

Enkele gedachten over de voorwaardelijke bestuurlijke boete in het financieel-economische handhavingsrecht

mr. dr. drs. B. van der Vorm¹

1. Inleiding

Tegenwoordig bestaat weer veel aandacht voor de afstemming tussen bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving. Ondanks de ontwikkeling van inhoudelijke en procedurewaarborgen die van toepassing zijn op de bestuurlijke boete, blijkt dat nadere afstemming tussen de oplegging van de bestuurlijke boete en strafrechtelijke sanctionering nodig is, zo blijkt uit het Nader rapport bestuurlijke boetestelsels.² Uit het Nader rapport bestuurlijke boetestelsels blijkt dat er drie aspecten zijn, waar nadrukkelijk aandacht aan wordt besteed, namelijk de harmonisatie van de boetheogtes, de keuze tussen het bestuursrecht en het strafrecht en de onderlinge afstemming tussen de boetheogtes. Het is het kabinet een doorn in het oog dat in voorkomende gevallen de boete die de strafrechter kan opleggen, lager is dan de bestuurlijke boete die het bestuursorgaan kan opleggen. Nadere harmonisatie is dus gewenst, aldus het kabinet.³

Uit de praktijk blijkt dat bestuurlijke boetes worden opgelegd, die aanzienlijk hoger zijn dan opgelegde strafrechtelijke boetes.⁴ Het strafrecht biedt echter méér mogelijkheden om 'creatief' een geldboete op te leggen dan de oplegging van een bestuurlijke

boete. Ten eerste bestaat in het strafrecht de mogelijkheid om op grond van art. 14a Sr een voorwaardelijke geldboete op te leggen. Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk veel gebruik gemaakt. In het bestuursrecht, meer specifiek het financieel-bestuurlijke handhavingsrecht, is het echter niet mogelijk om een voorwaardelijke bestuurlijke boete op te leggen. Ten tweede bestaat in het bestuursrecht niet de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen in combinatie met een vervangende hechtenis. Zou het – in het licht van het Nader rapport bestuurlijke sanctiestelsels – aanbevelingswaardig zijn om de mogelijkheid tot de oplegging van een voorwaardelijke bestuurlijke boete enerzijds en de oplegging van een bestuurlijke boete in combinatie met een vervangende hechtenis nader te verkennen? Deze verkenning is relevant, omdat tot op heden geen 'stok achter de deur bestaat' ten aanzien van de bestuurlijke boete. Deze stok achter de deur is alom geaccepteerd in het strafrecht, maar wordt nauwelijks geopperd in het financieel-bestuurlijk handhavingsrecht. Bestaan er redenen om (één van) deze modaliteiten in het financieel-bestuurlijk handhavingsrecht te introduceren?

In deze bijdrage wordt ten eerste in hoofdlijnen aandacht besteed aan de sanctiemodaliteit van de voorwaardelijke bestuurlijke boete (paragraaf 2). Ten tweede wordt onderzocht in hoeverre het mogelijk is een bestuurlijke boete op te leggen in combinatie met een vervangende hechtenis als 'stok achter de deur' (paragraaf 3). Ten derde zal de strekking van art. 113 Grondwet worden gepresenteerd (paragraaf 4). Ten vierde wordt een interessante ontwikkeling in het verband van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering gezien, namelijk een eventuele mogelijkheid om strafbeschikkingen in voorwaardelijke vorm te kunnen uitvaardigen (paragraaf 5). Tot slot wordt de balans opgemaakt (paragraaf 6).

1. Benny van der Vorm is als universitair docent straf(proces)recht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht.

2. Nader rapport bestuurlijke boetestelsels, *Strct.* 2018, 31269.

3. A.R. Mein & B. van der Vorm, 'Het Nader rapport bestuurlijke boetestelsels: een stap terug in duidelijkheid?', *Justitiële Verkenningen* 2018, p. 37-48.

4. A.G. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2015. Zie ook R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 678.

2. De sanctiemodaliteit van de voorwaardelijke bestuurlijke boete

2.1. De betekenis van artikel 14a Sr voor de geldboete

De voorwaardelijke veroordeling is in Nederland ingevoerd in 1915.⁵ Art. 14a Sr maakt het mogelijk om voorwaardelijke straffen op te leggen. De voorwaardelijke veroordeling dient te worden beschouwd als een middel om ten aanzien van de veroordeelde bepaald gedrag af te dwingen in het belang van diens reclassering. In de kern dient de voorwaardelijke straf te worden beschouwd als een 'stok achter de deur'. Uit art. 14a lid 1 Sr, blijkt dat in het geval van een veroordeling tot gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren, tot hechtenis – vervangende hechtenis daaronder niet begrepen – tot taakstraf of tot geldboete, de rechter kan bepalen dat de straf of een gedeelte daarvan niet zal worden ten uitvoer gelegd. Indien de rechter bepaalt dat een geldboete al dan niet geheel voorwaardelijk wordt opgelegd, dient een proeftijd te worden vastgesteld op grond van art. 14b lid 1 Sr en dient de veroordeelde zich te houden aan de algemene voorwaarden van art. 14c lid 1 Sr en eventueel gestelde bijzondere voorwaarden. De oplegging van een voorwaardelijke geldboete in combinatie met bijzondere voorwaarden is geenszins ondenkbeeldig, zo blijkt ook uit de volgende strafmotivering van de rechtbank Midden-Nederland:

*'Alles overwegend is de rechtbank van oordeel dat een geheel voorwaardelijke geldboete van € 5.000,- passend en noodzakelijk is. De rechtbank ziet geen ruimte voor een andere of lichtere sanctie. Wel ziet de rechtbank aanleiding om deze boete geheel voorwaardelijk op te leggen. Met deze voorwaardelijke straf wordt beoogd verdachte ervan te weerhouden opnieuw strafbare feiten te plegen. Deze voorwaardelijke straf maakt tevens een verplichte begeleiding door de reclassering, poliklinische behandeling bij een reguliere GGZ-instelling en de verplichting om het eerstkomende jaar niet zonder begeleiding een winkel te betreden, mogelijk.'*⁶

De bijzondere voorwaarden die kunnen worden gesteld aan de voorwaardelijk opgelegde geldboete kunnen van financiële aard zijn. Zo kan worden gewezen op het bepaalde in art. 14c lid 2, onderdeel 1 Sr: de gehele of gedeeltelijke vergoeding van de door het strafbare feit veroorzaakte schade. Een ander voorbeeld is de bijzondere voorwaarde die is neergelegd in art. 14c lid 2, onderdeel 3 Sr: de storting van een door de rechter vast te stellen waarborgsom, ten hoogste gelijk aan het verschil tussen het maximum van de geldboete die voor het feit kan worden opgelegd en de opgelegde boete. Indien de

veroordeelde binnen de gestelde proeftijd voldoet aan deze voorwaarden, wordt de voorwaardelijke geldboete niet ten uitvoer gelegd. Op deze wijze kan normconform handelen van de veroordeelde worden bewerkstelligd.

De bestuursrechtelijke tegenhanger van de geldboete is de bestuurlijke boete. Bestaan er mogelijkheden in het bestuursrecht om een voorwaardelijke bestuurlijke op te leggen om – in navolging van de voorwaardelijke geldboete – normconform handelen van de overtreder te kunnen bewerkstelligen? Om deze vraag te kunnen beantwoorden dient aandacht te worden aan het bepaalde in art. 5:40 Awb.

2.2. De strekking van artikel 5:40 Awb

Met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Awb in 2009 zijn algemene regels neergelegd over de bestuurlijke boete. De bestuurlijke boete is ontegenzeggelijk te beschouwen als een punitieve sanctie. Blijkens art. 5:2 lid 1, onderdeel c Awb, is een sanctie bestraffend, indien deze sanctie beoogt om de overtreder leed toe te voegen. Uit art. 5:40 lid 1 Awb, volgt dat de bestuurlijke boete een bestraffende sanctie is, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot de betaling van een geldsom. Uit deze bepaling blijkt dat de bestuurlijke boete slechts in onvoorwaardelijke zin mogelijk is. In de memorie van toelichting bij de Vierde Tranche van de Awb wordt aandacht aan deze kwestie. Volgens de wetgever bestaat er in de praktijk geen behoefte aan een voorwaardelijke bestuurlijke boete, omdat tevens de bestuurlijke herstelsanctie van de last onder dwangsom bestaat.

*'Een bestuurlijke boete is voorts een sanctie met een punitief karakter; daarin onderscheidt zij zich van de bestuurlijke dwangsom. Een dwangsom strekt tot het voorkomen, beëindigen of ongedaan maken van een onrechtmatige situatie. Dit komt tot uiting in het feit dat een dwangsom slechts kan worden opgelegd in combinatie met een last om iets te doen of na te laten. Bij een bestuurlijke boete is van zo'n last geen sprake. De boete maakt de overtreding ook niet ongedaan – hoogstens indirect, door het afromen van door de overtreding verkregen economisch voordeel – en is slechts indirect, door haar afschrikkende werking, gericht op het voorkomen van verdere overtredingen.'*⁷

Volgens de wetgever komt een voorwaardelijke bestuurlijke boete op hetzelfde neer als een last onder dwangsom. De vergelijking tussen de last onder dwangsom en de voorwaardelijke boete gaat echter mank, omdat de last onder dwangsom – naar geldend recht – moet worden aangemerkt als een herstelsanctie, terwijl de bestuurlijke boete een bestraffend karakter heeft.⁸ Het gevolg van

5. Wet van 12 juni 1915, *Stb.*1915, 247.

6. Rb. Midden-Nederland 17 mei 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1829.

7. *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 133.

8. B. van der Vorm, 'Misvattingen over de last onder dwangsom', *Tijdschrift voor Sanctierecht en Ondernemingsrecht*.

het onderscheid tussen de herstelsanctie en de bestraffende sanctie is erin gelegen dat ten aanzien van de oplegging van een last onder dwangsom minder rechtsbescherming wordt geboden dan wanneer een bestraffende sanctie wordt opgelegd. In dit verband kan worden gewezen op het geven van de cautie met betrekking tot de oplegging van een bestuurlijke boete.⁹ De cautieplicht geldt niet voor de oplegging van herstelsancties. Het feit dat de last onder dwangsom en de voorwaardelijke bestuurlijke boete praktisch gezien veel raakvlakken hebben, is naar mijn mening minder relevant.¹⁰

2.3. Een pleidooi voor de voorwaardelijke bestuurlijke boete?

Thans is de discussie over het al dan niet punitieve karakter van de last onder dwangsom opgelaaid.¹¹ Er wordt echter niet van gedachten gewisseld over de mogelijkheid om de bestuurlijke boete in voorwaardelijke vorm te kunnen opleggen. Hoewel in het Nader rapport bestuurlijke boetestelsels wordt gepleit voor harmonisatie tussen de boetehoogtes en ook oog is – zij het in minder mate – voor de rechtsbescherming wordt geen aandacht besteed aan een verkenning van de mogelijkheid van een ‘stok achter de deur’ ten aanzien van de oplegging van een voorwaardelijke bestuurlijke boete. Kraaijeveld en Mol hebben er voor gepleit om de voorwaardelijke geldboete te introduceren in het bestuurs(proces)recht. Op deze wijze kan naar hun mening een sanctiemodaliteit worden ontwikkeld waarmee efficiënt en effectief aan gedragsbeïnvloeding kan worden gedaan door financieel-economische toezichthouders en andere bestuursorganen.¹²

Vanuit criminologisch perspectief is de voorwaardelijke bestuurlijke boete naar mijn mening het overdenken waard. Uit onderzoek is gebleken dat vanuit sancties nauwelijks een afschrikwekkende werking uitgaat op het gedrag van bedrijven. Indien toezichthouders het gedrag van ondernemingen effectief willen beïnvloeden moeten ze niet uitsluitend een dreigende, maar ook een morele boodschap laten uitgaan, waarbij expliciet moet worden beargumenteerd wat het afkeurende gedrag is dat wordt bestraft.¹³ Deze uitkomst is inte-

ressant, indien een vergelijking wordt gemaakt met het pleidooi van Kraaijeveld en Mol. Om in het financieel-economische recht normconform gedrag te bewerkstelligen dient naast de dreiging van een straf – zijnde de betaling van een bestuurlijke boete – eveneens een moraal signaal te worden gegeven. Dit morele signaal kan worden afgegeven middels de oplegging van een bestuurlijke boete met bijzondere voorwaarden. Inspiratie kan worden geput uit de bestaande bijzondere voorwaarden, die zijn neergelegd in art. 14 lid 2 Sr. Zo is het mogelijk om een voorwaardelijke geldboete op te leggen in combinatie met de bijzondere voorwaarde, inhoudende het gedrag van de veroordeelde (art. 14c lid 2 sub 14 Sr). In dit verband kan worden gedacht aan moreel-educatieve bijzondere voorwaarden.¹⁴ Om normconform gedrag te bereiken – van ondernemingen – zou de oplegging van een voorwaardelijke bestuurlijke boete met de bijzondere voorwaarden van deelneming aan een educatieve voorwaarde een mogelijkheid kunnen zijn om effectiever en efficiënter gedragsbeïnvloeding te bereiken dan thans via de oplegging van een onvoorwaardelijke bestuurlijke boete mogelijk is. In dat opzicht kan de ontwikkeling van een voorwaardelijke bestuurlijke boete een welkome aanvulling zijn op het bestaande bestuurlijke sanctiearsenaal.

3. De bestuurlijke boete en de vervangende hechtenis

3.1. De betekenis van artikel 24c Sr voor de geldboete

Uit de voorgaande paragraaf is gebleken dat het mogelijk is om een geldboete al dan niet voorwaardelijk op te leggen. Art. 14a Sr geeft niet de mogelijkheid om een voorwaardelijke geldboete op te leggen in combinatie met een vervangende hechtenis. Bij de uitspraak waarbij geldboete wordt opgelegd aan de natuurlijke persoon, beveelt de rechter voor het geval dat noch volledige betaling noch volledig verhaal van het verschuldigde bedrag volgt, dat vervangende hechtenis zal worden toegepast, zo volgt uit art. 24c lid 1 Sr. De vervangende hechtenis dient – net zoals de oplegging van een voorwaardelijke geldboete – te worden aangemerkt als een ‘stok achter de deur’.¹⁵ Met de dreiging met een vervangende hechtenis wordt beoogd dat de veroordeelde de geldboete betaalt. Het is verleidelijk om de vervangende hechtenis aan te merken als een soort straf.

pirische studie naar afschrikking, generale preventie en regelnaleving in de Nederlandse afvalbranche (diss. Rotterdam), Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2012. Hier moet wel de kanttekening worden geplaatst dat dit morele signaal ook in de motivering van de (vaste) boete kunnen worden gegeven.

14. Vgl. Van Wingerde 2012, p. 190.

15. Deze bepaling is niet van toepassing op de strafbeschikking. In dergelijke gevallen is de ‘stok achter de deur’ de mogelijkheid tot gijzeling (art. 578b Sv).

ming 2019, p. 22.

9. ABRvS 23 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:195, JIN 2019/113, m.nt. H.J.B. Sackers.

10. Vgl. R.P.A. Kraaijeveld & M.A.W. Mol, ‘De voorwaardelijke bestuurlijke boete’, *Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance* 2014, p. 61.

11. B. van der Vorm, ‘Misvattingen over de last onder dwangsom’, *Tijdschrift voor Sanctierecht en Onderneming* 2019, p. 14-25; T.N. Sanders, ‘Reparatoir met een licht punitieve geur: de last onder dwangsom en invordering’, in: T. Barkhuijsen, W. den Ouden, A.T. Marseille, J.A.F. Peters & R.J.N. Schlössels (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 643-653.

12. Kraaijeveld & Mol 2014, p. 62.

13. C.G. van Wingerde, *De afschrikking voorbij. Een em-*

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad kan echter niet zonneklaar worden afgeleid dat de 'gewone' vervangende hechtenis kan worden beschouwd als een straf. In de zaak die leidde tot HR 1 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1396, NJ 1999/301, m.nt. T.M. Schalken, lijkt de Hoge Raad impliciet te overwegen dat de 'gewone' vervangende hechtenis geen straf is in de zin van art. 359 lid 7 Sv. In zijn annotatie onder dit arrest van de Hoge Raad is Schalken minder stellig:

*'Uit het arrest zou nochtans kunnen worden opgemaakt dat de Hoge Raad impliciet de vervangende hechtenis van 24c Sr — in het licht van de motiveringsplicht van art. 359 lid 7 Sv — inderdaad als straf ziet, zij het niet van zo'n bezwaarend karakter dat de oplegging daarvan, indien hoger dan de eis van het OM, gemotiveerd zou moeten worden. Als de Hoge Raad toekomt aan de vraag of er van een 'zwaardere' straf sprake is, dan gaat hij goedkeurend voorbij aan de eerste vraag of er überhaupt van een 'straf' kan worden gesproken. Maar of de Hoge Raad dat buiten de context van de motiveringsplicht ook zo ziet?'*¹⁶

Deze discussie is belangrijk in het verband van de onderhavige thematiek. Indien de vervangende hechtenis moet worden aangemerkt als een dwangmiddel en niet als een straf, zou een dergelijk dwangmiddel dan eveneens door een bestuursorgaan kunnen worden opgelegd? Zou het bestuursorgaan een onvoorwaardelijke bestuurlijke boete mogen opleggen met een vervangende hechtenis als 'stok achter de deur'?

Zoals eerder is aangegeven wordt door een onvoorwaardelijke geldboete met een vervangende hechtenis beoogd om te bereiken dat de veroordeelde zijn betalingsverplichting naleeft. In het bestuursrecht bestaat deze mogelijkheid niet. Het is niet mogelijk dat een onvoorwaardelijke bestuurlijke boete wordt opgelegd met een vervangende hechtenis. Nu de bestuurlijke boete ook niet in voorwaardelijke vorm kan worden opgelegd, ontbreekt elke vorm van een 'stok achter de deur'. Zou het derhalve niet wenselijk zijn om een mogelijkheid te ontwikkelen om de onvoorwaardelijke bestuurlijke boete te kunnen opleggen met een vervangende hechtenis als 'stok achter de deur'?

3.2. Een pleidooi voor de oplegging van bestuurlijke boete met een vervangende hechtenis?

Om de in de vorige subparagraaf opgeworpen vraag te kunnen beantwoorden kan een vergelijking met de inning van de administratieve geldboete in de zin van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (hierna: WAhv) worden

gemaakt, hoewel direct moet worden gewezen op de bijzonderheden die ten grondslag liggen aan de WAhv en die niet in dezelfde zin ten grondslag liggen aan de (opmars) van de bestuurlijke boete. WAhv wordt in dit verband daarom ook niet gebruikt als 'bouwsteen', maar vooral ter illustratie. Voordat een officier van justitie over kan gaan tot gijzeling moet de officier van justitie proberen om op grond van art. 25, 26 of 27 WAHV verhaal te nemen: eerst beslag, dan invordering rijbewijs of, indien aanwezig, een voertuig buiten gebruik stellen. Indien geen volledige betaling heeft plaatsgevonden naar aanleiding van de innings- en incassomogelijkheden die zijn genoemd in de WAhv moet worden afgewogen of toepassing moet worden gegeven aan het dwangmiddel gijzeling. Op grond van art. 28 lid 1 WAhv, kan de officier van justitie een vordering instellen om te worden gemachtigd om per gedraging waarvoor een administratieve sanctie is opgelegd het dwangmiddel gijzeling toe te passen van degene aan wie de administratieve sanctie is opgelegd, voor ten hoogste één week. Hoewel de gijzeling nog steeds wordt toegepast, staan het Openbaar Ministerie en de rechter wel terughoudender tegenover dit dwangmiddel.¹⁷ In 2014 werd dit dwangmiddel ongeveer 11.000 keer toegepast. In 2016 is de toepassing ervan aanzienlijk gedaald naar een aantal van 2.500.¹⁸

Ten aanzien van de inning van administratieve geldboetes in de zin van de WAhv heeft de wetgever het belangrijk gevonden om de mogelijkheid te creëren gijzeling toe te passen om te bereiken dat er een prikkel uitgaat naar de overtreder om de administratieve boete te betalen. Een administratieve geldboete op grond van de WAhv kan naar mijn mening bezwaarlijk anders worden aangemerkt dan een bestuurlijke boete. Waarom bestaat wel de mogelijkheid van gijzeling ten aanzien van de niet-betaling van administratieve geldboetes, terwijl een dergelijke mogelijkheid niet bestaat voor de oplegging van bestuurlijke boetes? Het is immers algemeen bekend dat bestuurlijke boetes vele malen hoger kunnen zijn dan administratieve geldboetes.¹⁹

Het voorgaande laat zien dat het in het verband van de WAHV mogelijk is om het dwangmiddel gijzeling op te leggen. Betekent dit nu dat een systeem ontwikkeld moet worden waarbij het mogelijk zou moeten zijn dat bijvoorbeeld de Autoriteit Financiële Markten een bestuurlijke boete kan opleggen aan de overtreder in combinatie met een vervangende hechtenis? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Zo is de lijfdwang in de zin art. 24d (oud) Sr door de Hoge Raad aangemerkt als een straf in de

16. Zie de tweede opmerking in de annotatie van T.M. Schalken onder HR 1 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1396, NJ 1999/301.

17. F. van Tulder & S. Sicking, 'Buiten de rechter om?', JV 2018, p. 12.

18. Van Tulder & Sicking 2018, p. 12.

19. Een zelfde redenering kan ook worden toegepast ten aanzien van de strafrechtelijke geldboete, die in veel gevallen ook lager uitvalt dan bepaalde bestuurlijke boetes.

zin van art. 359 lid 7 Sv.²⁰ De lijfswang van art. 577c Sv is door de Hoge Raad aangemerkt als een 'penalty' in de zin van art. 7 lid 1 EVRM.²¹ Op grond van de stand van zaken in de jurisprudentie zijn er goede redenen om aan te nemen dat de vervangende hechtenis van art. 24c Sr moet worden aangemerkt als een straf. De vraag is evenwel in hoeverre het vanuit een juridisch perspectief denkbaar is dat het bestuursorgaan een bestuurlijke boete met een vervangende hechtenis oplegt. In hoeverre is het bijvoorbeeld mogelijk dat de Autoriteit Financiële Markten een bestuurlijke boete oplegt aan de overtreder met een vervangende hechtenis? Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van het bepaalde van art. 113 Grondwet.

4. De strekking van artikel 113 Grondwet

Art. 113 Grondwet speelt een belangrijke rol in de discussie ten aanzien van de oplegging van de bestuurlijke boete. Deze grondwettelijke bepaling luidt als volgt:

1. Aan de rechterlijke macht is voorts opgedragen de berechting van strafbare feiten.
2. Tuchtrechtspraak door de overheid ingesteld wordt bij de wet geregeld.
3. Een straf van vrijheidsontneming kan uitsluitend door de rechterlijke macht worden opgelegd.
4. Voor berechting buiten Nederland en voor het oorlogsstrafrecht kan de wet afwijkende regels stellen.

Mevis staat een materiële betekenis van de term 'berechting' voor. Hiermee wordt bedoeld dat de berechting van strafbare feiten is opgedragen aan en is voorbehouden aan de rechterlijke macht.²² Bestuurlijke boetes – als bestraffende sancties – zouden in die uitleg uitsluitend kunnen worden opgelegd door de rechter. De wetgever staat echter een andere uitleg voor, hetgeen betekent dat aan de strafrechter de berechting van die strafbare feiten is voorbehouden, die de wetgever naar zijn eigen, formele, definitie en indeling als strafrecht heeft willen aanwijzen.²³ Het gevolg hiervan is de ontwikkeling van het bestuursstrafrecht: bestuurlijke boetes kunnen worden opgelegd door een niet-rechterlijke instantie, hetgeen volgens Rogier strijd oplevert met art. 113 Grondwet.²⁴ Deze visie van Rogier

wordt echter niet gedeeld door de Afdeling advisering van de Raad van State en (het toenmalige) kabinet:

*'In het voetspoor van de Raad van State is daarbij aangegeven dat de oplegging van bestraffende sancties door bestuursorganen geen 'berechting' in de zin van deze grondwetsbepaling is.'*²⁵

Door de opkomst van het bestuursstrafrecht is art. 113 Grondwet nog van relatief beperkte betekenis. De vraag is opgeworpen of art. 113 Grondwet helemaal geen grenzen stelt (aan het bestuursstrafrecht).²⁶ Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Uit het derde lid van art. 113 Grondwet blijkt namelijk dat een straf van vrijheidsontneming uitsluitend door de rechterlijke macht kan worden opgelegd. Het gevolg van deze bepaling is, dat als de wetgever wil voorzien in een straf inhoudende vrijheidsontneming, de oplegging van deze vrijheidsstraf moet worden belegd bij de rechterlijke macht. Ten aanzien van art. 113 lid 3 Grondwet dienen verschillende aspecten te worden besproken. Ten eerste dient te worden opgemerkt dat deze bepaling is gericht op de oplegging van vrijheidsstraffen. In hun commentaar op deze bepaling spreken Uzman en Boogaard ten onrechte van 'sanctie'.²⁷ Het is namelijk mogelijk dat buiten de rechter om een vrijheidsontnemende herstelsanctie wordt opgelegd door het bestuur. Het bestuurlijk ophouden is hiervan een voorbeeld. In art. 113 lid 3 Grondwet, mag het begrip 'straf' niet worden vereenzelvigd met het begrip 'sanctie'.

Ten tweede dient te worden opgemerkt dat deze bepaling nauw verbonden is met art. 5 EVRM. Er moet in dit verband een onderscheid worden gemaakt tussen vrijheidsontnemende en vrijheidsbeperkende straffen. Vrijheidsontnemende straffen worden gereguleerd door art. 5 EVRM, terwijl vrijheidsbeperkende straffen worden gereguleerd door art. 2 Vierde Protocol bij het EVRM. De laatstgenoemde bepaling laat meer beperkingen toe dan art. 5 EVRM en stelt bovendien minder strenge eisen aan de rechterlijke betrokkenheid.²⁸ Dit betekent dat vrijheidsbeperkende straffen ook kunnen worden opgelegd door de niet-rechterlijke macht, zoals bestuursorganen.²⁹ Als uitgangspunt kan worden op-

20. HR 1 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZD1396, NJ 1999/301, m.nt. T.M. Schalken.

21. HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9449, NJ 2012/237, m.nt. P.A.M. Mevis.

22. P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 29.

23. Mevis 1998, p. 31.

24. L.J.J. Rogier, 'Bestraffende sancties in de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 519. Zie ook: L.J.J. Rogier, *Straffend bestuursrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 9-12. Anders: L.F.M. Bessink,

'Constitutionele aspecten van de discussie over modernisering van de strafvordering', in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis, E. Prakken & J.M. Reijntjes (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Boom Juridische uitgevers 2003, p. 49.

25. *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, 5, p. 2.

26. Mevis 1998, p. 32.

27. J. Uzman & G. Boogaard, 'Commentaar op artikel 113 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2017.

28. J.H. Gerards, 'Commentaar bij artikel 2 Vierde Protocol EVRM', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel 1: Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu 2013, p. 1400-1423.

29. De taakstraf – een vrijheidsbeperkende straf – kan

gemerkt dat als daadwerkelijk sprake is van opsluiting, de vrijheidsontneming hiermee is gegeven. Is geen sprake van opsluiting, maar van een (vergaande) beperking in de vrijheid van het individu naar tijd en/of plaats dan zal het niet altijd eenvoudig te bepalen zijn of in een bepaald geval sprake is van vrijheidsbeneming of -beperking.³⁰ Ten aanzien van het verschil tussen vrijheidsontnemende en -beperkende straffen wordt door het EHRM een gradueel onderscheid gemaakt. Het lijkt vooral de ingrijpendheid van de straf op het leven van de betrokkene te zijn waar naar moet worden gekeken. Om te beoordelen in hoeverre een straf als vrijheidsontnemend of -beperkend dient te worden aangemerkt, toetst het EHRM aan verschillende gezichtspunten, zoals de duur van de straf, de effecten ervan en de wijze waarop de straf tenuitvoer wordt gelegd.³¹ De mate van toezicht en de mogelijkheid van het onderhouden van normale sociale contacten zijn hierbij ook van belang.³²

Ten derde kan worden opgemerkt dat art. 113 lid 3 Grondwet, niet vereist dat de vrijheidsontnemende straf wordt opgelegd door de strafrechter. Deze straf kan in theorie ook worden opgelegd door bijvoorbeeld de bestuursrechter. De bestuursrechters in de rechtbanken en de belastingrechters behoren immers tot de in art. 113 lid 3 Grondwet, bedoelde 'rechterlijke macht'. Het EVRM verzet zich hier ook niet tegen. Uit art. 5 lid 1 sub a EVRM, blijkt namelijk dat niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen, behalve als hij op rechtmatige wijze is gedetineerd na veroordeling door een daartoe bevoegde rechter. Deze bevoegde rechter kan een bestuursrechter zijn. De wetgever heeft van deze theoretische mogelijkheid echter geen gebruik gemaakt. Het is niet mogelijk dat een dergelijke straf wordt opgelegd door een bestuursorgaan, waarna beroep bij de rechter mogelijk is, zoals gebruikelijk is in het bestuurlijke sanctierecht.

5. Ontwikkelingen in de modernisering van het Wetboek van Strafvordering: de voorwaardelijke strafbeschikking?

Uit de voorgaande paragrafen is gebleken dat de mogelijkheid tot het opleggen van een voorwaardelijke geldboete of de oplegging van een geldboete met een vervangende hechtenis in het strafrecht onomstreden zijn. De mogelijkheid bestaat dat een voorwaardelijke geldboete wordt opgelegd door de strafrechter. Het is echter ook de officier van justitie die middels de strafbeschikking een geldboete kan opleggen. Zo blijkt uit art. 257a lid 1, in samenhang met lid 2 sub a Sv, dat de officier van justitie, indien hij vaststelt dat een overtreding is begaan dan wel een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf is gesteld van niet meer dan zes jaar, een strafbeschikking kan uitvaardigen, zijnde een geldboete. In een oude versie van de Aanwijzing OM-strafbeschikking stond dat voorwaardelijke sancties in het verband van de strafbeschikking niet mogelijk waren.³³ In de thans geldende Aanwijzing OM-strafbeschikking, geldend per 1 januari 2019, wordt hier met geen woord meer over gerept.³⁴ De minister van Veiligheid en Justitie staat niet onwelwillend tegenover de voorwaardelijke strafbeschikking:

*'In het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering wordt nader onderzoek gedaan naar de mogelijkheid van een voorwaardelijke strafrechtelijke sanctiemodaliteit van de strafbeschikking en naar de mogelijkheid van verbeurdverklaring met een OM-strafbeschikking bij daadwerkelijk inbeslaggenomen voorwerpen. In verband met de regeling van de buitengerechtelijke afdoening in Boek 3 van het nieuwe wetboek zal voorts worden bezien of in dat wetstraject nog andere wijzigingen nodig zijn ter bevordering van de doelmatigheid naar aanleiding van de evaluatie van de Wet OM-afdoening, de rapporten van de procureur-generaal bij de Hoge Raad en het Kwaliteitsprogramma Strafvordering OM 2020.'*³⁵

Nu in het verband van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering onderzoek wordt gedaan naar de introductie van de voorwaardelijke strafbeschikking, zou eveneens de mogelijkheid kunnen worden onderzocht naar de ontwikkeling van een voorwaardelijke bestuurlijke boete. Dit is zeker aanbevelingswaardig, indien het wellicht mogelijk wordt om een voorwaardelijke bestuurlijke strafbeschikking, inhoudende een geldboete, uit te kunnen vaardigen. Grote verschillen in rechtswaARBorgen tussen de bestuurlijke strafbe-

worden opgelegd door de officier van justitie – zijnde een bestuursorgaan – in het verband van de strafbeschikking. Zie art. 257a lid 2 sub a Sv. Bestuursorganen leggen in de overige gevallen echter geen vrijheidsbeperkende straffen, maar vrijheidsbeperkende maatregelen op, zoals een bestuursrechtelijk gebiedsverbod. Zie hierover: B. van der Vorm, 'Strafrechtelijke gebiedsverboden ter handhaving van de openbare orde', *DD* 2017, p. 344-360.

30. P. Jacobs, 'Commentaar op artikel 15 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2017.

31. EHRM 6 november 1980, appl.nr. 7367/76 (*Guzzardi t. Italië*).

32. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 458.

33. Aanwijzing OM-strafbeschikking, *Stcrt.* 25 juli 2017, nr. 42314, p. 2.

34. Aanwijzing OM-strafbeschikking, *Stcrt.* 12 december 2018, nr. 67767.

35. *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, 478, p. 9.

schikking en de bestuurlijke boete ontbreken.³⁶ De analyse heeft laten zien dat er geen (principiële) juridische bezwaren lijken te bestaan tegen de introductie van een voorwaardelijke bestuurlijke boete. Als de mogelijkheid wordt geschapen om een voorwaardelijke (bestuurlijke) strafbeschikking uit te kunnen vaardigen moet de modaliteit van de voorwaardelijke bestuurlijke boete mijns inziens serieus worden genomen. Op deze wijze wordt gelijke pas gehouden met belangrijke ontwikkelingen in het verband van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering.

Een discussie over de ontwikkeling van een voorwaardelijke bestuurlijke boete kan derhalve goed worden gekoppeld aan actuele kwesties in het verband van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Geldt dit ook voor de vervangende hechtenis? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend en daar komt bij dat de mogelijkheid om een bestuurlijke boete op te leggen in combinatie met een vervangende hechtenis veel gecompliceerder ligt dan een voorwaardelijke bestuurlijke boete. Met betrekking tot deze kwestie speelt, zoals is gebleken, het bepaalde in art. 113 Grondwet een belangrijke rol. Het bestuursorgaan dat bevoegd is om een bestuurlijke boete op te leggen is – wegens art. 113 Grondwet – niet bevoegd om dit te doen vergezellen van een vervangende hechtenis. De vervangende hechtenis moet namelijk worden aangemerkt als een vrijheidsbenemende straf, die derhalve uitsluitend door een rechter kan worden opgelegd. In theorie zou dit een bestuursrechter kunnen zijn, maar het is de vraag in hoeverre een dergelijk systeem efficiënt zou zijn. Een bestuurlijke boete zou dan worden opgelegd door het bestuursorgaan, maar de vervangende hechtenis door de bestuursrechter. Toegepast op het financiële bestuurlijke handhavingsrecht: de Autoriteit Financiële Markt legt aan de overtreder een bestuurlijke boete op van € 750.000,00 wegens overtreding van het bepaalde in art. 4:19 lid 2 Wet financieel toezicht (jo. art. 1:80 lid 1 Wet financieel toezicht).³⁷ De Autoriteit Financiële Markten wil bereiken dat de overtreder het bedrag betaalt en ziet de bestuurlijke boete graag gepaard gaan met een vervangende hechtenis.³⁸ Deze vervangende hechtenis zou dan moeten worden opgelegd door het College van beroep voor het bedrijfsleven. Afgezien van het feit dat dit bestuursrechtelijke college helemaal niet is toegerust om dergelijke sancties op te leggen – ook al levert het geen strijd op met art. 113 Grondwet – ligt de sanctieoplegging dan in twee verschillende handen, hetgeen de doelmatigheid niet bevordert.

Vanuit een juridisch perspectief is het echter niet onmogelijk om een bestuurlijke boete op te leggen in combinatie met een vervangende hechtenis.

6. Tot slot

Het bestuurlijke sanctierecht is sterk in ontwikkeling en het gevolg hiervan is dat de afstemming tussen bestuurlijke en strafrechtelijke sanctionering steeds meer aan belang wint. In dit verband is het Nader rapport bestuurlijke boetestelsels verschenen, waarin aandacht wordt besteed aan de harmonisatie van de boetehoogtes, de keuze tussen het bestuursrecht en het strafrecht en de onderlinge afstemming tussen de boetehoogtes. In dit nadere rapport wordt echter op geen enkele wijze gereflecteerd op de bestuurlijke boete en de ‘stok achter de deur’. In het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering wordt thans onderzocht in hoeverre het wenselijk is om de strafbeschikking eveneens in voorwaardelijke vorm te kunnen opleggen. Deze ontwikkeling maakt het relevant om de modaliteit van de voorwaardelijke bestuurlijke boete nader te doordenken.

In het strafrecht is de oplegging van een voorwaardelijke geldboete of een onvoorwaardelijke geldboete in combinatie met een vervangende hechtenis allerminst vreemd. In het bestuursrecht zijn beide vormen van sanctieoplegging niet mogelijk. Ten eerste kan het bestuursorgaan geen voorwaardelijke bestuurlijke boete opleggen en ten tweede is het niet mogelijk om een bestuurlijke boete op te leggen met een vervangende hechtenis. In deze bijdrage is onderzocht in hoeverre nadere aandacht zou moeten worden besteed aan deze thans niet bestaande modaliteiten van bestuurlijke boeteoplegging.

Criminologisch onderzoek heeft uitgewezen dat ten aanzien van de oplegging van sancties weinig effectiviteit in de zin van afschrikking en regnaleving moet worden verwacht, indien dergelijke sancties niet gepaard gaan met een morele-educatieve boodschap. Om de effectiviteit en efficiëntie van bestuurlijke boete te kunnen verhogen – in de zin van gedragsbeïnvloeding – zou het aanbevelingswaardig zijn – mede in het licht van ontwikkelingen in het verband van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering – om nader onderzoek te doen naar de mogelijkheid voor bestuursorganen om de bestuurlijke boete in voorwaardelijke vorm te kunnen opleggen, zodat bijzondere voorwaarden gesteld kunnen worden om het gedrag van de overtreder te kunnen beïnvloeden. In het strafrecht is deze gedachte heel gebruikelijk; het bestuursrecht loopt hier naar mijn mening ten onrechte achter op het strafrecht. Vanuit een juridisch perspectief zijn er geen (principiële) bezwaren tegen een voorwaardelijke bestuurlijke boete.

Zou het eveneens mogelijk moeten zijn om een onvoorwaardelijke bestuurlijke boete op te kunnen leggen in combinatie met een vervangende hechtenis? Deze modaliteit is juridisch niet onmogelijk, het gaat mijn mening een stap te ver. Alles overziend, zijn er goede redenen om aan te nemen dat de

36. P.C. Verloop & M.A.J. West, ‘Bestuurlijke boete of bestuurlijke strafbeschikking?’, *TBS&H* 2016, p. 80. Vgl. A.R. Hartmann, ‘De bestuurlijke strafbeschikking: panacee voor de gemeentelijke handhaving?’, *Proces* 2010, p. 64-75.

37. Dit voorbeeld is gebaseerd op CBb 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177, AB 2019/297, m.nt. R. Stijnen.

38. In plaats van de openbaarmaking van het boetebe-sluit.

vervangende hechtenis (als bedoeld in art. 24c Sr) moet worden aangemerkt als een vervangende vrijheidsstraf. Op grond van art. 113 lid 3 Grondwet kan een straf van vrijheidsontneming uitsluitend door de rechterlijke macht worden opgelegd. Het begrip 'rechterlijke macht' dient hier in enge zin te worden opgevat, in de zin van gerechten die behoren tot de rechterlijke macht. Het Openbaar Ministerie valt daar niet onder en daarom kan het Openbaar Ministerie bij strafbeschikking geen gevangenisstraf of vervangende hechtenis opleggen. In deze zin is het dan niet voorstelbaar dat het bestuursorgaan als zodanig een bestuurlijke boete kan opleggen in combinatie met een vervangende hechtenis. De vervangende hechtenis zou dan moeten worden opgelegd door de (bestuurs)rechter, terwijl de bestuurlijke boeteoplegging in handen zou zijn van het bestuursorgaan. Een dergelijk systeem is juridisch mogelijk, maar onwenselijk en ondoelmatig.