreigbrief-arrest uit dat dit

37 Waling 2002, p. 169.

38 Overtreding van deze norm is een strafbaar feit ex art. 1a, onder 1°, WED.

39 Faure 1991, p. 131 e.v. Zie ook Roef 2001, p. 484 e.v.; Haentjens 1986, p. 483 e.v. Kritisch hierover echter: Hendriks en Wöretshofer 2002, p. 40-42.

40 Idem, Roef 2001, p. 495-496.

41 Zie over deze Duitse termen ook Roef 2001, p. 484 e.v.; Visser 2001, p. 138-139.

42 Vgl. Faure 1991, p. 136-137; Roef 2001, p. 486-487.

bestanddeel ruim – in de zin van een (verre) overschrijding van de maatschappelijke betamelijkheid – moet worden uitgelegd.<sup>43</sup> Maar juist ten aanzien van art. 173a en 173b Sr ligt dit toch wat anders. Uit de wetsgeschiedenis kan namelijk worden afgeleid dat dat bestanddeel moet worden gelezen als ‘zonder vergunning’.<sup>44</sup> We zouden kunnen zeggen dat de wetgever hier – in weerwil van de algemene jurisprudentie over het bestanddeel ‘wederrechtelijk’ – de wederrechtelijkheid heeft beperkt tot een bepaald aspect daarvan, het handelen zonder vergunning. Aldus beschouwd hebben we hier te maken met één van de weinige wettelijke uitwerkingen van Van Veens ‘facetwederrechtelijkheid’.<sup>45</sup>

Overigens, de bepalingen in de Wet op de economische delicten en het Wetboek van Strafrecht staan in de regel niet tot elkaar in een generalis-specialis-verhouding. Het is dus voorstelbaar dat een officier van justitie kiest voor vervolging voor een commuun delict, bijvoorbeeld in het zojuist genoemde voorbeeld een vervolging op grond van art. 308 Sr.<sup>46</sup> In dat geval is aannemelijk dat de verdachte die over een vergunning beschikte, zich zal beroepen op een rechtvaardigingsgrond, bijvoorbeeld overmacht of het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid. Mogelijk komt ook AVAS in beeld.<sup>47</sup>

Met het zojuist besproken bezwaar tegen de administratieve afhankelijkheid van het strafrecht – de kwestie aan welke normen de strafrechter toetst –, hangt de eerder genoemde eerste vraag samen. Deze betreft de toetsingsbevoegdheid van de strafrechter: in hoeverre is de strafrechter in de positie bestuursrechtelijk handelen op zijn rechtmatigheid te toetsen? Is de strafrechter hierbij gebonden aan een eerdere beoordeling van het handelen van het bestuursorgaan door de bestuursrechter, of mag hij zijn eigen weg gaan? Die vraag komt hieronder, in paragraaf 3, nog uitgebreid aan de orde. Daaraan voorafgaand worden eerst nog enige andere kwesties behandeld, die aan de autonomie van het strafrecht zijn gelieerd.

### 2.2.2 Opheffing van strafrechtelijke aansprakelijkheid door het bestuur?

De administratieve afhankelijkheid van het bestuur speelt ook een rol in gevallen waarin het bestuur niet strafbaarheid vestigt, maar deze juist wegneemt. Ook in dat geval rijst de vraag in hoeverre de strafrechtspleging, de strafrechter in het bijzonder, daaraan gebonden is. Daarbij kan een aantal gevallen worden onderscheiden. Deze worden in deze paragraaf kort aangestipt.

De eerste te onderscheiden situatie ligt in het verlengde van hetgeen de vorige paragraaf werd besproken. De keerzijde van de in het bijzonder strafrecht gekozen systematiek dat strafrechtelijke rechtsgoederen vaak op indirecte wijze worden beschermd is dat wanneer het bestuur een vergunning wel heeft verleend, daarmee de strafbaarheid komt te vervallen. De verrichte handeling is

43 HR 9 februari 1971, *NJ* 1972, 1, m.nt. Bronkhorst (*Dreigbrief*).

44 *Kamerstukken II* 1984/85, 19 020, nrs. 1-3, p. 13.

45 Van Veen 1972, p. 466-469. Zie verder De Hullu 2009, p. 187-191; Kelk 2010, p. 133-142.

46 Faure 1991, p. 132, lijkt de mening toegedaan dat dit niet mogelijk is.

47 Zie verder Hendriks en Wöretshofer 2002, p. 137 e.v.; Visser 2001, p. 148-149.

dan niet strafbaar, omdat het bestuur daarvoor toestemming heeft gegeven. Die toestemming kan ook de vorm hebben van een ontheffing of een vrijstelling. Daaraan zal ook de strafrechter in de regel zijn gebonden. Dat vloeit reeds voort uit hetgeen in de vorige paragraaf werd besproken.<sup>48</sup>

Daarnaast zijn nog twee andere situaties de moeite van het vermelden waard. In beide situaties is het bestuurlijk handelen juist niet gebaseerd op een wettelijke grondslag. Soms is dergelijk handelen zelfs in strijd met de letter van de wet. Zo kan het gebeuren dat het bestuur wetsovertredingen gedooft. De vraag in hoeverre bestuurlijk gedoogbeleid de strafrechtspleging bindt, is vooral in het milieustrafrecht al veel besproken.<sup>49</sup> Deze laten we hier verder rusten. Het kan ook voorkomen dat het bestuur, bijvoorbeeld als in een concreet geval onduidelijkheid bestaat over de feiten of de toepassing van het recht op die feiten, aan de betrokkene een toezegging doet, dan wel met deze een overeenkomst sluit over hoe de partijen met die onduidelijkheid zullen omgaan. Vooral in het fiscale recht wordt van deze mogelijkheden veelvuldig gebruik gemaakt.<sup>50</sup> Zo werkt de Belastingdienst met zogenaamde vaststellingsovereenkomsten (fiscaal compromis). Daarvan is blijkens art. 7:900 lid 1 BW sprake wanneer partijen zich, ter beëindiging of voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan binden, ook voor zover die vaststelling van een bestaande rechtstoestand mocht afwijken.

Het belang van dergelijke constructies is duidelijk. Juist omdat in het sociaal-economisch recht veelvuldig met open normen en zorgplichten wordt gewerkt, bestaat er de behoefte voor de justitiabele om vooraf duidelijkheid te verkrijgen van het bevoegde bestuursorgaan, zeker als een overtreding van die norm een strafbaar feit oplevert. Die wordt hier geboden, doordat het overheidsorgaan eenzijdig, dan wel na onderlinge overeenstemming toezegt hoe het met de feiten en de juridische kwalificatie daarvan zal omgaan.

Het is mijns inziens opmerkelijk dat, anders dan in bijvoorbeeld het fiscale recht, in het financiële recht van dergelijke constructies nauwelijks gebruik wordt gemaakt, hoewel de behoefte daaraan voor de partijen die op die markten opereren groot kan zijn.<sup>51</sup>

Het rechtskarakter van dergelijke constructies is niet onomstreden, vooral niet als het gaat om fiscale compromissen. De vraag is in hoeverre het partijen vrijstaat om door middel van afspraken af te wijken van wat in de wet staat. Inmiddels heeft de Hoge Raad aanvaard dat zo'n compromis soms ook tegen de wet in kan gaan (*contra legem*). Dat kan het geval zijn als het bestuur bepaalde verwachtingen heeft gewekt, terwijl niet apert duidelijk is dat er aldus wordt

---

48 Zie verder Visser 2001, p. 140-161.

49 Zie bijvoorbeeld Hendriks en Wöretshofer 2002, p. 84-88; Buruma 1993, p. 309 e.v.; Faure 1991, p. 137-148.

50 Voor een overzicht, zie De Blicke et al. 2009, hoofdstuk 6.

51 Hierover ook Oppelaar 2004, p. 131 e.v., in het bijzonder p. 136. Meer in het algemeen over deze materie, met nog weer andere suggesties, De Waard 2003.

gehandeld in strijd met de wet.<sup>52</sup> Algemene beginselen van behoorlijk bestuur (in het bijzonder het vertrouwensbeginsel) spelen dan een belangrijke rol. Toch komt juist in dergelijke gevallen ook het strafrecht in beeld. Dan rijst (opnieuw) de vraag of door dergelijke constructies de strafrechtspleging 'buitenspel' wordt gezet en zich daaraan gebonden moet achten.

Het voert te ver om de strafrechtelijke gevolgen van dergelijke constructies in detail te bespreken. Hier volgen nog slechts twee opmerkingen. Het gaat hier allereerst om de vraag in hoeverre dergelijk bestuurlijk handelen de actoren in de strafrechtspleging, het Openbaar Ministerie in het bijzonder, bindt, voor zover deze zelf geen reden ziet van strafvervolgning af te zien. Het Openbaar Ministerie is in de regel niet betrokken geweest bij het doen van die toezeggingen of het maken van die afspraken. Dan geldt als hoofdregel dat de toezegging die door het bestuur is gedaan of de overeenstemming die tussen partijen is bereikt, het Openbaar Ministerie niet zal binden.<sup>53</sup> Denkbaar is evenwel dat het bestuurlijk handelen wel een rol speelt bij de beoordeling van de wederrechtelijkheid (of de verwijtbaarheid) van verdachtes handelen.<sup>54</sup>

### 2.3 Tweede nuancering: de autonomie van het Unierecht

#### 2.3.1 De toepassing van Europese normen door de strafrechter

Voor het bijzonder strafrecht is doordrenkt van normen die hun oorsprong vinden op het internationale of Europese niveau.<sup>55</sup> Europese richtlijnen, verordeningen en kaderbesluiten kunnen de lidstaten dwingen om nieuwe strafbepalingen (in ruime zin, dus inclusief het punitieve bestuursrecht) in te voeren. Dat is bijvoorbeeld gebeurd op het vlak van witwassen, het milieurecht, maar ook het financiële toezicht.<sup>56</sup> Veel normen uit de Wet op het financieel toezicht hebben hun oorsprong in Europese richtlijnen, bijvoorbeeld Richtlijn 2004/39/EG over markten in financiële instrumenten (in het Engels afgekort tot MiFID)<sup>57</sup> en Richtlijn 2003/6/EG inzake marktmisbruik.<sup>58</sup>

Het Hof van Justitie EU heeft meermaals herhaald dat de Europese rechtsorde een autonome rechtsorde is, die voorrang heeft op de rechtsordes van de lidstaten. Uit die kwalificaties vloeien rechtsgevolgen voort die de strafrechter beperken in zijn vrijheid bij de uitleg van normen. Zo heeft het Hof van Justitie, omwille van de eenheid van de Europese rechtsorde, de nationale rechter verplicht om nationale regels waar mogelijk, binnen het bevoegdheidskader dat de

52 De Blicke et al. 2009, p. 258-259 en 261.

53 Vgl. Hendriks en Wöretshofer 2002, p. 84, met verwijzing naar HR 17 december 1985, *NJ* 1986, 591 (m.nt. ThWvV) (*DSM*). Zie ook HR 9 april 2002, *NJ* 2002, 535 (m.nt. YB); Corstens 2008, p. 67-68; Buruma 1993, p. 315 e.v.

54 Zie ook Hendriks en Wöretshofer 2002, p. 86 e.v., en Faure 1991, p. 142 e.v., beiden met betrekking tot gedogen.

55 De invloed van internationale verdragen op dit terrein laten wij hier verder buiten beschouwing.

56 Zie ook hoofdstuk 10 (Lamp) van dit boek.

57 *Pb EU* 2004, L 145/1.

58 *Pb EU* 2003, L 96/16, waarover hoofdstuk 11 (Nelemans).

wet hem biedt en met inachtneming van de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht, uit te leggen in het licht van de bewoordingen en doelstellingen van de achterliggende Europese regels.<sup>59</sup> Dit wordt ook wel de plicht tot richtlijn-, resp. kaderbesluitconforme interpretatie genoemd.

Daarnaast brengt het autonome karakter van de Europese rechtsorde mee dat begrippen die in het recht van de Europese Unie worden gebruikt, in de gehele Unie op eenvormige wijze moeten worden uitgelegd, ook als aan die begrippen in het nationale recht een andere betekenis wordt gegeven. Het Hof van Justitie verklaart dit als volgt: ‘Met het oog op de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het beginsel van gelijke behandeling is het als algemene regel noodzakelijk, dat de begrippen van een gemeenschapsrechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst [mijn cursivering, ML], in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling [...]’.<sup>60</sup> Het maakt daarbij niet uit of in een lidstaat de desbetreffende Europese regeling wordt gehandhaafd via het strafrecht, het bestuursrecht of het privaatrecht.<sup>61</sup>

De plicht tot eenvormige uitleg geldt niet alleen bij richtlijnen die dwingen tot volledige harmonisatie. Onder omstandigheden kan ze ook bestaan bij richtlijnen die de lidstaten dwingen tot minimumharmonisatie.<sup>62</sup> Of in dergelijke gevallen termen uit de richtlijn op eenvormige wijze moeten worden uitgelegd, zal in sterke mate afhangen van het doel en de bewoordingen van de richtlijn.

Het is ook mogelijk dat het Europese recht dwingt tot het inachtnemen van een bepaalde ondergrens bij de uitleg van normen. In dat geval kan het de lidstaten bijvoorbeeld niet zijn toegestaan om ‘deze termen in hun nationaal recht [...] een betekenis te geven die ruimer is dan die welke uit een dergelijke uniforme uitlegging volgt [mijn cursivering, ML].’<sup>63</sup> In welk geval een nationale interpretatie ‘ruimer’, dan wel ‘enger’ is, zal ook hier afhangen van de doelstelling en bewoordingen van de richtlijn of het kaderbesluit.

59 Vaste rechtspraak, vgl. HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson en Kamann*), r.o. 26.

60 Vaste rechtspraak, vgl. HvJ EG 11 maart 2003, Zaak C-40/01, *Jur.* 2003, p. I-2439 (*Ansul BV/ Ajax Brandbeveiliging BV*), r.o. 26, waar het ging om de uitleg van het begrip ‘normaal gebruik’ in de zin van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, *Pb EG* 1989, L 40/1. Dat geldt ook voor normen afkomstig uit de voormalige derde pijler van de Europese Unie, zie HvJ EG 17 juli 2008, Zaak C-66/08, *Jur.* 2008, p. I-6041 (*Szymon Kozłowski*), r.o. 42.

61 HvJ EG 22 november 2005, Zaak C-384/02, *Jur.* 2005, p. I-9939 (*Grøngaard en Bang*), r.o. 28, waar het ging om de uitleg van een *exceptie* op het zogenaamde tipverbod, vervat in de (oude) Richtlijn transacties van ingewijden (89/592/EEG), *Pb EG* 1989 L 334/30. Zie ook Klip 2009, p. 170.

62 Vgl. HvJ EG 11 maart 2003, Zaak C-40/01, *Jur.* 2003, p. I-2439 (*Ansul BV/ Ajax Brandbeveiliging BV*), r.o. 27-31.

63 Vgl. HvJ EG 17 juli 2008, Zaak C-66/08, *Jur.* 2008, p. I-6041 (*Szymon Kozłowski*), r.o. 43, waar het ging op de uitleg van de begrippen ‘ingezetene’ en ‘verblijven’ als bedoeld in art. 4, punt 6, van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel, *Pb EU* 2002, L 190/1; zie ook Glerum en Rozemond 2008 en Borgers 2010, p. 103 e.v.

We zien hier dus een andere relativering van de hierboven verwoorde autonomie van het strafrecht. Ook de strafrechter is gehouden aan de plicht tot uniforme uitleg van termen en begrippen die afkomstig zijn uit het Europese recht. Heeft hij twijfels of vragen hierover, dan ligt het in de rede dat hij zich tot het Hof van Justitie wendt in het kader van de prejudiciële procedure (thans art. 267 EUWV).

### 2.3.2 *Verplichte strafrechtelijke handhaving van EU beleid*

In het voorgaande ging het om de uitleg van Europese begrippen die ook in een nationale delictomschrijving zijn omgezet. Soms gaat het Europese recht nog verder en definieert het de materiële norm zó omvattend dat er geen ruimte meer lijkt voor aanvullende nationale elementen. Dan rijst de vraag of het een lidstaat desondanks is toegestaan om, wanneer deze kiest voor strafrechtelijke handhaving, elementen aan een uit het Europese recht afkomstige ge- of verbodsnorm *toe te voegen* teneinde daarmee recht te kunnen doen aan het strafrechtelijke *ultimum remedium*-beginsel of het schuldbeginsel.<sup>64</sup> Zo is voorstelbaar dat de wetgever het delictsbestanddeel ‘opzettelijk’ en/of ‘wederrechtelijk’ wil toevoegen. Is dat toegestaan? Met een verwijzing naar hetgeen in paragraaf 2.1 werd besproken, verandert de nationale wetgever met de keuze voor strafrechtelijke handhaving immers het karakter van de norm. Dat is dan een *strafrechtelijke* norm geworden.

Overigens, soms bevatten de Europese regels ter zake zelf al voorschriften. Zo verplicht art. 4, in samenhang met art. 8, van (de te vervangen)<sup>65</sup> Richtlijn 2005/35/EG inzake verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties voor inbreuken tot het volgende: ‘De lidstaten dragen er zorg voor dat het lozen van verontreinigende stoffen vanaf schepen in een van de in art. 3, lid 1, bedoelde gebieden als inbreuk wordt aangemerkt, indien het met *opzet*, uit *roekeloosheid* of door *ernstige nalatigheid* gebeurt. Deze inbreuken worden beschouwd als delicten in de zin van, en onder de omstandigheden waarin is voorzien in, Kaderbesluit 2005/667/JBZ ter aanvulling van deze richtlijn [mijn cursivering, ML].’<sup>66</sup> In een dergelijk geval rijst de vraag hoe de termen ‘opzet’ en dergelijke moeten worden uitgelegd. Daarover zal het Hof van Justitie zich dan ook kunnen uitlaten.<sup>67</sup>

Allereerst moet worden opgemerkt dat hier moet worden onderscheiden tussen enerzijds de Europese oorsprong van een *gebod* of *verbod* en anderzijds de keuze van de nationale wetgever om deze *strafrechtelijk* te handhaven. Talrijke Europese richtlijnen en verordeningen introduceren immers geboden en verbo-

64 Deze vraag werd ook opgeworpen door Vervaele 2010, p. 160-162. Zie ook Corstens 1998, p. 129; Lindeman 2010, p. 203-204.

65 Zie Richtlijn 2009/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 tot wijziging van Richtlijn 2005/35/EG inzake verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties voor inbreuken, *Pb EU* 2009, L 280/52.

66 *Pb EU* 2005, L 255/11.

67 Zoals gebeurde in HvJ EG 3 juni 2008, Zaak C-308/06, *Jur.* 2008, p. I-4057 (*Intertanko et al.*), r.o. 77. Bezorgd hierover: Van Kempen 2006, p. 86-87.



den en dwingen de lidstaten tot handhaving daarvan, maar slechts in zeer weinig gevallen worden de lidstaten ook *verplicht tot strafrechtelijke* handhaving van die geboden of verboden.

Dat laatste geldt in het bijzonder voor die normen die zich op het terrein van het sociaal-economische recht bevinden. Het heeft te maken met de beperkte bevoegdheden die de Europese Unie tot voor kort op dit terrein werden toebedacht en een op de achtergrond sluimerend institutioneel conflict tussen de voormalige eerste en derde pijler van de Europese Unie.<sup>68</sup> Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon beschikt de Europese Unie echter over meer mogelijkheden, nu in art. 83 lid 2 EUWV het volgende is bepaald: 'Indien onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten op het gebied van het strafrecht nodig blijkt voor een doeltreffende uitvoering van beleid van de Unie op een gebied waarop harmonisatiemaatregelen zijn vastgesteld, kunnen bij richtlijnen minimumvoorschriften worden vastgesteld met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en de sancties op het betrokken gebied.' Als de Europese Unie op bepaalde terreinen de bevoegdheid toekomt om met regelgeving in te grijpen (zie de catalogus in art. 3 en 4 EUWV), mag zij de lidstaten ook dwingen tot strafrechtelijke handhaving van die regels. Deze bevoegdheid is van groot belang voor de terreinen waarop deze bundel betrekking heeft. Naast maatregelen op het vlak van milieu, kunnen ook andere gebieden in de toekomst worden geconfronteerd met een plicht tot strafrechtelijke handhaving. Dat zou bijvoorbeeld kunnen gaan gelden voor de richtlijnen die betrekking hebben op het financiële toezicht, in het bijzonder voor de Richtlijn marktmissbruik.<sup>69</sup>

De vraag of een lidstaat, bij strafrechtelijke handhaving van Unierecht, bestanddelen mag toevoegen, hangt nauw samen met de mate van harmonisatie die door de onderliggende richtlijn wordt beoogd. Een lidstaat mag bij de omzetting van EG- (inmiddels EU-) recht in nationaal recht niet onder de door de richtlijn beoogde mate van harmonisatie komen. Deze kan in belangrijke mate worden afgeleid uit het doel en de bewoordingen van de richtlijn zelf.<sup>70</sup>

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon komt de Unie op grond van art. 83 lid 2 EUWV uitdrukkelijk de bevoegdheid toe om de lidstaten tot strafrechtelijke handhaving van EU beleidsterreinen te dwingen. Dat artikel-lid spreekt echter van *minimum*harmonisatie met betrekking tot de bepaling van strafbare feiten en de sancties op het betrokken gebied. De vraag is wat dit

68 Belangrijke uitzonderingen hierop zijn Richtlijn 2008/99/EG van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht, *Pb EU* 2008, L 328/28, en Richtlijn 2009/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 tot wijziging van Richtlijn 2005/35/EG inzake verontreiniging vanaf schepen en invoering van sancties voor inbreuken, *Pb EU* 2009, L 280/52. Deze richtlijn verplichten de lidstaten onomwonden tot strafrechtelijke handhaving. Beide richtlijnen kwamen tot stand na uitspraken van het Hof van Justitie; zie HvJ EG 13 september 2005, Zaak C-176/03, *Jur.* 2005, p. I-7879 (*Commissie/Raad*) en HvJ EG 23 oktober 2007, Zaak C-440/05, *Jur.* 2007, p. I-9097 (*Commissie/Raad*).

69 Bij de totstandkoming van die richtlijn is overigens ook de vraag behandeld of de voorschriften van die richtlijn niet ook strafrechtelijk zouden moeten gehandhaafd. Zo ver is men destijds niet gegaan, maar dat kan veranderen; zie hierover verder Kristen 2004, p. 203-205; Adriaanse et al. 2008, p. 150.

70 Hierover over verder Kristen 2004, p. 42-56.

betekent. Het begrip minimumharmonisatie kan namelijk op twee manieren worden gebruikt.

Vanuit een strafrechtelijke optiek zou men eruit kunnen afleiden dat de nationale strafwetgever inderdaad de ruimte heeft om bestanddelen als ‘wederrechtelijk’ of ‘opzettelijk’ toe te voegen. Juist omdat het hier om een gedeelde bevoegdheid van EU en lidstaten gaat (art. 4 lid 2 sub j EUWV), zou kunnen worden betoogd dat de EU enerzijds weliswaar de lidstaten tot strafrechtelijke handhaving van haar beleidsterreinen mag dwingen en daarvoor de norm mag formuleren, maar anderzijds wel rekening moet houden met het feit dat die Europese normen in het strafrecht van de lidstaten moeten worden ingepast en dus moeten voldoen aan aldaar geldende strafrechtelijke uitgangspunten.

In een dergelijke opvatting zou de wetgever echter de reikwijdte van een Europese norm door omzetting in het nationale recht kunnen beperken door het toevoegen van extra bestanddelen als ‘wederrechtelijkheid’, als deze niet reeds in de Europese norm zijn opgenomen. Ik acht het niet waarschijnlijk dat dit, in zijn algemeenheid, met art. 83 lid 2 EUWV is bedoeld, omdat zo de strafrechtelijk te handhaven Europese norm al gauw niet meer uitkomt boven de ondergrens van de door de richtlijn beoogde mate van harmonisatie. Daardoor kan afbreuk worden gedaan aan het doel van die harmonisatie, dat bijvoorbeeld kan zijn gelegen in de wens in de Europese Unie een zekere mate van overeenstemming te bereiken over de betekenis van een norm, zodat daarmee het vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal, personen wordt vergemakkelijkt. Het toevoegen van nieuwe elementen, vooral aan de subjectieve zijde van het delict, zou betekenen dat die overeenstemming er niet altijd meer is en bovendien dat de norm niet altijd meer effectief kan worden gehandhaafd. Het betekent immers ook een verzwaring van de bewijslast. Bovendien zou in voorkomend geval kunnen worden betoogd dat uit de formulering van de Europese norm vaak al blijkt dat deze ‘wederrechtelijk’ is.<sup>71</sup> De opvatting dat het gebruik van het woord minimumharmonisatie vooral doelt op de ruimte die er voor een nationale wetgever moet blijven om de reikwijdte van een door het Unierecht voorgeschreven strafrechtelijke norm uit te breiden, heeft mijns inziens daarom de betere papieren.

Deze laatste opvatting spoort bovendien met de ontwikkelingen die al vóór de inwerkingtreding van Lissabon in gang werden gezet. Sommige richtlijnen zijn in de formulering van de erin vervatte geboden en verboden zo omvattend dat het toevoegen van bijvoorbeeld subjectieve bestanddelen niet goed denkbaar is. Een voorbeeld daarvan levert de Richtlijn marktmisbruik, die onlangs het voorwerp was van een prejudiciële procedure, waarbij vragen werden gesteld over de uitleg van het begrip ‘gebruikmaken van voorwetenschap’, als bedoeld in art. 2 lid 1 van die richtlijn.<sup>72</sup> In die uitspraak komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat handel met voorwetenschap, ten aanzien van *primaire insiders*, door de Europese wetgever welbewust op

71 Vgl. Lindeman 2010, p. 204, ten aanzien van de term ‘marktmisbruik’.

72 HvJ EU 23 december 2009, Zaak C-45/08 (*Spector Photo Group NV*), besproken in hoofdstuk 11 (Nelemans) en Lindeman 2010.

een objectieve manier, dus zonder verwijzing naar subjectieve bestanddelen, werd gedefinieerd, zulks met het oog op een eenvormige harmonisatie van het recht van de lidstaten.<sup>73</sup> Volgens het Hof kan, zodra de in art. 2 lid 1 van richtlijn 2003/6/EG genoemde constitutieve bestanddelen van handel met voorwetenschap aanwezig zijn, de bedoeling van de persoon die deze markttransactie verricht, worden vermoed.<sup>74</sup> Het komt mij voor dat in dergelijke gevallen de mogelijkheid tot het toevoegen van aanvullende bestanddelen niet bestaat.<sup>75</sup> Een andere kwestie is uiteraard in hoeverre deze gang van zaken vanuit strafrechtelijk oogpunt wenselijk is.

### 3 De toetsruimte van de strafrechter

#### 3.1 *Het leerstuk van de formele rechtskracht*

Hierboven kwamen de uitleg en toepassing van strafrechtelijk gehandhaafde normen van sociaal-economisch recht door de strafrechter aan de orde. Uitgangspunt is dat de strafrechter daarvoor een zekere ruimte moet hebben. Tegelijk bleek dat dit uitgangspunt soms wordt genuanceerd. In deze paragraaf komt een hiermee nauw verwant ander probleem aan de orde. Het gaat om de omvang van de toetsingsbevoegdheid die de strafrechter heeft ten aanzien van de wet- en rechtmatigheid van bestuurlijk handelen. We zagen eerder dat in het bijzonder strafrecht de uiteindelijke norm in hoge mate kan worden bepaald door het bestuur. Welnu, *als* de strafrechter dergelijk bestuurlijk handelen niet mag toetsen (dat is nog niet gezegd), komen we aan de hiervoor besproken vraag naar de bepaling van de exacte inhoud van de norm *door de strafrechter* niet toe. De autonomie van het strafrecht komt dan in botsing met het leerstuk van de formele rechtskracht. Dat leerstuk staat in deze paragraaf centraal.

Het leerstuk van de formele rechtskracht werd oorspronkelijk ontwikkeld door de civiele kamer van de Hoge Raad. Het houdt in dat wanneer een bestuursrechter een beroep tegen een besluit ongegrond verklaart en dit besluit vervolgens onaantastbaar wordt, de burgerlijke rechter van de rechtmatigheid van dit besluit moet uitgaan. De Hoge Raad gaat zelfs nog een stap verder. Hij stelt sinds jaar en dag voorop dat ook ‘wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede administratiefrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan [...], de burgerlijke rechter, *zo deze beroepsgang niet is gebruikt*, in geval de geldigheid van de beschikking in het voor hem gevoerde geding in geschil is, ervan dient uit te gaan dat die beschikking zowel wat haar *wijze van tot stand komen* als wat haar *inhoud* betreft in overeenstemming is met de

73 HvJ EU 23 december 2009, Zaak C-45/08 (*Spector Photo Group NV*), r.o. 35.

74 HvJ EU 23 december 2009, Zaak C-45/08 (*Spector Photo Group NV*), r.o. 38. Uiteraard gaat het, gelet op de onschuldpresumptie (vgl. art. 6 lid 2 EVRM), om een weerlegbaar vermoeden: ‘Het feit dat artikel 2, lid 1, van richtlijn 2003/6 niet uitdrukkelijk voorziet in een moreel bestanddeel, betekent daarom nog niet dat deze bepaling aldus moet worden uitgelegd dat elke primair ingewijde die over voorwetenschap beschikt en een markttransactie verricht, automatisch onder het verbod van handel met voorwetenschap valt’ (r.o. 45).

75 Vgl. Nelemans 2007, p. 192-200, ten aanzien van het verbod op marktmanipulatie dat ook in de Richtlijn marktmisbruik besloten ligt; zie verder zijn bijdrage in hoofdstuk 11 van dit boek.

desbetreffende wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen [mijn cursivering, ML].<sup>76</sup> Met andere woorden, ook als een rechtsgang niet is gebruikt, zal de burgerlijke rechter de rechtmatigheid van het besluit tot uitgangspunt nemen; in zo'n geval mag de civiele rechter in beginsel<sup>77</sup> niet meer toetsen.

Als redenen voor het aannemen van formele rechtskracht worden genoemd het belang dat de bezwaar- en beroepstermijnen uit het bestuursrecht niet worden doorkruist (*rechtszekerheid*); dat de burger moet worden ontmoedigd om te gaan *forum-shoppen* bij verschillende rechters; dat tegenstrijdige rechterlijke uitspraken worden voorkomen (*eenheid van rechtsorde*); en dat moet worden voorkomen dat meerdere rechters zich bezighouden met vragen waarvoor de wetgever één van hen – de bestuursrechter – nu juist heeft aangewezen (*efficiënte rechtsbedeling*).<sup>78</sup>

Iets soortgelijks geldt ten aanzien van de situatie waarin de bestuursrechtelijke rechtsgang wel werd gevolgd en het oorspronkelijke besluit werd vernietigd.<sup>79</sup> De door de bestuursrechter uitgesproken onrechtmatigheid bindt dan ook de civiele rechter. De gedachte is dat er in dat geval reeds over het geschil is beslist, zodat niet alleen moet worden vermeden dat de partijen nogmaals een procedure voor de rechter moeten voeren, maar ook dat twee verschillende rechters tegenstrijdige uitspraken doen.

Er is discussie mogelijk over de vraag in hoeverre de civiele jurisprudentie toepasbaar moet zijn in strafzaken.<sup>80</sup> Een bevestigend antwoord zou de toetsruimte van de strafrechter aanzienlijk beperken. De strafrechter zou zich gebonden weten aan de uitkomst van een eerdere bestuursrechtelijke procedure en zou, als geen gebruik is gemaakt van administratief bezwaar of beroep, de rechtmatigheid van het bestreden besluit moeten aannemen. Zo ver gaat men in zijn algemeenheid niet. Dat hangt opnieuw samen met de eigen aard van het strafrecht en met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel in het bijzonder. Dat beginsel brengt mee dat de strafrechter zelfstandig zal moeten onderzoeken of de strafbepaling die hij toepast wel een strafbaar feit oplevert. Op een voorschrift dat onverbindend is, kan geen strafrechtelijke aansprakelijkheid worden gebaseerd. Het gaat dan niet alleen om een toetsingsbevoegdheid, maar zelfs om een toetsingsplicht van de strafrechter. Die toets zal hij ambtshalve, ook als de verbindendheid van het voorschrift niet is betwist, moeten verrichten.<sup>81</sup> Onder omstandigheden kan er reden zijn die toetsingsplicht te beperken, bij-

76 HR 16 mei 1986, AB 1986, 73 (*Heesch/Van de Akker*).

77 De uitzonderingen blijven hier onbesproken.

78 Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male 2008, p. 715; Roef 2001, p. 412. Over de vraag of al deze argumenten die in het civiele recht worden gebruikt, ook toepasbaar zijn in het strafrecht, zie Roef 2001, p. 419 e.v.; Visser 2001, p. 172.

79 HR 31 mei 1991, AB 1992, 290 (*Van Gogh/Nederweert*), m.nt. FHvdB. In een dergelijk geval spreekt men wel van oneigenlijke formele rechtskracht; zie Roef 2001, p. 422-423.

80 In beginsel bevestigend Buruma 1993, p. 112, voor zover het gaat om de toetsing van vergunningen. In de tegengestelde richting gaat Mevis, in zijn noot bij HR 22 september 2009, NJ 2010, 142, onder 3.

81 Aldus Mevis in zijn noten bij HR 22 september 2009, NJ 2010, 142 en HR 11 oktober 2005, NJ 2008, 207. In het laatste geval ging het om de toetsing van een algemeen verbindend voorschrift (een APV). Zie ook Roef 2001, p. 409-410.

voorbeeld om tegenstrijdige uitspraken te vermijden, maar dat laat onverlet dat de toetsingsplicht tot hoofdregel wordt genomen.

Over het leerstuk van de formele rechtskracht in relatie tot het strafrecht zijn inmiddels de nodige uitspraken verschenen.<sup>82</sup> Die leveren een genuanceerd beeld op. Daaruit kan worden afgeleid dat ter zake onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de ruimte die de strafrechter heeft ten aanzien van de waardering van de feiten en anderzijds rechtsvragen (paragraaf 3.2). Binnen de laatste categorie past vervolgens een onderscheid tussen enerzijds de toetsing van algemeen verbindende voorschriften en anderzijds beschikkingen (paragraaf 3.3). En binnen de categorie van de beschikkingen wijst de jurisprudentie uit dat van belang is of het gaat om een zogenaamde begunstigende beschikking of om een belastende beschikking (paragraaf 3.4).

### 3.2 *De strafrechter en de waardering van het bewijs*

Ten aanzien van de vrijheid die de strafrechter toekomt bij de vaststelling van de feiten kunnen we vrij kort zijn. In een aantal uitspraken heeft de Hoge Raad hierover bepaald dat de strafrechter zelfstandig een oordeel moet vellen over de feiten: ‘In een [...] geval, waarin het slechts gaat om de waardering van feiten, is de strafrechter bij zijn oordeel over het tenlastegelegde feit niet gebonden aan een eerdere uitspraak van de bestuursrechter over de feiten. De strafrechter dient zich naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting daarover een zelfstandig oordeel te vormen. Het oordeel van het Hof dat het de strafrechter vrijstaat om tot een eigen waardering van het bewijs te komen, ook als deze afwijkt van de eerder door genoemde bestuursrechter gegeven waardering, is dan ook juist.’<sup>83</sup>

De toevoeging ‘slechts’ in het citaat roept wel vragen op. Geldt deze regel dan niet wanneer de strafrechter *ook* rechtsvragen moet beantwoorden waarover de bestuursrechter zich reeds uitliet? Het zal lang niet altijd goed mogelijk zijn om beide van elkaar te scheiden. Als er omtrent de definitie van een begrip geen overeenstemming bestaat, zullen beide rechters naar verschillende feiten en omstandigheden op zoek gaan. Advocaat-Generaal Knigge heeft betoogd dat ook wanneer feiten en de juridische waardering ervan samenvloeien, de strafrechter niet aan het oordeel van de bestuursrechter is gebonden.<sup>84</sup> Hij meent dat wanneer de strafrechter afwijkt van de bestuursrechter, de strafrechter dit wel goed zal moeten motiveren. Een beroep op een andersluidend oordeel door OM of verdediging zal al snel als een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt moeten worden beschouwd (art. 359 lid 2 Sv). Dat lijkt mij de juiste weg. De Hoge Raad zelf maakt aan deze kwestie geen woorden vuil en doet de zaak af met toepassing van art. 81 RO.<sup>85</sup>

82 Zie in meer algemene zin over dit leerstuk in relatie tot het strafrecht bovendien Buruma en Daalder 1994 en Sillen 2009.

83 Zie bijvoorbeeld HR 11 mei 2004, *NJ* 2004, 606 (m.nt. YB); zie ook A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 19 juni 2007, *LJN* AY9194, onder 8.12.

84 A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 19 juni 2007, *LJN* AY9194, onder 8.14.

85 HR 19 juni 2007, *LJN* AY9194.

De verklaring voor deze vrijheid van de strafrechter kan worden gezocht in het strafprocesrecht, dat afwijkt van het bestuursprocesrecht. Een strafrechter mag, aan de hand van de vragen van art. 348 en 350 Sv en op de grondslag van de tenlastelegging, alleen tot een veroordeling komen als hij op grond van de inhoud van de wettige bewijsmiddelen tot de overtuiging heeft kunnen komen dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. Het ligt voor de hand dat de strafrechter zich in zo'n geval ook diepgaand met die feiten moet kunnen bezighouden en daarnaar zelf onderzoek moet kunnen doen. Met dat systeem is niet goed verenigbaar dat de strafrechter gebonden zou zijn aan het oordeel van zijn bestuursrechtelijke collega. Een in het verlengde hiervan liggende verklaring voor deze vrijheid is de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de (straf)rechter.<sup>86</sup> De rechter moet vrij zijn om zelf onderzoek te doen naar wat er is gebeurd.

In een dergelijk geval worden dus zelfs tegenstrijdige uitkomsten aanvaard. In de hierboven in paragraaf 2.1 genoemde VPV-affaire waarin straf- en bestuursrechter tot een feitelijk oordeel moesten komen over de vraag wanneer er voorwetenschap bestond, zien we hiervan een goed voorbeeld.

Overigens kunnen die tegenstrijdige uitkomsten zich ook binnen het strafrecht voordoen. Daarvan zijn wel voorbeelden te geven, bijvoorbeeld het door Buruma genoemde geval, waarin de feitelijk leidinggever werd veroordeeld, terwijl de rechtspersoon door een andere strafrechter was vrijgesproken.<sup>87</sup> De Hoge Raad overwoog toen dat: '[h]et tot de taak van de rechter die heeft te beslissen omtrent de in de art. 348 en 350 Sv vermelde vragen [behoort], daarbij slechts te oordelen op de grondslag van hetgeen aan de verdachte is tenlastegelegd en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting in diens zaak.'<sup>88</sup>

### 3.3 Toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de strafrechter

Ten aanzien van de toetsing van algemeen verbindende voorschriften geldt als uitgangspunt dat de strafrechter *zelfstandig* zal moeten controleren of het voorschrift dat te vinden is in materiële wetgeving<sup>89</sup> en strafrechtelijk wordt gehandhaafd, wel verbindend is.<sup>90</sup> Die toets omvat zowel de wetmatigheid als de rechtmatigheid van de regeling. De strafrechter zal moeten kijken naar de hogere wettelijke regels, de Grondwet, de internationale en Europese regelgeving en de algemene rechtsbeginselen. Blijkt het algemeen verbindend voorschrift hiermee in strijd, dan zal hij die regeling buiten toepassing moeten laten. In dat geval levert het bewezenverklaarde geen strafbaar feit op en zal ontslag van rechtsvervolging volgen.

---

86 Buruma in zijn noot bij HR 11 mei 2004, *NJ* 2004, 606; Knigge in zijn noot bij HR 6 april 1999, *NJ* 1999, 633.

87 Buruma in zijn noot onder HR 11 mei 2004, *NJ* 2004, 606.

88 HR 6 april 1999, *NJ* 1999, 633, r.o. 5.5 (m.nt. Knigge).

89 De strafrechter mag als bekend niet treden in de beoordeling van de grondwettelijkheid van wetgeving in formele zin; zie art. 120 Gw. Ook mogen formele wetten niet aan algemene rechtsbeginselen worden getoetst.

90 Vgl. HR 11 oktober 2005, *NJ* 2008, 207, r.o. 3.7.2 (m.nt. Mevis).

De strafrechter zal daarbij bedacht moeten zijn op de omstandigheid dat in sommige gevallen aan het bestuur discretionaire ruimte is gelaten.<sup>91</sup> De strafrechter mag niet in de opportuniteit van de beslissing van het bestuur treden; hij mag enkel de wet- en rechtmatigheid toetsen. Ten aanzien van de opportuniteit past een meer terughoudende toets. Een zaak waarin dit aan de orde was, is HR 20 februari 2007, *AB* 2007, 259 (m.nt. Brouwer en Schilder), waar het ging om een vervolging op grond van art. 184 Sr, toen de verdachte niet wenste mee te werken aan een veiligheidsfouillering in een veiligheidsrisicogebied. Tegen de last die verdachte was gegeven stond, volgens het Hof Amsterdam althans,<sup>92</sup> geen bezwaar en beroep open. In dat arrest overweegt de Hoge Raad dat bij een vervolging op grond van art. 184 Sr de strafrechter moet onderzoeken of het gebruikte wettelijke voorschrift, evenals het daarop gebaseerde bevel rechtmatig is. Omdat de burgermeester bij het aanwijzen van een veiligheidsrisicogebied een zekere beoordelingsmarge toekomt, moet de strafrechter daarmee rekening houden. De Hoge Raad bepaalde dat de strafrechter voor deze toets aansluiting moet zoeken bij het model dat de bestuursrechter hiervoor gebruikt (r.o. 4.3).<sup>93</sup>

In de strafrechtelijke jurisprudentie over de toetsing van algemeen verbindende voorschriften gaat het veelvuldig om het geval waarin de verdachte wordt vervolgd voor overtreding van een APV of omdat hij een daarop gebaseerd ambtelijk bevel niet opvolgt (vgl. art. 184 Sr). Maar ook ten aanzien van andere algemeen verbindende voorschriften kunnen vragen rijzen, bijvoorbeeld ten aanzien van algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen of algemene voorschriften die zijn uitgevaardigd door lagere regelgevers, bijvoorbeeld de Nadere regeling gedragstoezicht van de AFM. Die regels worden doorgaans via de Wet op het financieel toezicht en de Wet op de economische delicten strafrechtelijk gehandhaafd. In al deze gevallen zal de strafrechter de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift moeten onderzoeken. Zou hij dit niet doen, dan zou iemand kunnen worden veroordeeld op basis van een regeling die door geen enkele rechter werd getoetst.

Het voorgaande wordt iets anders wanneer parallel, c.q. voorafgaand aan de strafrechtelijke procedure ook een bestuursrechtelijke procedure wordt gevolgd. Ook al staat tegen algemeen verbindende voorschriften niet de mogelijkheid van bezwaar en beroep open (art. 8:2 Awb), via op grond van die voorschriften uitgevaardigde beschikkingen kan ook de achterliggende regeling worden aangevallen.<sup>94</sup> In dat geval kan het voorkomen dat zowel de strafrechter, als de bestuursrechter zich met dezelfde zaak bezighouden.

De toetsing van algemeen verbindende voorschriften kan overigens worden doorkruist door het leerstuk van de formele rechtskracht (zie onder). Dit leerstuk beperkt

91 Vgl. Visser 2001, p. 173-174.

92 Brouwer en Schilder stellen in hun noot bij het arrest dat dit onjuist is, maar zij erkennen dat dit de verdachte niet veel hulp zal bieden. Het instellen van bezwaar tegen de last op zich zal prematuur zijn, omdat er dan nog geen inbreuk op art. 8 EVRM heeft plaatsgehad. De fouillering zelf daarentegen is geen appelabel besluit, maar een feitelijke handeling.

93 Een soortgelijke benadering kiest het Hof Amsterdam ten aanzien van het vereiste van 'informed consent' bij het verlenen van toestemming tot binnentreden in een woning; Hof Amsterdam, 24 juni 2010, *LJN* BM9296.

94 Dit wordt *exceptieve of indirecte* toetsing van het algemeen verbindend voorschrift genoemd.

de toetsingsbevoegdheid van de strafrechter. Echter, vooral in die gevallen waar de aangevallen beschikking niet een vergunning betreft (die de betrokkene moet aanvragen en hem toestaat iets te doen wat zonder vergunning verboden is), maar de verdachte 'rauwelijks' in zijn bewegingsvrijheid beperkt of andere hem toekomende grondrechten, denk aan art. 8 EVRM,<sup>95</sup> aantast (en hem dus verbiedt wat normaal wel mag), lijkt de Hoge Raad meer coulant.<sup>96</sup> In dat geval eist deze niet dat de verdachte de bestuursrechtelijke weg volgt. In zo'n geval kan ook het achterliggende algemeen verbindende voorschrift in het vizier komen en worden getoetst.

Hoewel deze uitkomst mij aanvaardbaar lijkt, moet wel worden opgemerkt dat het aldus aangebrachte onderscheid tussen 'vergunningen' enerzijds en beperkingen in grondrechten door middel van bevelen als in art. 184 Sr anderzijds, relatief is. Zo is voorstelbaar dat wanneer iemand een vergunning wordt geweigerd en deze daarna toch activiteiten ontplooit die onder de vergunningplicht vallen, deze zich op het standpunt stelt dat hij wordt beperkt in zijn vrijheid om een zelf gekozen beroep uit te oefenen. Dat recht is bijvoorbeeld neergelegd in art. 15 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Denkbaar is ook een conflict met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (bescherming van eigendom).<sup>97</sup> Aannemelijk is dan ook dat het verschil niet zozeer schuilt in de al dan niet aantasting van grondrechten, maar in de toepasselijke procedure. Bij vergunningen wordt van de burger *ex ante* initiatief verwacht – hij moet de vergunning aanvragen – en kan door hem aldus duidelijkheid worden verkregen; bij bevelen als hier besproken, kan hij beperkingen op zijn grondrechten alleen *ex post* aanvechten.

In het laatste geval (een voorafgaande bestuursrechtelijke uitspraak) treedt het belang van het voorkomen van tegenstrijdige rechterlijke uitspraken naar de voorgrond. In dergelijke gevallen overweegt de Hoge Raad dat: 'Voor de vraag of de strafrechter aan deze uitspraken [van de bestuursrechter, ML] is gebonden, dient te worden vooropgesteld dat een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter, mede met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, meebrengt dat in het geval de daartoe bij uitstek aangewezen *hoogste* bestuursrechter in een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang in een *beslissing ten gronde* een algemeen verbindend voorschrift *onverbindend* heeft geoordeeld, de strafrechter *in beginsel* van dat oordeel dient uit te gaan [mijn cursiveringen, ML].'<sup>98</sup> Als de hoogste bestuursrechter – afhankelijk van de materie is dat de Hoge Raad, de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven of de Centrale Raad van Beroep – zich over de onverbindendheid van een voorschrift heeft uitgelaten, ligt hier in beginsel geen taak meer voor de strafrechter.<sup>99</sup> Niet voldoende is dus dat een lagere bestuursrechter een alge-

95 Vgl. ook A-G Knigge in zijn conclusie bij HR 20 februari 2007, *AB* 2007, 257 (m.nt. Brouwer en Schilder), onder 11.

96 Vgl. Buruma in zijn noot bij HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80 (*Dijkverbod*).

97 Zo bijvoorbeeld in HR 22 september 2009, *NJ* 2010, 142 (m.nt. Mevis).

98 HR 11 oktober 2005, *NJ* 2008, 207, r.o. 3.6.2 (m.nt. Mevis); zie ook HR 26 november 2002, *NJ* 2003, 81, r.o. 3.5 (m.nt. YB) (*Fokverbod*); HR 27 maart 2007, *NJ* 2007, 193, r.o. 3.5.

99 De formulering 'bij uitstek aangewezen' is overigens wat merkwaardig, aangezien zojuist bleek dat tegen algemeen verbindende voorschriften niet direct bezwaar of beroep bij de bestuursrechter mogelijk is.



meen verbindend voorschrift onverbindend heeft verklaard. Uit de beperking tot procedures ten gronde kan bovendien worden afgeleid, dat het niet kan gaan om een oordeel van de (hoogste) bestuursrechter in een voorlopige voorzieningen-procedure.

De verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat in het andere geval de hogere strafrechter, inclusief de Hoge Raad, gebonden zou raken aan het oordeel van een (lagere) bestuursrechtelijke instantie.<sup>100</sup> Daaraan kan worden toegevoegd dat de toetsing van besluiten, dus ook beschikkingen, in beroep met zoveel woorden bij de rechtbank is gelegd (art. 8:1 Awb). In dat geval past de beperking tot de *hoogste* bestuursrechter niet. Ingevolge art. 8:2 onder a Awb kan echter geen beroep worden ingesteld tegen algemeen verbindende voorschriften.

Niet helemaal duidelijk is wat er geldt wanneer de hoogste bestuursrechter zich over een algemeen verbindend voorschrift uitspreekt en het *niet* onverbindend verklaart. Ook hier speelt de taakverdeling tussen straf- en bestuursrechter en rol. Daarom zou kunnen worden betoogd dat de strafrechter aan dit oordeel eveneens in beginsel gebonden is teneinde te voorkomen dat deze tot een andere uitkomst komt. Anderzijds kan hier met een *a contrario*-redenering – de Hoge Raad spreekt alleen over *onverbindendheid* – ook worden betoogd dat in zo'n geval de eigen verantwoordelijkheid van de strafrechter klaarblijkelijk weer voorop staat. Mij zijn geen uitspraken bekend die uitdrukkelijk op deze situatie zien.

Ten slotte, is er op het moment dat de strafrechter uitspraak doet nog geen uitspraak van de hoogste bestuursrechter, maar is wel een bestuursrechtelijke procedure aanhangig, dan geldt opnieuw de regel dat de strafrechter zelfstandig de verbindendheid van de regeling onderzoekt.<sup>101</sup>

### 3.4 Toetsing van beschikkingen door de strafrechter

De meest frequent voorkomende gevallen zijn die waarin de strafrechter zich gesteld ziet voor de vraag of hij beschikkingen mag toetsen. Anders dan bij algemeen verbindende voorschriften, kan men tegen beschikkingen opkomen in een bestuursrechtelijke procedure. Dan rijst de vraag wat de strafrechter te doen staat als deze weg inderdaad is gevolgd en afgesloten, en wat deze moet doen als de bestuursrechtelijke weg niet meer openstaat door ommekomst van de bezwaar- en beroepstermijnen. Vooral hier speelt het leerstuk van de formele rechtskracht.

In het bijzonder strafrecht moet bij die beschikkingen vooral worden gedacht aan vergunningen om bepaalde werkzaamheden te mogen verrichten of diensten te mogen aanbieden,<sup>102</sup> aan vrijstellingen en ontheffingen,<sup>103</sup> maar ook aan handhavingsbeschikkingen, bijvoorbeeld de aanschrijving tot bestuursdwang of de oplegging van een last onder dwangsom<sup>104</sup> of de oplegging van een

100 Vgl. A-G Jörg in zijn conclusie bij HR 11 oktober 2005, *LJN* AS9222, onder 18.

101 HR 27 maart 2007, *NJ* 2007, 193, r.o. 3.5-3.6.

102 Zie bijvoorbeeld art. 2:96 lid 1 Wft.

103 Zie bijvoorbeeld art. 2:96 lid 2 Wft.

104 Zie bijvoorbeeld art. 1:79 Wft.

bestuurlijke boete.<sup>105</sup> Relevant zijn uiteraard ook beschikkingen waarbij financiële verplichtingen worden opgelegd. De belastingaanslag is daarvan het standaardvoorbeeld.<sup>106</sup> Tegen deze beschikkingen zal doorgaans bezwaar en/of beroep openstaan. In al deze gevallen kan het dus voorkomen dat zowel de bestuursrechter als de strafrechter zich erover moeten uitlaten. In al deze gevallen rijst de vraag wat de taakverdeling tussen straf- en bestuursrechter is.

Een lastige, maar voor dit boek zeer relevante categorie vormen de gevallen waarin het bestuur van haar toekomstige toezichtbevoegdheden gebruik maakt.<sup>107</sup> Die bevoegdheden kunnen zijn vormgegeven als plichten voor de burger of bevoegdheden voor het bestuur. Het kan gaan om allerlei verschillende zaken, zoals het vorderen van informatie, het vorderen van inzage in documenten, het vorderen van toegang tot een plaats, etc. Doorgaans is men in dergelijke gevallen tot medewerking gehouden. Toch worden dergelijke informatieverzoeken niet als beschikking aangemerkt. Het argument daarvoor is dat het beoogde rechtsgevolg rechtstreeks uit de wet voortvloeit, dan wel dat het hier gaat om feitelijk handelen van het bestuur. Van een besluit in de zin van art. 1:3 Awb is geen sprake.<sup>108</sup> Het gevolg daarvan is dat bezwaar en beroep niet openstaat. De rechtmatigheid van een informatievordering zal in de procedure ten gronde of in een kort geding moeten worden beoordeeld. Weigert men medewerking aan een vordering om bijvoorbeeld informatie te verstrekken, dan zal een strafvervolgning kunnen worden ingesteld, bijvoorbeeld op grond van art. 68 of 69 AWR (fiscale zaken) of art. 184 Sr.<sup>109</sup> Zojuist zagen we dat in zo'n geval de strafrechter niet alleen zal moeten beoordelen of het wettelijk voorschrift wel gelding heeft, welke toets hij in verband met art. 120 Gw overigens niet mag verrichten als het gaat om een wet in formele zin, maar ook of het bevel rechtmatig is gegeven.

Het is nuttig bij een bespreking van die taakverdeling een onderscheid te maken tussen een aantal situaties. In de volgende paragrafen komen die aan de orde.

### 3.4.1 *Situatie 1: de bestuursrechtelijke rechtsgang is al afgesloten*

De eerste situatie betreft die waarin de strafrechter aan het woord komt, nadat de bestuursrechter zich al over de zaak uitsprak en deze uitspraak onherroepelijk werd.

Als de bestuursrechter de bestreden beschikking overeind laat, neemt de Hoge Raad het volgende tot uitgangspunt: 'In een [...] geval waarin de verdachte de bestuursrechtelijke rechtsgang heeft gevolgd, geldt in verband met een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter en met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, dat indien het bestreden

---

105 Zie bijvoorbeeld art. 1:80 Wft, en ook art. 67a e.v. AWR.

106 Zie art. 11 e.v. en art. 26 AWR.

107 Denk voor wat betreft de Algemene wet inzake rijksbelastingen aan de bevoegdheden die de inspecteur toekomen op grond van art. 47 e.v. AWR. Voor wat betreft de andere terreinen die in deze bundel wordt besproken, gaat het om de bevoegdheden die worden uitgewerkt in Afdeling 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht.

108 Zie verder Luchtman 2007, p. 165-166 en 174-175, met verdere verwijzingen.

109 Daarover Mevis en Verbeek 2010.

besluit door de bestuursrechter bij onherroepelijke uitspraak in stand is gelaten, zulks in beginsel eraan in de weg staat dat de strafrechter verweren met betrekking tot de juistheid en de rechtmatigheid van het besluit zelfstandig onderzoekt en daarop beslist. Onder bijzondere omstandigheden kan aanleiding bestaan hierop een uitzondering te maken [...].<sup>110</sup> Hier staat het leerstuk van de formele rechtskracht voorop. Zo worden tegenstrijdige uitspraken voorkomen en wordt de rechtszekerheid gediend. In een dergelijk geval komt de strafrechter dus, afgezien van het bestaan van bijzondere omstandigheden,<sup>111</sup> nauwelijks ruimte toe.

Lastiger wordt het wanneer de bestuursrechter een beschikking vernietigt. In een dergelijk geval kan niet worden gezegd dat de beschikking formele rechtskracht heeft verkregen. Die beschikking is immers vernietigd,<sup>112</sup> wat naar de bestuursrechtelijke systematiek tot gevolg heeft dat de vergunning nooit heeft bestaan (art. 8:72 lid 2 Awb). Het is niet helemaal duidelijk of ook in dat geval de strafrechter aan dat oordeel gebonden is. Aannemelijk is dat wel.<sup>113</sup> Dat kan enerzijds worden afgeleid uit het feit dat de Hoge Raad de bewoordingen van het Dijkverbod-arrest inmiddels ook toepast bij *instandhouding* door de bestuursrechter van andere beschikkingen dan bevelen.<sup>114</sup> Anderzijds spelen de belangrijkste argumenten achter het aannemen van formele rechtskracht – de taakverdeling tussen straf- en bestuursrechter en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, terwijl in dat geval de zaak al is beoordeeld door de bij uitstek bevoegde rechter – ook hier een rol. In dat geval past het niet dat de strafrechter zijn eigen weg volgt.

De Hoge Raad heeft in het Dijkverbod-arrest bepaald dat wanneer de verdachte de bestuursrechtelijke rechtsgang heeft gevolgd, in verband met een behoorlijke taakverdeling tussen de strafrechter en de bestuursrechter en met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, geldt dat wanneer het desbetreffende bevel onherroepelijk door de bestuursrechter is vernietigd, de strafrechter van die beslissing van de bestuursrechter dient uit te gaan.<sup>115</sup> Dat duidt erop dat de strafrechter ook in dit geval aan het bestuursrechtelijke oordeel is gebonden. De Hoge Raad differentieert daarbij niet tussen belastende en begunstigende beschikkingen. Tegelijkertijd

110 HR 22 september 2009, *NJ* 2010, 142 (m.nt. Mevis), r.o. 3.3; zie ook HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80 (m.nt. YB), r.o. 3.6; Hof Arnhem 4 mei 2010, *LJN* BM3217; HR 13 juli 2010, *LJN* BL2854, r.o. 3.5.

111 Over die bijzondere omstandigheden verder Mevis, onder 3, in zijn noot bij HR 22 september 2009, *NJ* 2010, 142 en Buruma in zijn noot bij HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80, onder 3. Een voorbeeld van zo'n bijzondere omstandigheid is (evidente) strijdigheid met rechtstreeks werkende bepalingen van EG-recht; zie HR 13 juli 2010, *LJN* BL2854, r.o. 3.5.

112 Men spreekt dan van oneigenlijke formele rechtskracht; *supra* noot 80.

113 Vgl. de dadelijk te bespreken uitspraak HR 6 februari 2001, *NJ* 2001, 699 (m.nt. Sch.) (*Steenfabriek*). Zie ook Roef 2001, p. 423-424; Faure 1991, p. 122-123.

114 Zie het zojuist aangehaalde citaat uit HR 22 september 2009, *NJ* 2010, 142 (m.nt. Mevis), r.o. 3.3. Het woord 'bevel' uit HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80 (m.nt. YB), r.o. 3.6, is daar vervangen door 'besluit'.

115 HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80 (m.nt. YB), r.o. 3.6. Anders dan bij de toetsing aan algemeen verbindende voorschriften waar de strafrechter, als de hoogste bestuursrechter een regeling onverbindend heeft verklaard, toch nog enige toetsruimte houdt door toevoeging van de woorden 'in beginsel' (*supra* noot 99), is die ruimte bij vernietiging van beschikkingen afwezig.

ging het, zoals de Hoge Raad ook benadrukt, in deze zaak niet om de toetsing van een vergunning, maar om bevelen die werden gegeven in verband met de openbare orde, die het verdragsrechtelijk gewaarborgde 'liberty of movement' beperken.<sup>116</sup> Anders dan bij de Dijkverbod-uitspraak waar de vernietiging zou hebben betekend dat het bevel ex. 184 Sr onrechtmatig was, hoeft een vernietiging van een vergunning niet alleen maar 'bevrijdend' voor de verdachte te werken. Het kan ook in zijn nadeel zijn.<sup>117</sup> De vraag is dan of deze rechtspraak kan worden doorgetrokken naar andere vormen van beschikkingen en vergunningen in het bijzonder. Als gezegd, dat is aannemelijk. Daaruit kan worden afgeleid dat de hierna te bespreken jurisprudentie van voor het Dijkverbod-arrest ten aanzien van (de strafrechtelijke gevolgen van vernietigde) vergunningen nog gelding heeft. In die rechtspraak zijn correctiemechanismen aanvaard voor het geval de vernietiging van een besluit voor de verdachte nadelig werkt en de strafrechter gebonden is aan dat bestuursrechtelijke oordeel.

Het rechtsgevolg dat bij vernietiging een bestuursrechtelijke vergunning nooit heeft bestaan, kan tot problemen leiden. Gaat het om een begunstigende beschikking, bijvoorbeeld een vergunning die hem toestaat te doen wat zonder vergunning niet mag, dan heeft deze persoon in juridische zin immers nooit over een vergunning beschikt. Dat kan een strafbaar feit opleveren, namelijk het handelen zonder vergunning.<sup>118</sup> In een dergelijk geval zal de verdachte doorgaans een beroep kunnen doen op het jegens hem opgewekte vertrouwen.<sup>119</sup> In strafrechtelijke zin is dit te beschouwen als een AVAS-verweer.

Het is ook mogelijk dat een beschikking wordt vernietigd die voor de betrokkene bezwarend is; die hem dwingt iets te doen of te laten. Als de verdachte in zo'n geval wordt vervolgd, bijvoorbeeld omdat hij vergunningvoorwaarden niet naleefde, geldt ook hier dat die vergunning van meet af aan niet geldig was. In dergelijke gevallen moet een delictsbestanddeel als bijvoorbeeld 'een krachtens de Wet milieubeheer afgegeven vergunning' (art. 18.18 Wet milieubeheer) worden gelezen als een 'krachtens de Wet milieubeheer uit hoofde van een rechtsgeldige beschikking afgegeven vergunning [mijn cursivering, ML].'<sup>120</sup> Daaruit volgt dan dat niet kan worden bewezen verklaard dat de verdachte in strijd met de vergunningsvoorschriften handelde. Dan moet vrijspraak volgen.

Op deze uitspraak is kritiek gekomen.<sup>121</sup> Kernpunt van de kritiek is dat de vergunning wel gold op het moment van handelen van de verdachte en dat diens eigenmachtige optreden nu niet kan worden bestraft. Op het moment van het plegen van het strafbare feit was de vergunning van kracht, ook al was ze kennelijk nog niet onherroepelijk. Bestrafing is dan als gevolg van de beslissing van de bestuursrechter niet meer mogelijk. Een ander punt betreft het feit dat de Hoge Raad geen onderscheid lijkt te maken naar de reden van vernietiging. Ook als om louter formele redenen zou zijn vernietigd, is de strafrechter aan het oordeel van zijn bestuursrech-

---

116 Zie hierover ook paragraaf 3.3.

117 Vgl. Sillen in zijn noot bij HR 22 maart 2007, AB 2007, 144, onder 3.

118 Zie paragraaf 2.2.

119 HR 13 november 1985, NJ 1985, 294. Dat kan anders zijn, als er bijvoorbeeld sprake is van bedrog of misleiding bij het verkrijgen van de vergunning.

120 HR 6 februari 2001, NJ 2001, 699 (m.nt. Sch.), r.o. 3.5 (*Steenfabriek*).

121 Vgl. Hendriks en Wöretshofer 2002, p. 82-83; Waling 2002, p. 167-173.

telijke collega gebonden. Daartegenover staat dan het door de Hoge Raad onderstreepte belang dat voorkomen moet worden dat straf- en bestuursrechter tot tegenstelde uitkomsten geraken.

### 3.4.2 *Situatie 2: de bestuursrechtelijke rechtsgang werd niet gevolgd*

Daarnaast is er de situatie waarin de verdachte de bestuursrechtelijke weg niet heeft gevolgd, terwijl die wel beschikbaar was. Daarvoor kunnen verschillende redenen zijn. Zo zal in de situatie waarin een verdachte een hem *begunstigende* beschikking verkreeg, deze helemaal geen behoefte hebben om de weg naar de bestuursrechter te nemen. Strikte toepassing van formele rechtskracht zou meebrengen dat de strafrechter aan die vergunning gebonden is. Daar is veel voor te zeggen. De vergunninghouder moet immers van de rechtmatigheid van de vergunning kunnen uitgaan. Toch kan er aan de vergunning een gebrek kleven. Dat gebrek kan zijn opgemerkt door het Openbaar Ministerie, dat dan mogelijk zal willen vervolgen. Daarbij past terughoudendheid, juist vanwege het feit dat er al een vergunning is verleend. Maar als het Openbaar Ministerie desondanks besluit te vervolgen, laat de rechtspraak zien dat daarvoor ruimte is. Dat is een belangrijke relativering van de formele rechtskracht. Dergelijke situaties waren aan de orde in de zaken *Camping Domburg* en *Vliegveld Beek*.<sup>122</sup> In beide zaken was het Openbaar Ministerie ontvankelijk in de vervolging en toetste de strafrechter de bestreden beschikking. De Hoge Raad stond toe dat de strafrechter de vergunning aan hogere rechtsregels toetste. Dat heeft voor de verdachte tot gevolg dat deze niet zonder meer kan vertrouwen op een voor hem begunstigende beschikking. In dergelijke gevallen wordt een oplossing gezocht in het gerechtvaardigd vertrouwen dat de verdachte aan de beschikking mocht ontlenen. Is dat vertrouwen inderdaad gerechtvaardigd, dan zal zijn beroep op afwezigheid van alle schuld worden gehonoreerd.<sup>123</sup>

Beide zaken zijn in zekere zin atypisch. In het eerstgenoemde arrest was bijvoorbeeld bewezen verklaard dat verdachte had toegelaten dat derden op een kampeerplaats verbleven zonder dat hij over de daarvoor benodigde kampeerexploitatievergunning beschikte. Volgens verdachte beschikte hij echter wel over een vergunning. Het Hof stelt echter vast dat de grondslag waarop verdachtes vergunning beruiste ondeugdelijk was en dat verdachte dit had kunnen weten. Het oordeelde de vergunning zelfs nietig. Het beroep op gerechtvaardigd vertrouwen (AVAS) werd niet gehonoreerd. Daarmee toetst het Hof zeer nadrukkelijk de geldigheid van de vergunning. De Hoge Raad accordeert deze benadering. Ter zake van het beroep op AVAS overweegt hij vervolgens: 'De houder van een vergunning mag in het algemeen erop vertrouwen dat deze vergunning overeenkomstig de wettelijke voorschriften is verstrekt en dat hij gerechtigd is van deze vergunning gebruik te maken, ook wanneer later zou blijken dat zij in strijd is met een wettelijk voorschrift en derhalve ten onrechte is gegeven. Zulks lijdt echter uitzondering in een geval als het onderhavige,

---

122 HR 13 november 1984, *AB* 1985, 361 (m.nt. FHvbB), resp. HR 10 februari 1987, *NJ* 1987, 662 (m.nt. 't H).

123 Vgl. Faure 1991, p. 103.

waarin uit hetgeen door het hof is overwogen is af te leiden dat de verlening van de vergunning een ook voor de verdachte zo onmiskenbare wetsschending opleverde dat hij had moeten begrijpen dat B en W hem deze niet hadden mogen verlenen.<sup>124</sup> In het Vliegveld Beek-arrest had de verdachte, directeur van de NV die het vliegveld exploiteerde, een vliegtuig met een lading eendagskuikens laten opstijgen in strijd met – kort gezegd – de op de Luchtvaartwet gebaseerde ‘Anti-lawaaibeschikking’ van de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat, die in beginsel verbood dat tussen 23.00 en 06.00 uur vliegtuigen opstegen. Verdachte beriep zich erop dat hij over een ontheffing beschikte. Die ontheffing berustte evenwel op misleidende informatie, aan de verstrekking waarvan verdachte zelf had meegewerkt. De rechtbank komt daarom stilzwijgend tot de conclusie dat ontheffing niet had mogen verleend en dat ze niet als rechtsgeldig kon worden aangemerkt. De Hoge Raad gaat hiermee akkoord.<sup>125</sup>

Bij begunstigende beschikkingen, bijvoorbeeld in de vorm van een vergunning of een ontheffing, staat de Hoge Raad dus toe dat de strafrechter de beschikking toetst. Dat lijkt anders te zijn bij belastende beschikkingen. Dat kan worden afgeleid uit de Mobil Oil-zaak.<sup>126</sup> In die zaak werd de verdachte ten laste gelegd dat hij vergunningvoorschriften met betrekking tot de lozing van afvalwater had overtreden. Dat leverde een overtreding op van de (toen nog) Wet verontreiniging oppervlaktewateren, die strafrechtelijk werd gehandhaafd. Verdachte stelde echter dat de vergunning tegenstrijdigheden bevatte. Dat moest er volgens hem toe leiden dat het tenlastegelegde niet bewezen kon worden verklaard. Hij had evenwel nagelaten deze kwestie bij de bestuursrechter aan te kaarten. Daaromtrent overwoog de Hoge Raad: ‘s Hof’s verwerping van het gevoerde verweer moet aldus worden begrepen dat het Hof heeft vooropgesteld dat *in beginsel* van de rechtmatigheid van de vergunning dient te worden uitgegaan, nu deze kennelijk niet is bestreden in de daartoe openstaande rechtsgang [mijn cursivering, ML]. [...] Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk.’<sup>127</sup>

De vraag rijst of het Mobil Oil-arrest door het Dijkverbod-arrest van de Hoge Raad en latere, daarop gelijkende zaken zijn achterhaald. Dat lijkt mij niet het geval.<sup>128</sup> In beide zaken stonden weliswaar belastende beschikkingen centraal en was de bestuursrechtelijke rechtsgang niet gevolgd, maar in het laatste arrest benadrukt de Hoge Raad de verschillen tussen enerzijds een vergunning en anderzijds beschikkingen (bevelen) die de verdachte in zijn fundamentele rechten beperken.<sup>129</sup>

Uit het Mobil Oil-arrest wordt afgeleid dat de Hoge Raad, in ieder geval bij belastende beschikkingen, de formele rechtskracht van de beschikking, opnieuw

124 HR 13 november 1984, *AB* 1985, 361, r.o. 7.1.2 en 7.1.3 (m.nt. FHvbB).

125 HR 10 februari 1987, *NJ* 1987, 662, r.o. 6.2 (m.nt. 't H).

126 HR 11 januari 1994, *Men R* 1994, 85 (m.nt. Hendriks). Overigens, dit arrest is ook wel zo gelezen dat de hierboven genoemde arresten Vliegveld Beek en Camping Domburg nu achterhaald zijn; vgl. Waling 2002, p. 161-162. Die conclusie lijkt mij te ver gaan.

127 HR 11 januari 1994, *Men R* 1994, 85, r.o. 5.4 (m.nt. Hendriks) (*Mobil Oil*).

128 Idem, Buruma in zijn noot bij het arrest; HR 24 september 2002, *NJ* 2003, 80 (*Dijkverbod*).

129 Zie ook paragraaf 3.3.

in beginsel,<sup>130</sup> aanvaardt.<sup>131</sup> De argumenten hiervoor zijn dezelfde als in het privaatrecht.<sup>132</sup> Het signaal dat hiervan uitgaat naar de verdachte is dat het zeer riskant is om de bestuursrechtelijke weg niet te volgen. Deze kan het zich niet veroorloven een strafrechtelijke procedure af te wachten en aldaar een beroep te doen op een rechtvaardigingsgrond, als het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.<sup>133</sup> Aldus wordt ontmoedigd dat deze vergunningvoorschriften aan zijn laars lapt.

Aan de benadering van de Hoge Raad kleeft ook een keerzijde. Uitgaan van de formele rechtskracht kan er immers toe leiden dat de geldig geachte beschikking noch door de bestuursrechter, noch door de strafrechter wordt getoetst.<sup>134</sup> Iemand zou dus kunnen worden veroordeeld voor overtreding van een vergunning die in strijd met het recht werd verleend.<sup>135</sup> Ook is opgemerkt dat het merkwaardig is dat wanneer de verdachte op een onrechtmatigheid een beroep doet (meestal bij belastende beschikkingen), de strafrechter zich (in beginsel) van toetsing moet onthouden, terwijl dat niet het geval is, wanneer op die onrechtmatigheid door het OM een beroep wordt gedaan (doorgaans bij begunstigende beschikkingen). Om die reden is wel bepleit dat de formele rechtskracht in het strafrecht niet zou moeten gelden en dat de strafrechter altijd, ambtshalve een beschikking zou moeten kunnen toetsen.<sup>136</sup>

### 3.4.3 *Situatie 3: de bestuursrechtelijke rechtsgang is nog niet afgesloten*

Ten slotte, aan het einde van dit hoofdstuk, bespreken we de derde onderscheiden situatie, waarin de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke procedure gelijk met elkaar op gaan. In dergelijke gevallen staat de eigen verantwoordelijkheid van de strafrechter voorop. Die situatie deed zich bijvoorbeeld voor in een fiscale zaak, waarin de belastingplichtige tevens werd verdacht van een strafbaar feit. Hij zou een koppelbazenorganisatie hebben geleid, waarbij hij vanuit Nederland werkzaamheden zou hebben verricht, die waren gericht op de tewerkstelling van arbeidskrachten in Duitsland. Volgens het belastingrecht moet hij over deze activiteiten in Nederland inkomstenbelasting betalen. Over de precieze fiscale kwalificatie van verdachtes handelen bestond evenwel geen eensgezindheid. Die vraag was aan de orde in de fiscale procedure. Voor de strafkamer van de Hoge Raad beroept de verdachte zich erop dat het niet aan de strafrechter is de materiële juistheid van de belastingaangifte vast te stellen, maar dat dit door de belastingrechter moet gebeuren. Het zal niet verbazen hoe

130 Daarover ook Roef 2001, p. 418-419.

131 Vgl. Hendriks in zijn noot bij het arrest; Waling 2002, p. 159-162; Roef 2001, p. 418 e.v.

132 Zie paragraaf 3.1.

133 Vgl. ook HR 9 november 1999, *NJ* 2000, 145, r.o. 3.4.2 (m.nt. Hendriks), waar het weliswaar niet ging om een belastende beschikking, maar waar de Hoge Raad verdachtes beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid passeerde, omdat niet gebleken was dat deze een vrijstelling had aangevraagd.

134 Vgl. Hendriks in zijn noot bij het arrest; Visser 2001, p. 172; Roef 2001, p. 417 e.v.

135 Het lijkt mij echter ook mogelijk dat de Hoge Raad evident onjuiste beschikkingen onder de uitzondering op de formele rechtskracht brengt. Dat doet hij in het civiele recht overigens niet; zie HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 (*Heesch/Van de Akker*).

136 Roef 2001, p. 421; Visser 2001, p. 172.

het antwoord van de Hoge Raad luidt: 'De klacht miskent dat de strafrechter zich in het kader van een strafrechtelijke vervolging inzake een onjuiste of onvolledige belastingaangifte een zelfstandig oordeel dient te vormen over het antwoord op de vraag of de verdachte een te laag belastbaar inkomen heeft opgegeven en dat daaraan niet afdoet dat de verdachte bezwaar heeft gemaakt tegen de hem opgelegde navorderingsaanslagen en hierop nog niet is beslist. In zoverre faalt het middel.'<sup>137</sup>

In het arrest van de Hoge Raad komt opnieuw de eigen verantwoordelijkheid van de strafrechter tot uitdrukking. Voor een relativering van die verantwoordelijkheid op grond van de formele rechtskracht is geen reden; er is immers nog geen bestuurlijke uitspraak. Tegelijkertijd kan die procedure, zoals in de zojuist genoemde zaak, al wel aanhangig zijn. Het is dus niet uit te sluiten dat de bestuursrechter tot een andere uitkomst komt. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid is dat onwenselijk, zeker als men aanvaardt dat in die gevallen waarin de bestuursrechtelijke weg al werd gevolgd (de situatie van paragraaf 3.4.1), de strafrechter daaraan wel is gebonden.

Toch is de strafrechter niet gehouden in zo'n geval de strafrechtelijke procedure te schorsen. art. 14 Sv dat ziet op de schorsing van de vervolging om het oordeel van de civiele rechter over een voorliggend geschilpunt af te wachten heeft alleen betrekking op civiele procedures. De ratio achter deze bepaling is dat in sommige strafzaken het oordeel van de civiele rechter over een bepaalde kwestie doorslaggevend kan zijn voor de vaststelling dat er sprake is van een strafbaar feit.<sup>138</sup> In dat geval kan de strafrechtelijke vervolging worden geschorst, totdat door de civiele rechter is beslist.

Het artikel, dat de strafrechter ter zake een discretionaire bevoegdheid geeft, leidt tegenwoordig een betrekkelijk slapend bestaan. Dat past enerzijds bij de autonomie van het strafrecht. Het voorkomt anderzijds vertragingen in het strafproces en dat is, gelet op het in art. 6 EVRM neergelegde recht op berechting binnen een redelijke termijn, niet onbelangrijk.<sup>139</sup>

Voor wat betreft bestuursrechtelijke procedures ontbreekt een vergelijkbare bepaling. De behandeling van bestuursrechtelijke vragen behoorde volgens de wetgever tot de dagelijkse kost van de strafrechter.<sup>140</sup> Evenmin kan echter worden ontkend dat vooral het bestuursrecht de laatste tijd een enorme vlucht heeft genomen. De administratieve afhankelijkheid van het strafrecht is juist ingegeven vanuit de gedachte dat voor de oplossing van ingewikkelde technische kwesties het bestuur en de bestuursrechter de eerst verantwoordelijke instanties zijn.<sup>141</sup> Dat zou juist pleiten voor een aparte schorsingsregeling. Op dit moment kan *de facto* overigens hetzelfde resultaat worden bereikt met toepassing van

---

137 HR 11 mei 2010, *LJN* BL7699. Zie ook HR 27 maart 2007, *NJ* 2007, 193, r.o. 3.5-3.6.

138 Kristen in Melai et al., aant. 4.1 op art. 14 Sv, suppl. 118 (oktober 2000).

139 Kristen in Melai et al., aant. 2 op art. 14-20 Sv, suppl. 118 (oktober 2000); Faure 1991, p. 124; Visser 2001, p. 176.

140 Kristen, aant. 6.4 op art. 14 Sv, suppl. 118 (oktober 2000).

141 *Supra* paragraaf 2.2.



art. 281 Sv. Als het onderzoek ter zitting al is begonnen, kan de strafrechter dit voor bepaalde of onbepaalde tijd schorsen, als dit in het belang van het onderzoek is. Dat belang kan zeer wel zijn gelegen in het ophelderen van een vraag van bestuursrechtelijke aard.<sup>142</sup>

Wanneer niet wordt geschorst en nadien blijkt dat de bestuursrechter tot een ander oordeel komt dan de strafrechter, is wellicht een herzieningsprocedure nog een optie (art. 457 lid 1 sub 2° Sv).<sup>143</sup> Dan zou de conflicterende uitspraak van de bestuursrechter als een *novum* moeten worden beschouwd. Dat is in het verleden een heel enkele keer gebeurd,<sup>144</sup> maar de houding van de Hoge Raad ten aanzien van de acceptatie van uitspraken van bijvoorbeeld de civiele of bestuursrecht is over het algemeen afhoudend.<sup>145</sup>

#### 4 Samenvatting

In dit hoofdstuk stond de betekenis van het leerstuk van de wederrechtelijkheid in het bijzonder strafrecht centraal. In die gevallen waarin normen uit het sociaal-economische recht strafrechtelijk worden gehandhaafd zal de strafrechter aan die normen nadere invulling moeten geven. Ook in het bijzonder strafrecht geldt dat het element wederrechtelijkheid grotendeels samenvalt met de vervulling van de delictsbestanddelen in een strafbepaling. Als die zijn vervuld, is daarmee de wederrechtelijkheid doorgaans gegeven. Delictsbestanddelen behoeven echter, zeker als het gaat om open normen, vaak een nadere toespitsing op het concrete geval; de strafrechter zal de hem voorgelegde feiten in het licht van de delictsbestanddelen moeten interpreteren en zal die delictsbestanddelen vaak nader moeten uitleggen. Daarbij ziet hij zich gesteld voor de vraag hoe hij die bestanddelen moet interpreteren, als dezelfde termen en begrippen ook in andere rechtsgebieden, bijvoorbeeld het milieurecht, het financiële recht of het fiscale recht, worden gebezigd. Mag hij daaraan dan een eigen, strafrechtelijke invulling geven, die mogelijk afwijkt van die van andere rechtsgebieden? Of is hem dat niet toegestaan?

In dit hoofdstuk kwam naar voren dat doctrine en rechtspraak de autonomie van het strafrecht voorop stellen (paragraaf 2.1). Dat betekent dat de strafrechter bij de interpretatie van termen en begrippen niet gebonden is aan de betekenis die daaraan in andere rechtsgebieden wordt gegeven. In voorkomend geval kan hij daaraan een eigen invulling geven, bijvoorbeeld omdat het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel hem daartoe dwingt. Maar die autonomie is niet onbegrensd. Integendeel, juist bij de strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch recht wordt deze op belangrijke punten beperkt. Twee voor deze bundel belangrijke nuanceringsen werden in dit hoofdstuk besproken. De wetgever kan de

---

142 Zo ook Faure 1991, p. 125-126; Kristen, aant. 6.4 op art. 14 Sv, suppl. 118 (oktober 2000).

143 Vgl. Visser 2001, p. 178; Waling 2002, p. 167; A-G Vellinga in zijn conclusie bij HR 11 mei 2010, *LJN* BL7699, onder 10.

144 HR 28 november 1995, DD 96.121, waarin de Hoge Raad als *novum* aanvaardde een uitspraak van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State, waarin deze een vergunning vernietigde.

145 Daarover verder Duker, aant. 6.8 op art. 457 Sv, suppl. 157 (oktober 2006).

strafrechtelijke autonomie allereerst hebben beperkt door de manier waarop een strafbepaling is vormgegeven (paragraaf 2.2). Het bijzonder strafrecht kenmerkt zich door een zekere administratieve afhankelijkheid, waarmee wordt bedoeld dat de concrete inhoud van een strafbepaling in veel gevallen uiteindelijk bepaald wordt door het bestuur. Dat beperkt ook de armslag van de strafrechter, vooral in die gevallen waarin een strafbepaling niet meer omvat dan dat is gehandeld zonder vergunning of dat vergunningsvoorschriften zijn overtreden. Bovendien kan ook het recht van de Europese Unie, dat het sociaal-economisch recht in Nederland diepgaand heeft beïnvloed, deze vrijheid beperken (paragraaf 2.3). Het Europese recht zal het de strafrechter, net zomin overigens als de bestuursrechter of de burgerlijke rechter, niet altijd toestaan om geheel 'autonoom' te werk te gaan. Dat zou de Europese, autonome rechtsorde kunnen ondermijnen.

In het voorgaande zagen we verder dat de invulling die de strafrechter aan in strafbepalingen voorkomende termen en begrippen kan geven, nauw samenhangt met de vraag of het de strafrechter is toegestaan om bestuurlijk handelen te toetsen. Immers, in die gevallen waarin het bestuur uiteindelijk bepaalt wat een normadressaat is toegestaan en wat niet (administratieve afhankelijkheid) en aldus ook wat wederrechtelijk is en wat niet, zal doorgaans ook een bestuursrechtelijke rechtsgang openstaan. In dat geval kan het gebeuren dat de bestuursrechter al uitspraak heeft gedaan over bijvoorbeeld de rechtmatigheid van een verleende vergunning. De strafrechter hoeft dat oordeel niet noodzakelijk te onderschrijven. Tegenstrijdige rechterlijke uitkomsten kunnen dan het gevolg zijn. Hier botst de autonome positie van de strafrechter met een ander zwaarwegend rechtsgoed, namelijk het rechtszekerheids- en het rechtsgelijkheidsbeginsel. Dat werpt de vraag op of de strafrechter zich in zo'n geval niet beter kan (of zelfs: moet) conformeren aan het oordeel van zijn bestuursrechtelijke collega. De vraag rijst bovendien wat de strafrechter te doen staat, wanneer een bestuursrechtelijke rechtsgang voor de verdachte wel openstond, maar niet werd gevolgd of een bestuursrechtelijke procedure in tijd samenloopt met een strafprocedure. Inmiddels hebben de rechters, de Hoge Raad in het bijzonder, ter zake een fijnmazige jurisprudentie ontwikkeld, die in paragraaf 3 nader werd geanalyseerd. Centraal staat daarin, vooral als het gaat om de toetsing van beschikkingen, het leerstuk van de formele rechtskracht, dat oorspronkelijk door de civiele kamer van de Hoge Raad werd ontwikkeld.

### Literatuur

- Adriaanse, P.C. et al., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: WODC 2008.
- Blieck, L.A. de et al., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2009.
- Borgers, M.J., Mutual Recognition and the European Court of Justice, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (18) 2010, p. 99-114.
- Buruma, Y., *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer rechtswetenschappen 1993.

- Buruma, Y. en E.J. Daalder, Formele rechtskracht in het strafrecht, *RM Themis* 1994, p. 320-334.
- Corstens, G.J.M. Misbruik van voorwetenschap, *De NV* 1998, p. 129 e.v.
- Corstens, G.J.M., *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- Demeersseman, H.A., *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1985.
- Duker, M.J.A., Commentaar op art. 457 (suppl. 157, oktober 2006), in: A.L. Melai en M.S. Groenhuijsen et al. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).
- Enschedé, C.J., Wetten en rechters, in: P. Abas et al. (red.), *Non sine causa: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G. J. Scholten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam*, Zwolle: Tjeenk Willink 1979, p. 50-69.
- Faure, M.G., De gevolgen van de 'administratieve afhankelijkheid' van het milieustrafrecht: een inventarisatie van de knelpunten, in: M.G. Faure, J.C. Oudijk en D. Schaffmeister, *Zorgen van heden - Opstellen over het milieustrafrecht in de praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 91-150.
- Glerum, V. en K. Rozemond, Overlevering van Nederlanders: copernicaanse revolutie of uitlevering in overgang?, *DD* 2008, 58, p. 816-848.
- Groenhuijsen, M.S., Het publiekrechtelijke karakter van het materiële strafrecht, in: J.P. Balkema et al. (red.), *Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 103-123.
- Haentjens, R.C.P., De bedreiging der samenleving door aantasting van het natuurlijk milieu en het strafrecht als middel tot afweer, in: J.P. Balkema et al. (red.), *Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 471-487.
- Hart, A.C. 't, De autonomie van het strafrecht, *DD* 2001, p. 237-250.
- Hartmann, A.R. en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998.
- Hendriks, L.E.M. en J. Wöretshofer, *Milieustrafrecht*, Deventer: Kluwer 2002.
- Hullu, J. de, *Materieel strafrecht - Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009.
- Kelk, C., *Studieboek materieel strafrecht* (4e druk), Deventer: Kluwer 2010.
- Kempen, P.H.P.H.M.C. van, Communautaire doorwerking en straf(proces) recht, in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 73-95.
- Klip, A., *European criminal law*, Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia 2009.
- Kristen, F.G.H., Commentaar op art. 14 (suppl. 118, oktober 2000), in: A.L. Melai en M.S. Groenhuijsen et al. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).
- Kristen, F.G.H., *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.
- Lindeman, J.M.W., Het *Spector*-arrest: het weerlegbare vermoeden in een strafrechtelijke en mensenrechtelijke context, *NtEr* 2010, p. 200-206.
- Luchtman, M.J.J.P., *Grensoverschrijdende sfeercumulatie: over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichhouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU-verband* (diss. Utrecht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

- Mevis, P.A.M. en R.J. Verbeek, Strafbbaarheid terzake van het niet opvolgen van een ambtelijk bevel vraagt meer aandacht voor de strafrechtelijke bestanddelen van art. 184 Sr, *DD* 2010, 33, p. 561-581.
- Nelemans, M., *Het verbod van marktmanipulatie*, Deventer: Kluwer 2007.
- Oppelaar, H.V., De herregulering van de financiële dienstverlening en markten op een tweesprong, in: J.M. Van Dijk en H.V. Oppelaar, *Voorstel van Wet op het financieel toezicht - Beschouwingen over de regulering van de financiële markten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 71-154.
- Remmelink, J., *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.
- Roef, D., *Strafbare overheden - Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2001.
- Sillen, J.J.J., Formele rechtskracht strafrechtelijk vonnis, in: R.J.N. Schlössels et al., *JB Select*, Den Haag: SDU 2009, p. 361-370.
- Veen, Th.W. van, Facetwederrechtelijkheid, *NJB* 1972, p. 466-469.
- Vervaele, J.A.E., Boekbespreking (bespreking van: M. Nelemans, *Het verbod van marktmanipulatie* (diss. Tilburg)), *DD* 2010, 12, p. 156-165.
- Visser, M.J.C., *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 2001.
- Waard, B.W.N. de, Het legaliteitsbeginsel en zijn stiefmoeder - Over rechtszekerheid en vertrouwen bij het samenspel tussen straf- en bestuursrecht, in: M.S. Groenhuijsen en J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen; liber amicorum J. de Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 615-629.
- Waling, C., De vergunning en het economisch strafrecht, in: P. van Russen Groen, D. Schreuders en C. Waling (red.), *Iets bijzonders; liber amicorum prof. jhr. mr. M. Wladimiroff*, Den Haag: SDU 2002, p. 157-176.
- Wijk, H.D. van, Willem Konijnenbelt en Ron van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008.