

Bespiegelingen over de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht

B. van der Vorm

1. Inleiding

Het behoeft geen introductie dat het bestuurlijke sanctierecht, en in het bijzonder het bestraffende bestuursrecht, volop in de belangstelling staat. De aandacht voor dit rechtsgebied is terecht, alleen al vanwege het feit dat in het ‘strafrechtskamp’ veel critici aanwezig zijn die de ontwikkeling van het bestuursstrafrecht (of beter geformuleerd: het bestraffende bestuurlijke sanctierecht) met argusogen bekijken.¹ Veel aandacht is uitgegaan naar de greep van het bestuursrecht naar het strafrecht.² Hiermee wordt bedoeld dat de reikwijdte van het bestraffende bestuursrecht toeneemt en – waar mogelijk – in de plaats komt van de strafrechtelijke rechtshandhaving. Het bestraffende bestuursrecht wordt dan beschouwd als een alternatief voor het strafrecht.³ Vanwege redenen van doelmatigheid is op grote schaal gekozen voor de inzet van de bestuurlijke boete op verschillende terreinen die werden bestreken door het strafrecht.⁴ In dit verband kan vooral worden gedacht aan de toepassing van de bestuurlijke boete in het sociaaleconomische ordeningsrecht.⁵ Het bestaan van twee soorten punitieve sanctiestelsels betekent evenwel dat duidelijke criteria voorhanden dienen te zijn op grond waarvan een keuze tussen beide stelsels kan worden gemaakt. Thans is het onderscheid tussen de open context – met het primaat voor strafrechtelijke handhaving – en de besloten context – met een primaat voor bestuurlijke handhaving – leidend.⁶ Uit een ongevraagd advies van de Raad van State blijkt dat het

- 1 Zie bijv. G.J.M. Corstens & W.M. Limborgh, ‘Inperkingen van het rechterlijke domein’, in: F.W. Bleichrodt, J.A.W. Lensing & P.C. Vegter (red.), *De rechter in het geding* (Liber amicorum J.P. Balkema), Deventer: Kluwer 2011, p. 13-20; P.A.M. Mevis, ‘De bestuurlijke boete in Absurdistan’, *AA* 2005, p. 580-587.
- 2 Zie bijv. G.A. Biezeveld & A. Mein, ‘Moet de opmars van de bestuurlijke boete worden gestuit?’, *TvT* 2015, p. 64-71.
- 3 J.F.L. Roording, ‘Het succes van het bestuurlijk sanctierecht en het ongenoegen van de strafrechtjurist’, in: E.J. Hofstee, O.J.D.M.L. Jansen & A.M.G. Smit (red.), *Kringgedachten. Opstellen van de Kring Corstens*, Deventer: Kluwer 2014, p. 71-82.
- 4 C.L.G.F.H. Albers, ‘Bestraffend bestuur 2014. Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht?’, in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?* (VAR-reeks 153), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 13-14; F.C.M.A. Michiels, ‘Het handhavingstekort en de bestuurlijke boete’, in: H. de Doelder, M.E. Meijer & D. Otto (red.), *De bestuurlijke boete in perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1999, p. 63-75.
- 5 Zie o.m. B.F. Keulen & H.E. Bröring, ‘De bestraffende handhaving van de Omgevingswet: bestuurlijke strafbeschikking of bestuurlijke boete?’, *TBS&H* 2016, p. 61-73.
- 6 *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, 69, D.

onderscheid tussen de open en besloten context onvoldoende onderscheidend is.⁷ Dit lijkt mij een terechte constatering.⁸

In deze bijdrage staat de vraag centraal aan de hand van welk criterium de keuze tussen bestuurlijke en strafrechtelijke sanctionering dient te worden gemaakt, indien de wetgever zou besluiten om afscheid te nemen van de open en besloten context als toepasselijke criteria. Om deze vraag te kunnen beantwoorden wordt ten eerste aandacht besteed aan de dilemma's in de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht (par. 2). Ten tweede wordt nader aandacht besteed aan de huidige opvatting van de wetgever (par. 3). Ten derde wordt een voorstel gedaan om het criterium van de ernstige gedraging meer centraal te laten staan in de keuze tussen het bestraffende bestuursrecht en het strafrecht (par. 4), waarna dit criterium vervolgens nader wordt geoperationaliseerd (par. 5). Hierna worden enkele opmerkingen gemaakt over de toepasselijkheid van dit criterium ten aanzien van de keuze tussen de bestuurlijke boete en de bestuurlijke strafbeschikking (par. 6). Vervolgens worden mogelijke consequenties van de toepassing van dit criterium in kaart gebracht (par. 7). Er wordt besloten met een conclusie (par. 8).

2. Dilemma's in de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht

Het is bepaald geen eenvoudige opgave om heldere en werkbare criteria te ontwikkelen op grond waarvan de keuze tussen bestuurlijke en strafrechtelijke sanctionering kan worden gemaakt. Er bestaan namelijk enerzijds geen 'juiste' of 'onjuiste' criteria, omdat deze criteria een belangrijke mate van subjectiviteit bevatten. Anderzijds zijn het bestraffende bestuursrecht en het strafrecht materieel gezien niet verschillend.⁹ De wetgever worstelt daarom al lange tijd met deze kwestie en in de loop van de tijd zijn door hem ook verschillende criteria – of indicatoren – ontwikkeld, die behulpzaam kunnen zijn bij de keuze tussen het bestuursrecht en het strafrecht. Bröring en Keulen laten in chronologische volgorde zien welke verschillende criteria voor de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht naar voren komen in de belangrijkste beleidsnota's die door de jaren heen zijn verschenen. Zij schetsen een kader dat begint met een bespreking van de ontwikkelde indicatoren in de periode 1988-2008, waarna vervolgens de aandacht wordt gericht op de aangevoerde indicatoren in het verband van de totstandkoming van de Wet OM-afdoening en de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Daarna volgt een bespreking van de ontwikkelde indicatoren in de periode na de invoering van de Wet OM-afdoening en de Vierde tranche van de Awb.¹⁰ Indien een blik wordt geworpen op deze criteria vallen vooral de veelheid en verscheidenheid ervan op. Zo werd in de jaren tachtig van de vorige

7 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de Minister van Veiligheid en Justitie inzake sanctiestelsels, *Stcrt.* 2015, 30280, p. 6.

8 Zie eveneens A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law* (oratie Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2011, p. 42.

9 H.E. Bröring & B.F. Keulen, *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017, p. 23.

10 Bröring & Keulen 2017, p. 9-15.

B. van der Vorm

eeuw gewezen op de restfunctie van het strafrecht, waarbij het *ultimum remedium*-karakter van het strafrecht werd benadrukt. Het strafrecht dient in deze visie te worden ingezet als laatste redmiddel. Indicatoren die wijzen in de richting van de bestuurlijke boete waren de ‘alles-in-één-hand-gedachte’, het bestuurlijke primaat, de materiedeskundigheid en het ontbreken van een ethische lading.¹¹ In de jaren negentig van de vorige eeuw worden ook andere – aanvullende – indicatoren aangereikt: de bestuurlijke boete zou alleen in aanmerking komen indien er geen letsel aan personen of schade aan goederen is en er geen betrokkenheid van een criminele organisatie bestaat. Andere indicaties voor de bestuurlijke boete zijn dat de geschonden norm duidelijk is, dat de overtreding ervan gemakkelijk is vast te stellen, dat geen vrijheidsbeneming of andere dwangmiddelen noodzakelijk zijn, wanneer gewerkt kan worden met vaste tarieven en indien documentatie van recidive niet noodzakelijk is.¹² Ten tijde van de ontwikkeling van de Wet OM-afdoening en de Vierde tranche van de Awb zijn deze indicatoren weer aangepast, hetgeen ook het geval is ná de inwerkingtreding van deze wetten. Het een en ander levert een palet op aan verschillende indicatoren, waarvan de Afdeling advisering van de Raad van State terecht heeft opgemerkt dat lang niet al deze indicatoren voldoende bepaald zijn. De huidige situatie is dat de wetgever aan de hand van de zogenoemde ‘open context’ en ‘besloten context’ de keuze tussen bestuurlijke en strafrechtelijke sanctionering beoogt te maken.

3. De huidige opvatting van de wetgever¹³

Sinds de jaren tachtig is de bestuurlijke boete als alternatief voor strafrechtelijk optreden sterk toegenomen.¹⁴ Er werd een handhavingstekort¹⁵ gesignaleerd en er werd meer verantwoordelijkheid bij het bestuur neergelegd ten aanzien van de handhaving van wetgeving.¹⁶ De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten stelde in 1994 in het advies ‘Handhaving door bestuurlijke boeten’ in vele bestuursrechtelijke wetten op het terrein van het economische orderingsrecht de introductie van de bestuurlijke boete voor.¹⁷ Per 1 februari 2010 was de bestuurlijke boete al in zeventig verschillende wetten geregeld.¹⁸ Met de invoering van de bestuurlijke boete stelde de commissie twee modellen voor: Model A en Model B. Bij Model A komt de bestuurlijke boete in plaats van het strafrecht, maar blijft strafrechtelijke afdoening tot de mogelijkheden behoren indien sprake is van ern-

11 Bröring & Keulen 2017, p. 10.

12 Bröring & Keulen 2017, p. 10.

13 Deze paragraaf is gebaseerd op B. van der Vorm, *Ernstig gevaar. Een juridisch-empirisch onderzoek naar aard, doel en toepassing van de Wet Bibob* (diss. Tilburg), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016, p. 136 e.v.

14 H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Kluwer: Deventer 2005, p. 18.

15 Zie de nota ‘Met vaste hand’, *Kamerstukken II* 1990/91, 22045, 1-2.

16 F.M.J. den Houdijker, ‘Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?’, in: F.M.J. den Houdijker, S.K. Gabriël & J.A.M.A. Sluysmans (red.), *Bestuurlijke punitieve sancties* (Jonge VAR-reeks 4), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 9-54, i.h.b. p. 17-20.

17 *Kamerstukken I* 2008/09, 31700 VI, D, p. 3.

18 *Kamerstukken I* 2009/10, 32123 VI, I, p. 2.

stige normschending, zoals recidive en het toebrengen van letsel aan personen of schade aan goederen.¹⁹ De strekking van Model B is dat de bestuurlijke boetes tevens strafbare feiten betreffen, waardoor een dual handhavingssysteem ontstaat.²⁰

De opkomst van de bestuurlijke boete is ingegeven door twee tendensen. Enerzijds komt de bestuurlijke boete tegemoet aan de wens om eenvoudige en lichte overtredingen niet langer strafrechtelijk af te doen, om overbelasting van dit rechtsgebied tegen te gaan. De bestuurlijke boete is in een dergelijk geval een alternatief voor een strafrechtelijke sanctie. Anderzijds zijn gecompliceerde beleidsterreinen opgekomen, zoals het mededingingsrecht, waarbij de expertise niet aanwezig is bij politie en justitie, maar wel bij de gespecialiseerde bestuursorganen, zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Ten gevolge van deze twee ontwikkelingen is de bestuurlijke boete ingevoerd in de (bijzondere) bestuursrechtelijke wetgeving.²¹ Op deze wijze kunnen bestuursorganen buiten het strafrecht om op eenvoudige wijze boetes innen ten behoeve van de rechtshandhaving. De wetgevende en uitvoerende macht liggen dan in één hand.²²

Met de opkomst van de bestuurlijke boete, maar ook door de geleidelijke invoering van de Wet OM-afdoening, is de samenhang in de handhaving onder druk komen te staan,²³ maar wordt ook gevreesd voor een 'wildgroei' aan bestraffende sancties.²⁴ Wat de samenhang tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving betreft speelt de kwestie voor welk handhavingstraject *in concreto* dient te worden gekozen: het bestuursrechtelijke of strafrechtelijke traject? De 'ultimum remedium'-gedachte kan hier niet meer als richtinggevend worden beschouwd.²⁵ Er is een aantal richtingaanwijzers ontwikkeld die inzicht bieden in de keuze tussen twee stelsels. Hierbij dient te worden gewezen op het onderscheid tussen de 'besloten context' en de 'open context'. Van een besloten context is sprake indien:

- a 'het bestaan van een gespecialiseerd bestuursorgaan dat met de uitvoering van zekere wetten is belast, en uit dien hoofde te maken heeft met een afgebakende doelgroep'; en

19 Zie hiervoor bijv. de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften. Zie tevens art. 33 lid 3 Arbeidsomstandighedenwet.

20 Een voorbeeld van Model B is de Algemene wet inzake rijksbelastingen. In de meeste bijzondere bestuursrechtelijke wetten is voor Model B gekozen. Zie Bröring 2005, p. 194-195.

21 *Kamerstukken II* 2005/06, 29849, 30, p. 2.

22 J.M.W. Lindeman, 'De zwakste schakel. Enkele gevolgen van het stelsel van gelede normstellingen', *TOS* 2004, p. 78-83.

23 *Kamerstukken II* 2005/06, 29849, 30, p. 2.

24 A.R. Hartmann, 'Strafbeschikking en bestuurlijke boete: wildgroei in de handhaving?', *JV* 2005, p. 84-96; C.L.G.F.H. Albers, 'De Awb en het bestuursstrafrecht: de eenheid heeft haar grenzen. Over geforceerde rechtseenheid en wildgroei van boetestelsels', in: R.J.N. Schlössels, A.G.A. Nijmeijer, A.J. Bok & L.J.M. Timmermans (red.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme rechtstoepassing in het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 383-405.

25 D.H. de Jong & G. Knigge, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 13.

B. van der Vorm

- b ‘dat tussen dat orgaan en de doelgroep verbindingen zijn (vaak is er ook communicatie tussen beide) ter uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen’.²⁶

Een voorbeeld van een besloten context ‘is de warenmarkt waar men vergunningplichtig is en een marktmeester toeziet of men een geldige vergunning heeft en men zich aan de daaraan verbonden voorschriften houdt’.²⁷ Indien sprake is van een besloten context is dat een aanwijzing voor het opleggen van een bestuurlijke boete.²⁸

Van een open context kan worden gesproken indien niet aan beide voorwaarden is voldaan. Kenmerken van een open context zijn de aanwezigheid van algemene rechtsregels waaraan burgers en bedrijven zijn gebonden en het ontbreken van een met de uitvoering van de wetgeving belast gespecialiseerd overheidsorgaan. Hier kan het volgende voorbeeld worden gegeven: ‘het overschrijden van een maximumsnelheid, waar algemene surveillance met camera’s of door de politie nodig is’.²⁹

In dergelijke gevallen is strafrechtelijke handhaving het uitgangspunt.³⁰ Het inzetten van het bestuursrechtelijk handhavingstraject – ook niet in een besloten context – is niet mogelijk indien ‘de overtreding een zodanig aanzienlijke inbreuk maakt op de belangen van burgers en bedrijven, of een forse bedreiging vormt voor het integere functioneren van de samenleving, [dat] morele afkeuring met strafrechtelijke handhaving niet achterwege kan blijven’.³¹ In sommige gevallen kan EU-regelgeving dwingen tot strafrechtelijke sanctionering, maar ook kunnen redenen van rechtseenheid ertoe leiden dat strafrechtelijk wordt opgetreden.³² Indien sprake is van een besloten context kan onder dergelijke omstandigheden toch het strafrecht worden toegepast.

Omgekeerd zijn echter ook situaties denkbaar dat sprake is van een open context, maar wel de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete bestaat. Hierbij kan worden gedacht aan het mededingingsrecht en de Wet bestuurlijke boete in de openbare ruimte. Vanwege overwegingen van effectiviteit kan worden afgeweken van geformuleerde uitgangspunten.³³

4. Naar een hanteerbaarder criterium?

De kabinetsnota uit 2008 over de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht is niet door iedereen positief ontvangen. Zo geeft Hartmann aan dat de nota een te wei-

26 *Kamerstukken I* 2008/09, 31700 VI, D, p. 6.

27 *Kamerstukken I* 2008/09, 31700 VI, D, p. 7.

28 *Kamerstukken I* 2009/10, 32123 VI, I, p. 4.

29 *Kamerstukken I* 2008/09, 31700 VI, D, p. 7.

30 *Kamerstukken I* 2008/09, 31700 VI, D, p. 8.

31 *Kamerstukken I* 2008/09, 31700 VI, D, p. 7.

32 *Kamerstukken I* 2008/09, 31700 VI, D, p. 8.

33 *Kamerstukken I* 2008/09, 31700 VI, D, p. 9.

nig verhelderend onderscheid aanbrengt tussen een besloten en een open context.³⁴ Michiels is het hiermee eens, maar merkt op dat Hartmann verzuimt aan te geven op welke wijze de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht dan wel moet worden bepaald.³⁵ In zijn afscheidsrede doet Rogier een poging om een helder keuzecriterium aan de wetgever voor te leggen. Rogier betoogt dat ten aanzien van de keuze tussen het bestraffende bestuursrecht en strafrecht moraliteit – opgevat als ‘ernstige gedraging’ – en niet instrumentaliteit leidinggevend zou moeten zijn.³⁶ Een nadeel is dat Rogier in zijn afscheidsrede verzuimt om aan te geven wanneer precies sprake is van een ‘ernstige gedraging’. Het criterium van de ernstige gedraging is dermate subjectief en te onbepaald om heldere keuzes te maken.³⁷ Bezien vanuit het *ultimum remedium*-karakter van het strafrecht kan ik mij aansluiten bij de gedachte dat het strafrecht uitsluitend dient te worden ingezet indien sprake is van een ernstige gedraging. Het gevolg hiervan is dat niet-strafrechtelijk optreden is geïndiceerd wanneer het minder ernstige gedragingen betreft. In dergelijke gevallen zou kunnen worden volstaan met het opleggen van een bestuurlijke boete.

Wanneer is nu sprake van een ernstige gedraging? Om deze vraag te kunnen beantwoorden moet het belangrijkste onderscheid tussen het bestraffende bestuursrecht en het strafrecht voor ogen worden gehouden. Hoewel er meerdere verschillen tussen beide handhavingssystemen bestaan, denk ik dat een zeer belangrijk verschil erin is gelegen dat het strafrecht de mogelijkheid biedt om (lange) vrijheidsstraffen op te kunnen leggen, terwijl het bestuursrecht deze straf niet kent. Naar mijn mening zou kunnen worden betoogd dat sprake is van een ernstige gedraging indien gereageerd dient te worden met een lange vrijheidsstraf. Indien de wetgever zou menen dat de mogelijkheid moet bestaan om de gedraging te kunnen bestraffen met een langdurige vrijheidsstraf, is strafrechtelijk optreden geïndiceerd. Als de wetgever van mening is dat dit niet noodzakelijk is, kan worden gekozen voor een bestuurlijke afdoening door middel van een bestuurlijke boete.³⁸

De indicator van de mogelijkheid om vrijheidsstraffen op te kunnen leggen is niet nieuw. Al in de jaren negentig van de vorige eeuw werd door de Commissie voor

34 Hartmann 2011, p. 40.

35 F.C.M.A. Michiels, ‘Boekbespreking. Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law (oratie Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2011’, *DD* 2012, p. 54-57.

36 L.J.J. Rogier, *Bestuursrecht of strafrecht. Instrumentaliteit of moraliteit?* (afscheidsrede Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 15-16.

37 B. van der Vorm, ‘De keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctionering en het criterium van de ernstige gedraging’, *PROCES* 2017, p. 267-280.

38 Een andere operationalisering van de ‘ernstige gedraging’ is gegeven door Sillen. Er is sprake van een ernstige gedraging als de overtreder een ernstig moreel verwijt wordt gemaakt. Hier is sprake van wanneer de gedraging is gericht tegen de onaantastbaarheid van het lichaam en een bepaalde onomkeerbare straf kan worden opgelegd (‘een straf van vrijheidsontneming, een taakstraf en andere naar hun aard onomkeerbare straffen’). Voldoet de gedraging aan beide voorwaarden, dan dient de gedraging niet door het bestuur te kunnen worden afgedaan. Zie J.J.J. Sillen, ‘Straffend bestuur, de rechter en de Grondwet’, *RMThemis* 2014, p. 36-37.

B. van der Vorm

de toetsing van wetgevingsprojecten melding gemaakt van deze indicator.³⁹ Deze indicator is ook terug te vinden in de brief van de minister van Justitie van 8 november 2005⁴⁰ en in de memorie van toelichting bij de Vierde tranche van de Awb.⁴¹ Met de keuze tussen de ‘open context’ en ‘besloten context’ is deze indicator echter weer naar de achtergrond verplaatst. Toch zou deze indicator helderheid kunnen verschaffen, zeker omdat het bestraffende bestuursrecht en het strafrecht materieel gezien niet van elkaar verschillen.⁴² Indien als uitgangspunt wordt genomen dat sprake is van een ernstige gedraging wanneer een langdurige vrijheidsstraf kan worden opgelegd, is het vervolgens de vraag wanneer precies sprake is van een dergelijke lange straf. De zesjarentermijn van de strafbeschikking kan in dit verband behulpzaam zijn.

5. De operationalisering van het criterium van de ernstige gedraging⁴³

De maatstaf van ‘ernstige gedraging’ is, zoals reeds is gebleken, subjectief en dient nader te worden geoperationaliseerd. Een eerste mogelijkheid is dat het criterium van de ernstige gedraging wordt geoperationaliseerd aan de hand van de ‘voorlopige-hechtenisfeiten’. Er is dan sprake van een ernstige gedraging indien het gaat om een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld (art. 67 lid 1 sub a van het Wetboek van Strafvordering (Sv)), een apart door de wetgever aangewezen misdrijf, waarop geen gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld (art. 67 lid 1 sub b Sv), en de door de wetgever aangewezen bijzondere misdrijven (art. 67 lid 1 sub c Sv). In dit verband doet zich echter een moeilijkheid voor. Er zijn namelijk ook voorlopige-hechtenisfeiten waarbij de vraag kan worden opgeworpen of dit nu werkelijk ernstige gedragingen zijn. Er kan worden gewezen op eenvoudige diefstal (art. 310 van het Wetboek van Strafrecht (Sr)), eenvoudige mishandeling (art. 300 lid 1 Sr) en verspreiding van opruiende stukken (art. 132 Sr). Ten aanzien van deze delicten is discussie mogelijk of deze daadwerkelijk zijn aan te merken als ernstige gedragingen. Als alternatief zou dan voor het ‘zesjarencriterium’ kunnen worden geopteerd.

Ten tweede kan een ander aanknopingspunt worden gevonden in artikel 257a lid 1 Sv, de strafbeschikking. Blijkens deze bepaling kan de officier van justitie, indien hij vaststelt dat een overtreding is begaan dan wel een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf is gesteld van niet meer dan zes jaren, een strafbeschikking uitvaardigen. Met de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening – die is ontwikkeld wegens de stijgende behoefte aan rechtshandhaving⁴⁴ – is een buitengerechtelijke afdoening van strafzaken ontwikkeld, waar-

39 Bröring & Keulen 2017, p. 10.

40 *Kamerstukken II* 2005/06, 29849, 30.

41 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 117-118.

42 Bröring & Keulen 2017, p. 23.

43 Deze paragraaf is gebaseerd op Van der Vorm 2016, p. 156 e.v.

44 *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 3, p. 1.

door de strafrechter naast het verzet alleen nog in beeld komt wanneer daartoe in het individuele geval een specifieke aanleiding bestaat. Deze aanleiding kan, volgens Crijns, zijn gelegen in het feit dat de voorliggende zaak niet geschikt is voor enige vorm van buitengerechtelijke afdoening, bijvoorbeeld omdat de zaak daarvoor te ernstig is, dan wel omdat bepaalde straffen of maatregelen passend worden geacht die niet buitengerechtelijk kunnen worden opgelegd. Andere redenen om de zaak voor te leggen aan de rechter zijn de wens om de zaak in de openbaarheid af te doen en de daartoe strekkende wens van de betrokken burger (de verdachte).⁴⁵ Een buitengerechtelijke afdoening – inclusief artikel 74 Sr – is dus niet mogelijk indien sprake is van ernstige gedragingen, zijnde misdrijven waarop een gevangenisstraf is gesteld van meer dan zes jaren.⁴⁶ Ook blijkt uit de wetsgeschiedenis dat een strafbeschikking niet kan worden uitgevaardigd indien sprake is van ernstige geweldsmisdrijven die letsel of de dood tot gevolg hebben, alsmede zedenmisdrijven, omdat met bestraffing van deze misdrijven door middel van een strafbeschikking, ook gezien de hoogte van de maximaal op te leggen straf, geen recht wordt gedaan aan de ernst van deze misdrijven en de gevolgen voor de slachtoffers.⁴⁷ Crijns geeft aan dat de grenzen van artikel 257a lid 1 Sv abstracte grenzen zijn:

‘Het feit dat de wet het mogelijk maakt om ter zake van de in deze bepaling genoemde strafbare feiten een strafbeschikking uit te vaardigen, betekent niet dat dit in concreto ook in alle gevallen voor de hand ligt, in het bijzonder niet wanneer tijdens het opsporingsonderzoek naar het gepleegde feit ingrijpende vrijheidsbenemende dwangmiddelen (inverzekeringstelling, bewaring) of ingrijpende opsporingsbevoegdheden (doorzoeking, telefoontap) zijn toegepast. Niettemin is het uitvaardigen van een strafbeschikking ook in dergelijke gevallen niet op voorhand uitgesloten, al was het alleen al vanwege het feit dat voortschrijdend inzicht tot de conclusie kan leiden dat het feit minder ernstig is dan het zich eerder liet aanzien.’⁴⁸

Het bovenstaande citaat is door Crijns besproken onder de paragraafstempel ‘Ernstiger strafbare feiten’. Hieruit kan worden afgeleid dat in zijn zienswijze de strafbeschikking ook kan worden uitgevaardigd ten aanzien van ernstiger strafbare feiten, namelijk misdrijven die kunnen worden aangemerkt als voorlopige-hechtenisfeiten.

De derde wettelijke begrenzing kan worden gevonden in artikel 51e lid 1 Sv. Uit deze bepaling blijkt dat het spreekrecht kan worden uitgeoefend indien het ten laste gelegde feit een misdrijf betreft waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld. Naar aanleiding van het advies

45 J.H. Crijns, ‘Op zoek naar consistentie. Bestrafing buiten de rechter om in strafrecht en bestuursrecht’, *RMThemis* 2014, p. 263-264.

46 In de Aanwijzing OM-afdoening zijn overigens ook contra-indicaties ten aanzien van het uitvaardigen van een strafbeschikking te vinden, zoals politiek en publicitair gevoelige zaken.

47 *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 16.

48 Crijns, in: *T&C Strafvordering* 2012, art. 257a Sv, aant. 2b.

B. van der Vorm

van de Afdeling advisering van de Raad van State en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak is

‘een zekere beperking gewenst, omdat het niet de bedoeling is de winkelier, die slachtoffer is geworden van een kleine winkeldiefstal de gelegenheid te bieden aan de rechter te vertellen, hoe zijn leven daardoor beïnvloed is, hoe vervelend een dergelijk misdrijf ook kan zijn. Een beperking tot alleen misdrijven, waar een gevangenisstraf van 8 jaar of meer op staat, is te grofmazig. Immers, ook art. 6 jo art 175 Wegenverkeerswet is een artikel waarvoor in de praktijk behoefte aan het spreekrecht zal bestaan, ook al is de strafmaat lager dan 8 jaar. (...). Ondergetekende heeft in de wettekst en toelichting de keuze gemaakt, dat alle levens-, gewelds- en zedendelicten voor het spreekrecht in aanmerking komen alsmede al die delicten, waarop een gevangenisstraf van 8 jaar of meer bedreigd wordt.’⁴⁹

Impliciet ligt aan deze keuze de gedachte ten grondslag dat het spreekrecht slechts kan worden toegepast indien sprake is van ernstige gedragingen. Het is echter ook mogelijk dat sprake is van een ‘ernstige gedraging’, indien een strafbaar feit van toepassing is dat wordt bedreigd met een lagere gevangenisstraf, zoals belaging. Op dit delict ‘staat’ een maximale gevangenisstraf van drie jaren. De wettelijke grens van acht jaren is dus geen harde grens; er kan van worden afgeweken, indien sprake is van een apart aangewezen strafbaar feit. Dit geldt ook ten aanzien van de ‘voorlopige-hechtenisfeiten’. Ook van de ‘vierjarentermijn’ kan worden afgeweken. De enige ‘harde’ wettelijke grens is die ten aanzien van het uitvaardigen van een strafbeschikking. Strafbare feiten die worden bedreigd met een gevangenisstraf van meer dan zes jaren kunnen niet buiten de strafrechter om worden afgedaan. Kennelijk zijn strafbare feiten waarop meer dan zes jaren gevangenisstraf ‘staat’ te ernstig voor een buitengerechtelijke afdoening. Om deze reden wordt aansluiting gezocht bij dit ‘harde’ criterium. Op grond hiervan kan mijns inziens worden betoogd dat strafbare feiten waarvoor geen strafbeschikking kan worden uitgevaardigd, zijn aan te merken als ernstige gedragingen. Crijns geeft aan dat ten aanzien van de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht de ernst van de overtreding en de hoogte van de sanctie tamelijk slechte voorspelers blijken te zijn, omdat de bestuurlijke boete niet langer enkel is gereserveerd voor lichte overtredingen en milde sancties. Tegelijkertijd merkt Crijns op:

‘dat het een vergissing zou zijn deze keuze tegen de achtergrond van de vele overeenkomsten als lood om oud ijzer te benaderen, nu vanuit het perspectief van de bestrafte met name de verschillen essentieel zullen zijn, waarbij met name de aantekening op “het strafblad” in geval van een strafbeschikking zwaar zal wegen’.⁵⁰

49 *Kamerstukken II 2001/02, 27632, A, p. 5.*

50 Crijns 2014, p. 272.

Crijns heeft gelijk dat ook in het bestraffende bestuursrecht zeer hoge bestuurlijke boetes kunnen worden opgelegd en deze gedragingen zeker niet altijd kunnen worden aangeduid als minder ernstige gedragingen. Toch kan de wettelijke maatstaf van de ernstige gedraging handzaam zijn. Indien de wetgever bepaald gedrag wil kunnen laten bestraffen met een gevangenisstraf van meer dan zes jaren, levert dit een ernstige gedraging op, die strafrechtelijk dient te worden 'afgedaan' (door de strafrechter).

6. De keuze tussen de bestuurlijke boete en de bestuurlijke strafbeschikking

Uit het voorgaande is gebleken dat ten aanzien van de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht meer aandacht zou moeten worden besteed aan het criterium van de ernstige gedraging: indien de wetgever van oordeel is dat gereageerd moet kunnen worden met een vrijheidsstraf, ligt de keuze voor het strafrecht voor de hand. Als dit niet noodzakelijk wordt geacht, kan worden gedacht aan het bestuursrecht. Hiermee is echter nog niets vermeld over de keuze tussen de bestuurlijke boete en de bestuurlijke strafbeschikking.⁵¹ In zijn bijdrage aan dit themanummer van *RegelMaat* geeft Bröring terecht aan dat bestraffing in beginsel thuis hoort in het strafrecht, maar dat er redenen zijn om bestuurlijk bestraffend op te treden door middel van de oplegging van bestuurlijke boetes. Ook heeft hij het gelijk aan zijn zijde wanneer hij opmerkt dat het bestuurlijke boeterecht inhoudelijk is aan te merken als strafrecht en in procedureel opzicht als bestuursrecht.⁵² Ten aanzien van de keuze tussen de bestuurlijke boete en de bestuurlijke strafbeschikking speelt naar zijn mening een aantal argumenten een rol, die gewicht krijgen afgezet tegen de kenmerken van het betrokken beleidsterrein. Eén argument wijst zijns inziens duidelijk in de richting van de bestuurlijke boete, namelijk 'de wens – en de noodzaak – om extra procedures zo veel mogelijk te voorkomen'.⁵³ Hier kan men het nauwelijks mee oneens zijn. Hij merkt hier het volgende over op:

'Houd procedures zo veel mogelijk bij elkaar en voorkom waar het om dezelfde belanghebbende en hetzelfde dossier gaat dat bijvoorbeeld het intrekken van een vergunning of het opleggen van een herstelsanctie en een bestraffende sanctie in verschillende procedures door verschillende instanties wordt behandeld.'⁵⁴

Het is onwenselijk dat ten aanzien van hetzelfde feit zowel een herstelsanctie wordt opgelegd in een bestuurlijke procedure alsook een bestuurlijke strafbeschikking wordt uitgevaardigd. Toch blijft het een moeilijke opgave om handzame criteria te hanteren ten aanzien van de keuze tussen de bestuurlijke boete en de bestuurlijke strafbeschikking. Naar mijn mening is dit onderscheid niet goed te

51 Vgl. J.M.H.F. Teunissen, 'Heroverweeg de strafbeschikking!', *NJB* 2017, p. 1327-1328.

52 Zie de bijdrage van Bröring in deze aflevering, p. 324.

53 Zie de bijdrage van Bröring in deze aflevering, p. 324.

54 Zie de bijdrage van Bröring in deze aflevering, p. 324.

B. van der Vorm

maken, in ieder geval niet op principiële gronden. Er is slechts sprake van een procedureel onderscheid, dat tot een meer pragmatische keuze leidt, waarbij soms het Openbaar Ministerie een rol heeft en in andere gevallen weer niet. Deze keuzes dienen *in concreto* te worden gemaakt. Het voorkomen van extra procedures zou in dit verband kunnen leiden tot het verkiezen van de oplegging van een bestuurlijke boete boven de uitvaardiging van een bestuurlijke beschikking.

7. Mogelijke consequenties van de toepassing van het criterium van de ernstige gedraging

Er wordt aangenomen dat voor een buitengerechtelijke afdoening, namelijk de OM-afdoening, slechts 'eenvoudige strafbare feiten' in aanmerking komen.⁵⁵ Dit is verklaarbaar: de zwaardere strafbare feiten dienen door de strafrechter te worden afgedaan. De toepassing van het criterium van de ernstige gedraging leidt echter wel tot de vraag wat dient te gebeuren met de strafbare feiten in het Sr, die niet als ernstige gedragingen zijn aan te merken. Zo kan worden gewezen op de strafbare feiten die zijn aan te merken als overtredingen. Deze overtredingen leveren bezwaarlijk een ernstige gedraging op, omdat deze niet kunnen worden bestraft met een gevangenisstraf van zes jaren of meer. Dienen deze overtredingen volledig te worden overgeheveld naar het bestuursrecht, hetgeen een decriminalisering zou betekenen? Van decriminalisering is immers sprake indien de bestuurlijke boete wordt ingevoerd ter vervanging van de strafrechtelijke sanctiëring. Hetzelfde kan worden opgemerkt ten aanzien van de misdrijven die worden bedreigd met een gevangenisstraf van niet meer dan zes jaren. Een delict als eenvoudige diefstal kan bijvoorbeeld worden bestraft met een gevangenisstraf van maximaal vier jaren, wat geen ernstige gedraging zou opleveren. Betekent dit dat dit delict naar het bestuursrecht zou moeten worden overgeheveld? Indien het criterium van de ernstige gedraging in strikte zin wordt toegepast, zou dit inderdaad een consequentie kunnen zijn. Dit lijkt mij onwenselijk. Het gehele strafrechtelijke systeem is immers gebouwd op het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen. Vanuit een processueel aspect kan worden opgemerkt dat de rechterlijke competentie is gebaseerd op het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen. De politierechter en de meervoudige kamer van de rechtbank zijn bevoegd om kennis te nemen van misdrijven, terwijl de kantonrechter bevoegd is om kennis te nemen van overtredingen en het misdrijf dat is neergelegd in artikel 314 Sr. Vanuit een materieelrechtelijk aspect werkt dit onderscheid ook door. Zo zijn bepaalde leerstukken niet van toepassing op overtredingen. Poging tot overtreding is bijvoorbeeld niet strafbaar en ook de deelnemingsvormen zijn niet van toepassing op overtredingen. De overheveling van strafrechtelijke overtredingen naar bestuursrechtelijke delicten zou het fundament waarop het strafrecht is gebouwd, aantasten.

55 A.R. Hartmann, 'Buitengerechtelijke afdoening', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 70-71.

Een ander argument hangt samen met de rechtseenheid. Thans wordt de rechtseenheid binnen het strafrecht bewaakt door de Hoge Raad. Als strafbare feiten zouden worden overgeheveld naar het bestuursrecht, vallen deze bestuursrechtelijke delicten niet meer onder de competentie van de strafkamer van de Hoge Raad. Hoewel de wetgever van mening is dat het bestraffende bestuursrecht niet nodeloos moet afwijken ten opzichte van het strafrecht,⁵⁶ ligt dit gevaar wel op de loer bij een dergelijke overheveling. Thans zijn de strafrechtelijke leerstukken niet geheel hetzelfde als de bestuursrechtelijke pendant in de Vierde tranche van de Awb, hoewel er ook op is gewezen dat de verschillen gradueel zijn.⁵⁷ Het is zeer voorstelbaar dat de te overhevelen strafbare feiten naar bestuursrechtelijke delicten anders worden benaderd dan de strafbare feiten, inhoudende de ernstige gedragingen, in het strafrecht. De banden tussen de bestraffende bestuursrechter en de strafrechter zouden nog nauwer dienen te zijn dan nu het geval is.

De toepassing van het criterium van de ernstige gedraging – geoperationaliseerd aan de hand van de strafbeschikking – mag er dus niet toe leiden dat alle strafrechtelijke overtredingen en minder ernstige misdrijven worden overgeheveld naar het bestuursrecht. Bij de keuze tussen het bestraffende bestuursrecht en het strafrecht kan het criterium van de ernstige gedraging dan ook niet het enige criterium zijn dat de wetgever moet toepassen.⁵⁸ Ook pragmatische argumenten, in het bijzonder ten aanzien van de keuze tussen de bestuurlijke boete en de bestuurlijke strafbeschikking, spelen in dit verband een rol. Wel dient de wetgever naar mijn mening in zijn keuze meer gewicht toe te kennen aan dit criterium, zodat justitie bij ernstige gedragingen meer haar tanden kan laten zien.⁵⁹ In het onderscheid tussen de ‘open context’ en de ‘besloten context’ klinkt dit te weinig door.

8. Conclusie

Het strafrecht en het (bestreffende) bestuursrecht raken steeds meer met elkaar vervlochten, waardoor duidelijke afbakeningscriteria wenselijk zijn. De thans geldende ‘open context’ en ‘besloten context’ zijn door verschillende auteurs en de Afdeling advisering van de Raad van State bekritiseerd; een belangrijk punt van commentaar is het gebrek aan onderscheidend vermogen. In de zoektocht naar heldere criteria bestaat geen ‘goed’ of ‘fout’ standpunt; wel bestaan er duidelijke voorkeuren. Over het algemeen lijken de meeste auteurs het erover eens te zijn dat moreel verwerpelijke delicten niet mogen worden overgeheveld naar het bestraffende bestuursrecht. De vraag is dan vervolgens wat precies onder moreel verwerpelijke delicten dient te worden verstaan. Moreel verwerpelijke gedragingen zijn aan te merken als ernstige gedragingen. Ernstige gedragingen dienen

56 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 125.

57 G. Knigge, ‘De verkalking voorbij; over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht’, *RMThemis* 2000, p. 83-96.

58 Zie ook Rogier 2014, p. 33.

59 Rogier 2014, p. 33.

B. van der Vorm

strafrechtelijk te worden afgedaan en deze ernstige delicten mogen ook niet worden bestraft door middel van het uitvaardigen van een strafbeschikking. Bij deze keuze tussen strafrecht en bestuursrecht zou de wetgever inspiratie kunnen halen uit het toepassingsbereik van de strafbeschikking. De operationalisering van de ernstige gedraging zou kunnen zijn gelegen in de delicten waarvoor een strafbeschikking niet kan worden uitgevaardigd. Het delict is dan immers te zwaar om af te doen door middel van een strafbeschikking en dient niet buiten het gezichtsveld van de strafrechter te worden gehouden. Het gaat hier om strafbare feiten waarvoor een gevangenisstraf kan worden opgelegd van meer dan zes jaren.

Concreet zou dit betekenen dat gedragingen waarvan de wetgever wil dat deze kunnen worden bestraft met een gevangenisstraf van meer dan zes jaren, strafrechtelijk dienen te worden afgedaan. Indien de wetgever van mening is dat een dergelijke langdurige gevangenisstraf niet noodzakelijk is, zou dit een indicatie kunnen zijn om het feit af te doen met een bestuurlijke boete. Waakzaamheid is echter wel op haar plaats. Is er namelijk één criterium dat de keuze tussen het bestraffende bestuursrecht en het strafrecht bepaalt? Dit is niet het geval. Er is veel voor te zeggen om naast het criterium van de ernstige gedraging eveneens andere indicatoren bij de keuze tussen het bestraffende bestuursrecht en het strafrecht te betrekken. In veel situaties is het een afweging per geval, waarbij verschillende argumenten een rol kunnen spelen. Het uitgangspunt zou naar mijn mening echter wel dienen te zijn dat strafrechtelijk ingrijpen is geïndiceerd indien sprake is van een ernstige gedraging, en de bestuurlijke afdoening in beeld komt wanneer het om minder ernstige gedragingen gaat. De ontwikkeling van heldere keuzecriteria tussen het bestraffende bestuursrecht en het strafrecht blijft echter een moeilijke kwestie, omdat beide rechtsgebieden materieel gezien niet verschillend zijn.