

# Onbegrensd strafrecht

*Liber amicorum* HANS DE DOELDER

# **Onbegrensd strafrecht**

Liber amicorum Hans de Doelder

Onder redactie van:

Edwin Bleichrodt

Arthur Hartmann

Paul Mevis

Lodewijk Rogier

Barbara Salverda



## **Onbegrensd strafrecht**

Liber amicorum Hans de Doelder

Onder redactie van Edwin Bleichrodt, Arthur Hartmann, Paul Mevis,  
Lodewijk Rogier en Barbara Salverda

ISBN: 978-94-6240-064-1

Uitgever:

Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 313

5060 AH Oisterwijk

E-Mail: [info@wolfpublishers.nl](mailto:info@wolfpublishers.nl)

[www.wolfpublishers.com](http://www.wolfpublishers.com)

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, door fotokopieën, opnamen of op enig andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de auteur(s) en de uitgever. Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

© De auteurs 2013

# Inhoudsopgave

<b>Het bestuur dankt Hans de Doelder</b> <i>Suzan Stoter en Fabian Antenbrink</i>	1
<b>STRAFRECHT OVER DE GRENS</b>	
<b>Het nieuwe strafrechtelijk sanctiestelsel van Curaçao</b> <i>Edwin Bleichrodt</i>	13
<b>Strafrechtelijke handhaving van meisjesbesnijdenis in rechtsvergelijkend perspectief</b> <i>Renée Kool</i>	23
<b>Rechtshulp in het Koninkrijk</b> <i>Ad Machielse</i>	37
<b>Jeugdigen en vrijheidsbeneming in de West</b> <i>Annemarie Marchena-Slot</i>	53
<b>De tbs-regelingen van Nederland en de Antillen: zoek de verschillen</b> <i>Hjalmar van Marle en Michiel van der Wolf</i>	67
<b>The Death Penalty's Survival and Application for the Crime of Fraudulent Fundraising in China</b> <i>Wei Pei en Qianyun Wang</i>	81
<b>International cooperation against organized crime: lessons learned from combating maritime piracy in Somalia</b> <i>Ernesto Savona</i>	93
<b>Levenslang in de Cariben</b> <i>Rick Smid en Gerben Smid</i>	109
<b>De wettelijke sanctionering van recidive binnen het Koninkrijk</b> <i>Sanne Struijk</i>	121

**Corporate criminal liability: Proposals for future EU legislation** 133  
*Klaus Tiedemann*

**Union Law and harmonisation of national economic and financial criminal law** 143  
*John Vervaele*

## **VOORARREST**

**Van *Brogan* naar *Salduz*: alsnog een praktische en principiële regeling van de in verzekeringstelling?** 159  
*Jolande uit Beijerse*

**Een nieuwe regeling van het voorarrest** 171  
*Jan Reijntjes*

## **TUCHTRECHT**

**Tuchtrecht en het nemo tenetur-beginsel. Ontwikkelingen in de betekenis van het nemo tenetur-beginsel voor het wettelijk geregeld tuchtprocesrecht** 191  
*Tineke Cleiren en Jan Watse Fokkens*

**Advocatuurlijk tuchtrecht** 205  
*Jan Lintz en Paul Verloop*

## **HANDHAVING BINNEN EN BUITEN HET STRAFRECHT**

**(Hoog)geleerde les: tijd voor financiële strafrechtpreventie 2.0?** 219  
*Rutger de Doelder*

**Toedeling van handhaving** 225  
*Peter van Russen Groen en Melis van der Wulp*

**Oratio pro domo. Revival van het abolitionisme?** 241  
*Cees Schaap*

## OPENBAAR MINISTERIE

<b>Een herstelgericht openbaar ministerie</b> <i>John Blad</i>	257
<b>De ontwikkeling van het gedoogbeleid, coffeeshop Checkpoint en het recht om te vervolgen</b> <i>Tom Blom</i>	271
<b>De ‘gruwel’ van De Doelder. Enkele overpeinzingen over de positie van het Openbaar Ministerie ten opzichte van zijn minister</b> <i>Henk van de Bunt en Joep Beckers</i>	285
<b>Nodig of overbodig? Een verkenning van de gedragsaanwijzing van de officier van justitie (artikel 509hh Sv)</b> <i>Beatrijs Jue-Volker en Eelco Moerman</i>	309
<b>Een strategische terugtocht van het Openbaar Ministerie. Een opstel over de positie van het Openbaar Ministerie en andere partijen in het strafproces</b> <i>Ton de Lange</i>	321
<b>De ministeriële aanwijzingsbevoegdheid jegens de Nationale Politie en het OM nader beschouwd in het kader van de strafrechtelijke rechtshandhaving</b> <i>Miranda de Meijer</i>	335
<b>Het OM als bestuursorgaan</b> <i>Lodewijk Rogier</i>	349
<b>Het opportuniteitsbeginsel en bijzondere opsporing: de opportuniteitsvraag vervroegd?</b> <i>Barbara Salverda, Joost Verbaan en Ronald Verbeek</i>	361
<b>Het opportuniteitsbeginsel revisited</b> <i>Floriaan Went</i>	371

# Toedeling van handhaving

*Peter van Russen Groen\* en Melis van der Wiulp\*\**

## 1. Inleiding

Als in 1992 de Wet Mulder wordt ingevoerd, staat Nederland aan het begin van een ontwikkeling van een nieuw handhavingsdenken, door Corstens een stille revolutie in het strafrecht genoemd.<sup>1</sup> Hans de Doelder heeft als geen ander in Nederland aan dit nieuwe handhavingsdenken mede vorm gegeven. Sanctioneren van ongewenst gedrag was niet langer voorbehouden aan strafrechtelijke instituties, maar kon in dat nieuwe denken ook geschieden door bestuursorganen. Nieuw was deze vorm van handhaving allerminst. De fiscale boete is een voorbeeld van een bestraffende sanctie die al heel lang door het fiscale bestuur kan worden opgelegd. De gedachte vatte echter post dat deze vorm van sanctioneren een veel groter toepassingsgebied zou kunnen bestrijken. Hans signaleerde die ontwikkeling reeds in zijn bijdrage in een bundeltje dat de invoering van de Wet Mulder begeleidde in het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw. ‘Niet onmogelijk is’, zo schreef hij, ‘dat na deze integrale invoering van de Wet Mulder zal blijken, dat we aan het begin staan van een nieuwe rechtsontwikkeling. Er is wellicht een onomkeerbaar proces in werking gezet. Ook andere dan verkeersovertredingen zullen onder de vigeur van een bestuursstrafrechtelijke afdoening als de Wet Mulder kunnen gaan vallen.’ Deze (rechts)ontwikkeling heeft zich inmiddels verwezenlijkt. We zitten er thans middenin. Aan de constatering dat het bestuursstrafrecht een feit was koppelde Hans een ‘interessante vraag’: aan welke gebieden moeten we dan denken, welke moeilijkheden kunnen we daarbij verwachten en welke grenzen dienen daarbij getrokken te worden?<sup>2</sup>

Nadenken over het theoretische onderscheid tussen strafrechtelijke feiten en bestuurs(straf)rechtelijk beboetbare gedragingen leek Hans een moeilijke exercitie, of we moesten het bij de oude stelling laten dat het strafrecht slechts gereserveerd zou moeten worden voor van oudsher (moreel) verwerpelijke misdrijven waarbij de overige te sanctioneren feiten overgeheveld zouden kunnen worden naar het be-

---

\* Advocaat bij Wladimiroff advocaten te Den Haag.

\*\* Advocaat bij Wladimiroff advocaten te Den Haag.

1 G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, (afscheidsrede KUN), Arnhem: Gouda Quint 1995.

2 H. de Doelder, ‘Van strafrecht naar administratief recht’ in: H. de Doelder e.a. (red.), *De wet Mulder in perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 85-94. Citaat op p. 85-86.

stuuksstrafrecht. ‘Licht onrecht’ dus, wellicht zelfs alle overtredingen. Maar moesten we ons eigenlijk wel beperken tot overtredingen? En als we dan toch gedragingen uit het strafrecht aan het halen zijn, is er dan geen aanleiding om bepaalde gedragingen maar gelijk geheel uit de sfeer van het publieke sanctierecht te verwijderen en over te laten aan het private sanctierecht? Een gedachte die Hans gezien het onderwerp van zijn dissertatie uiteraard nauw aan het hart lag.

Hans beperkte zich in zijn bijdrage aan de bundel tot het publieke recht en zette een pad uit naar de gebieden die voor bestuursstrafrechtelijke handhaving in aanmerking kwamen aan de hand van een aantal criteria:

- De opspoorbaarheid van de naar het bestuursstrafrecht over te brengen feiten moet gemakkelijk zijn. Een enkele handeling moet al de overtreding inhouden, zodat ingewikkelde bewijsconstructies achterwege kunnen blijven.
- De te sanctioneren wetgeving dient duidelijk en verbindend te zijn.
- Een op te leggen sanctie moet volgens een eenvoudige tarieflijst kunnen worden opgelegd. Omstandigheden waaronder de overtreding is begaan zouden daarbij nauwelijks van belang behoren te zijn.
- Recidiveregistratie van sancties zou overbodig moeten zijn.
- De afdoening van de overtreding moet zo min mogelijk ‘papier’ vragen.
- In het kader van een bestuursstrafrechtelijke afdoening dienen dwangmiddelen overbodig te zijn.

We zijn inmiddels ruim twintig jaar en heel wat wetsontwerpen en wetswijzigingen verder. Het is wellicht aardig eens te bezien wat te dien aanzien inmiddels de stand van zaken is. Wij zullen dat doen aan de hand van de recente ontwikkelingen in het financiële toezichtsrecht, omdat mede de wetgeving op dit gebied het denken over de afbakening van het bestuursstrafrecht een impuls heeft gegeven.

## 2. Financiële toezichtwetgeving

De handhaving van financiële wet- en regelgeving heeft de laatste tien jaar een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt.<sup>3</sup> Deze ontwikkeling kan worden beschreven als een vergaande uitbreiding van de punitieve mogelijkheden op grond van het bestuursrecht, waarbij de strafrechtelijke handhaving daarentegen wordt be-

---

<sup>3</sup> Zie ook: R.M.I. Lamp, ‘De Wet op het financieel toezicht’, in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 241-243.



perkt tot een klein deel van de overtredingen.<sup>4</sup> Onder het begrip ‘financiële toezichtwetgeving’ valt thans een aantal wetten en daarop gebaseerde regelgeving. De aandacht voor de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van financiële toezichtwetgeving in de Nederlandse literatuur is hierbij tot op heden voornamelijk uitgegaan naar de handhaving van de Wet op het financieel toezicht (Wft).<sup>5</sup> Wij zullen ons tot de Wft beperken. Op grond van de Wft is bij overtreding van veel bepalingen van deze wet zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke handhaving mogelijk. Evenals in de overige financiële toezichtwetten is er in deze wet voor gekozen om de bestuursrechtelijke handhaving als uitgangspunt te nemen. In de Memorie van Toelichting wordt ter zake opgemerkt:

‘Op deze wijze wordt bewerkstelligd dat primair het met toezicht op de naleving belaste bestuursorgaan bevoegd is om handhavingsmaatregelen – eventueel van punitieve aard – op te leggen, hetgeen vanuit een oogpunt van effectiviteit de voorkeur verdient. De met handhaving belaste toezichthouders zijn op die manier niet afhankelijk van het al dan niet instellen van een strafrechtelijke vervolging door het Openbaar Ministerie, maar kunnen overtreding van de bij of krachtens het wetsvoorstel gestelde regels zelf sanctioneren. Bestuursrechtelijke handhaving staat derhalve voorop, strafrechtelijke handhaving is daarnaast mogelijk voor specifieke overtredingen, waarvan wenselijk is dat zij tevens worden aangemerkt als economisch delict in de zin van de Wet op de economische delicten’.<sup>6</sup>

Het hierboven genoemde primaat van bestuursrechtelijke handhaving sluit volgens de Memorie van Toelichting van de Wft aan bij de toelichting op aanwijzing 11 lid 2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, welke luidt: ‘Een keuze voor het strafrecht valt in het algemeen slechts te rechtvaardigen indien aannemelijk wordt gemaakt dat bestuursrechtelijke, privaatrechtelijke en tuchtrechtelijke oplossingen tekort schieten.’<sup>7</sup> De wetgever heeft de keuze of in een concreet geval bestuurs-

---

<sup>4</sup> R.M.I. Lamp, a.w. 2011, p. 247. Lamp wijst in dit verband onder andere op M.F.S. ter Heide en A. de Lange, ‘Een integer financieel verkeer kan niet zonder een strafrechtelijke bescherming’, *Strafblad* 2009, p. 515-530, waarin de auteurs zich uitspreken tegen het primaat van het bestuursrecht bij bestraffing van overtredingen van het financieel recht, met name in het licht van de recente financiële crisis.

<sup>5</sup> Zie naast bovengenoemde publicatie van Lamp in dit verband met name: J.T.C. Leliveld, ‘Kiezen voor een sanctiestelsel bij overtreding van de Wft’, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2009, 5/6, p. 218-223; D.R. Doorenbos en C.A. Doets, ‘Wijziging boetestelsel financiële wetgeving – Maximum overdrive’, *Ondernemingsrecht* 2008, p. 507-514 en D.R. Doorenbos, ‘Strafrechtelijke handhaving van de Wft’, *Onderneming en Financieel Toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 545-566. Zie voor de bespreking ten aanzien van de handhaving van financiële wetten die in de Wft zijn opgegaan: A.R. Hartmann, ‘Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?’, *NJB* 21 mei 2004, p. 1068-1073.

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 18.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 18.

rechtelijk of strafrechtelijk dient te worden gehandhaafd, aan de toezichthoudende en opsporingsbevoegde instanties gelaten. Aanwijzingen en convenanten moeten de samenloop en de verdeling van de zaken tussen de verschillende sanctiestelsels regelen.<sup>8</sup>

### 3. Wet tot Invoering Last onder Dwangsom en Bestuurlijke Boete

Tot 1 januari 2000 waren de mogelijkheden voor financiële toezichthouders om handhavend op te treden beperkt tot het geven van een aanwijzing, het opleggen van beperkingen en het verbinden van voorschriften aan een vergunning, die in bepaalde (zeer ernstige gevallen) kon worden ingetrokken.<sup>9</sup> Sanctionerend optreden was mogelijk door strafrechtelijke handhaving. De wetgever signaleerde dat de strafrechtelijke procedure in het kader van de handhaving relatief zwaar, tijdrovend en kostbaar was.<sup>10</sup>

Het bestuurlijk handhavingarsenaal werd als onevenwichtig ervaren. De handhaving verliep weinig effectief en efficiënt. Als een reactie hierop is de Wet tot Invoering van de Last onder Dwangsom en de Bestuurlijke boete (hierna: Wet IDBB) tot stand gekomen, die de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete invoerde bij acht financiële wetten (waarvan de meeste thans zijn opgenomen in de Wft). Op 1 januari 2000 is deze wet in werking getreden.<sup>11</sup> Dit betekende een aanzienlijke uitbreiding van het bestuursrechtelijk handhavingarsenaal van De Nederlandse Bank en de Autoriteit Financiële Markten. Met de invoering van deze wet werd beoogd voor beide problemen een oplossing te bieden: enerzijds een passend handhavinginstrumentarium en anderzijds een ontlasting van de relatief

---

<sup>8</sup> Vgl. het Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties, *Stort.* 2009, 9.

<sup>9</sup> Zie in dit verband onder andere: R.M.I. Lamp, a.w. 2011, p. 247. Zie ook: A.R. Hartmann, t.a.p. 2004, p. 1068-1069; D.R. Doorenbos, *Financieel strafrecht. Een studie inzake strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften uit de bank- en verzekeringswetgeving*, (diss. KUN), Deventer: Kluwer 1992, p. 197 e.v.

<sup>10</sup> Zie in dit verband (onder andere) de Memorie van Toelichting van de Wet IDBB: *Kamerstukken II 1997/98*, 25 821, nr. 3, p. 3-4, waar wordt verwezen naar het kabinetstandpunt inzake bestuurlijke boeten van 1 juli 1994. *Kamerstukken II 1993/94*, 23 400 VI, nr. 48.

<sup>11</sup> Wet van 28 oktober 1999, houdende opneming in de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet inzake wisselkantoren, de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996 en de Wet financiële betrekkingen buitenland 1994, van bepalingen betreffende handhaving door middel van een dwangsom of een bestuurlijke boete en van bepalingen betreffende de rechtsgang. *Stb.* 1999, 506. Zie voor de inwerkingtreding *Stb.* 1999, 588.

zware, tijdrovende en kostbare (strafrechtelijke) handhavingsketen.<sup>12</sup> Aan het strafrecht werd in de Memorie van Toelichting van de Wet IDBB een nog slechts aanvullende functie toebedeeld – als *ultimum remedium*.<sup>13</sup>

De Wet IDBB beoogde een accentverschuiving te verwezenlijken van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving. De hieraan ten grondslag liggende gedachte was dat bij de financiële toezichthouders bij uitstek de deskundigheid en ervaring aanwezig zijn voor een effectieve en ook efficiënte handhaving.<sup>14</sup>

De Wet IDBB is in 2004 geëvalueerd.<sup>15</sup> De conclusie was dat de Wet IDBB daadwerkelijk heeft bijgedragen aan een verbeterde handhaving van de financiële wetgeving. Deze verbetering zou het duidelijkst waarneembaar zijn met betrekking tot de handhaving van de nakoming van bepalingen die toezicht op informatie- en rapportageverplichtingen, die bovendien essentieel zijn voor een deugdelijk toezicht en voor de nakoming van bepaalde (internationale) verplichtingen. De introductie van de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom stelt de toezichthouder in staat om meer en beter te handhaven.<sup>16</sup> Ondanks de bredere inzet van het bestuursrechtelijke sanctie-instrumentarium is het aantal aangiften van de toezichthouders bij het OM van overtredingen van de financiële toezichtwetgeving niet afgenomen. Ook na de introductie van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete moet de strafrechtelijke weg echter open blijven staan voor die gevallen waarin ‘de rechtsorde in ernstige mate wordt geschokt en voor die gevallen waarbij het genoten voordeel bij de overtreding zal worden teruggehaald.’<sup>17</sup>

#### 4. Nota boetestelsel in financiële wetgeving

De minister concludeerde op grond van de evaluatie dat de introductie van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële toezichtwetgeving heeft bijgedragen aan een verbeterde snelheid en efficiëntie van de handhaving van deze

---

<sup>12</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 370, nr. 1, p. 3 en *Kamerstukken II* 1997/98, 25 821, nr. 3, p. 4

<sup>13</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>14</sup> Evaluatie van de Wet tot invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 370, nr. 1, p. 2.

<sup>15</sup> Evaluatie van de Wet tot invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 370, nr. 1.

<sup>16</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 370, nr. 1, p. 4. Zie ook: F. de Vries, ‘Het bestuurlijke sanctie-instrumentarium in de financiële toezichtwetgeving. Blijft er nog iets te wensen over voor de financiële toezichthouder?’, *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht en Strafrecht* 2004, 5, p. 152.

<sup>17</sup> *Kamerstukken II* 2003/04, 29 370, nr. 1, p. 2.

wetten.<sup>18</sup> In de *Nota Boetestelsel in financiële wetgeving*,<sup>19</sup> is onderzocht hoe het bestuursrechtelijke toezicht verder kon worden verbeterd en zijn de aanzetten gegeven voor de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving.<sup>20</sup>

In deze nota (de ‘Boetenota’) is een aantal uitgangspunten geformuleerd met betrekking tot bestuurlijke beboeting in de financiële sector. Bestuurlijke boetes dienen in de eerste plaats in zoveel mogelijk gevallen een evenredig antwoord op een overtreding te kunnen bieden, waarmee wordt beoogd effectieve handhaving van de bepalingen in financiële wetgeving mogelijk te maken. Zij moeten daadwerkelijk kunnen worden geïnd. Volgens de nota dient de hoogte van de boete ‘zowel aan te sluiten bij de ernst en aard van de overtreding en de draagkracht van de overtreder, als ook bij de overige omstandigheden van het geval, zoals de verwijtbaarheid, recidive, wederrechtelijk verkregen voordeel en de schade voor benadeelden’, waarbij evenzeer rekening dient te worden gehouden met de (financiële) gevolgen van de boete oplegging, waaronder de levensvatbaarheid van de onderneming. Uit het oogpunt van een gelijk speelveld en het bevorderen van het Nederlandse vestigingsklimaat moet het boetebeleid van de financiële toezichthouders bovendien niet teveel uit de pas lopen met het beleid dat financiële toezichthouders in andere landen hanteren.<sup>21</sup> Bovendien moet het boetestelsel doelmatig zijn. Het systeem moet zo eenvoudig en inzichtelijk mogelijk worden vormgegeven.<sup>22</sup>

Als nadeel van de (oude) vaste boetesystematiek werd gezien dat geen rekening kan worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval.<sup>23</sup> Boetes kunnen hierdoor te laag uitvallen, waardoor zij niet een afdoende afschrikkend effect hebben indien met het continueren van de overtreding voor de overtreiders voordeel kan worden behaald. Daarom is gekozen voor de introductie van een gecombineerd systeem van boete oplegging. Voor een bepaalde categorie van ‘lichte’ overtredingen geldt de vaste boetesystematiek – met eventueel aangepaste bedragen. Dat biedt het voordeel van efficiëntie, duidelijkheid en zekerheid. Voor de ‘zwaardere’ overtredingen geldt een flexibele boetesystematiek waarbij het vaststellen van de hoogte van de boete (mits onder het wettelijke maximum) toe komt aan

---

<sup>18</sup> I. Sluiter, F. de Vries en R.P.A. Kraaijeveld, ‘Het nieuwe boetestelsel in de financiële toezichtwetgeving; flexibel, afschrikwekkend én effectief?’, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2009, 5/6, p. 210.

<sup>19</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 30 125, nr. 2.

<sup>20</sup> Wet van 18 juli 2009 tot wijziging van de in de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten opgenomen regels met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete (Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving). *Stb.* 2009, 327.

<sup>21</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 30 125, nr. 2, p. 5.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 7.

de toezichthouder, die hierbij rekening houdt met de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid van de overtreder en overige omstandigheden waaronder het feit is gepleegd. Ook het gegeven dat de overtreder meermalen dezelfde overtreding heeft begaan, of een 'veelpleger' is van niet noodzakelijkerwijs dezelfde overtredingen, moet als een verzwarende omstandigheid in de afweging kunnen worden meegenomen en moet kunnen leiden tot de oplegging van een hogere boete.

Een belangrijk aandachtspunt betreft de individuele boetes voor bestuurders: de bestuurlijke boetes voor overtredingen door instellingen waarop de financiële toezichtwetten van toepassing zijn, konden voornamelijk worden opgelegd aan de instelling zelf. Dit werd als een beperking gezien. Dit probleem is opgepakt met de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb, op basis waarvan bestuurlijke boetes ook kunnen worden opgelegd aan hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, zo vloeit voort uit artikel 5:1 Awb. Lid 3 van dit artikel bepaalt dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen en dat artikel 51 lid 2 en 3 Sr van toepassing is. Dit betekent dat sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb (op 1 juli 2009)<sup>24</sup> de financiële toezichthouders de bevoegdheid hebben verkregen om ook aan individuele personen een bestuurlijke boete op te leggen, die opdracht hebben gegeven tot de overtreding of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven.<sup>25</sup>

In de Boetenota wordt opgemerkt dat met de invoering van de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving is beoogd de bestuursrechtelijke handhaving te verbeteren en een accentverschuiving te bewerkstelligen van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving. Maar ook dat in gevallen waarbij normen worden overtreden die elementaire belangen betreffen en de rechtsorde ernstig is geschokt, het nodig kan zijn om een gevangenisstraf op te leggen of andere strafrechtelijke dwangmiddelen te gebruiken zodat de mogelijkheid van strafrechtelijke afdoening blijft bestaan.<sup>26</sup>

De Boetenota evenmin als de parlementaire geschiedenis bij de Boetewet schetst een conceptueel kader dat behulpzaam is bij de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van financiële wetgeving. Die conceptualisering vond wel plaats in de

---

<sup>24</sup> *Sb.* 2009, 266.

<sup>25</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 30 125, nr. 2, p. 14.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 4.

notitie *De keuze tussen sanctiestelsels en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor* en in de *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel*.<sup>27</sup>

## 5. De notitie ‘De keuze tussen sanctiestelsels en de betekenis van het wetsvoorstel Om-afdoening daarvoor’

De minister van Justitie informeerde de Tweede Kamer in 2005 met een notitie over de verhouding tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving.<sup>28</sup> Ten aanzien van deze verhouding wordt in deze notitie aangegeven dat de volgende ‘globale uitgangspunten’ worden gehanteerd:

- Strafrecht komt in ieder geval in aanmerking indien de aard van het strafbare feit, de ernst van de overtreding, de samenhang met andere strafbare feiten of de behoefte aan een ‘opsporingsfase’ met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden daartoe aanleiding geeft.
- Bestuursrecht komt in ieder geval in aanmerking indien de overtreding eenvoudig is vast te stellen, er geen behoefte is aan een opsporingsfase met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden en er geen zware straffen nodig zijn, ook niet ter afschrikking.

Aan bovengenoemde globale uitgangspunten is in de notitie invulling gegeven in de vorm van ‘indicatoren’ ofwel ‘aanwijzingen’, waarin bovengenoemde uitgangspunten zijn uitgewerkt. Deze indicatoren zijn verdeeld over vijf thema’s waarbij aan het eerste thema – privaatrecht of publiekrecht – hoe interessant ook – op deze plaats voorbij wordt gegaan.

### 5.1 De gewenste sancties

Het eerste thema dat bij de keuze tussen toepassing van bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving van belang is, betreft de gewenste sanctie(s). De wenselijkheid om overtreding van de norm te bedreigen met een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf, respectievelijk de wenselijkheid van het opleggen van (nieuwe) punitieve sancties, wijzen naar de keuze voor het strafrecht. Dat geldt tevens voor de omstandigheid dat de overtreding van de norm gepaard is gegaan met geweldstoepassing of het toebrengen van schade aan individuele personen. De

---

<sup>27</sup> Respectievelijk *Kamerstukken II 2005/06*, 29 849, nr. 30 en *Kamerstukken II 2008/09*, 31 700 VI, nr. 69. Vgl. J.T.C. Leliveld, t.a.p., p. 219.

<sup>28</sup> *Kamerstukken II 2005/06*, 29 849, nr. 30.

wenselijkheid van het opleggen van ‘reparatoire sancties’ vormt een aanwijzing voor de toepassing van het bestuursrecht.

### *5.2 De ernst van de normovertreding*

Het tweede thema betreft de ernst van de normovertreding. Bij ernstige normovertredingen zal eerder strafrechtelijke dan bestuursrechtelijke handhaving in aanmerking komen. Dit is volgens de notitie een sterk gevoelsmatig bepaald maar daarom niet minder belangrijk criterium dat eraan appelleert dat men bij bepaalde normschendingen met ‘Justitie’ in aanraking kan komen. De ernst van de normovertreding kan ten eerste te maken hebben met ‘de aard van het feit’ (zo zal niemand pleiten voor bestuurlijke afdoening van levensdelicten), maar het kan ook gaan om ‘geconstateerde recidive’ of om ‘de intentie waarmee een normovertreding plaatsvindt.’ Het is denkbaar dat de wetgever een nieuwe of aangescherpte norm als fundamentele waarde wil inscherpen en met het oog daarop kiest voor strafrechtelijke sanctionering.

De mogelijkheid van openbare berechting speelt ook een rol. Naarmate daaraan meer behoefte bestaat komt het strafrecht eerder in aanmerking.

Contra-indicaties voor bestuursrechtelijke handhaving door decentrale bestuursorganen vormen het sluitstuk van dit thema. Indien plaatselijke verschillen in de handhaving ongewenst zijn, indien het ongewenst is dat de normsteller ook optreedt als normhandhaver of indien de plaatselijke situatie niet relevant is voor de handhaving, zal bestuursrechtelijke handhaving dienen te geschieden door een landelijke functionerend orgaan. Wordt daarentegen voor strafrechtelijke handhaving gekozen, dan kan daarbij de plaatselijke situatie natuurlijk wel worden meegewogen en zelfs decentrale bestuursorganen worden ingesteld, maar dient door de rol van het OM verzekerd te zijn dat geen onaanvaardbare verschillen in handhavingniveau gaan ontstaan.

### *5.3 De behoefte aan bevoegdheden*

Het derde thema dat bij de keuze tussen de verschillende handhavingssystemen een rol speelt, betreft de behoefte aan bevoegdheden. Toepassing van het strafrecht is geïndiceerd indien ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden nodig kunnen zijn om te komen tot waarheidsvinding. De beoordeling van de inzet en toepassing van ingrijpende dwangmiddelen moet (mede in verband met een rationele verdeling van de beoordeling van recht vragen) door die rechter geschieden die daartoe het best geëquipeerd is: de strafrechter. In dat geval is ook het functionele toezicht door de (hulp)officier van justitie verzekerd.

Indien in de praktijk te verwachten valt dat de oplegging van een sanctie eigenlijk alleen kan worden geëffectueerd met gebruikmaking van strafrechtelijke middelen, is dat eveneens een contra-indicatie voor een bestuurlijke sanctie.

Een bestuurlijke boete komt in aanmerking indien voor de vaststelling van de feiten, met inbegrip van de identiteit van de pleger van het feit, en voor de oplegging van de sanctie geen ingrijpende bevoegdheden nodig zijn en bovendien verwacht mag worden dat in de praktijk (in verband met de te verwachten massaliteit of op andere gronden) doorgaans geen rechterlijk oordeel zal worden ingeroepen over de sanctie en de toegepaste bevoegdheden.

#### 5.4 De inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering

Het vierde en laatste thema dat bij de keuze tussen toepassing van bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving van belang is betreft de inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering. Indien het met het oog op de bij een bestuursorgaan voorhanden deskundigheid of de daar aanwezige menskracht wenselijk is het bestuursorgaan een bijzondere betrokkenheid bij de publiekrechtelijke handhaving te geven, kan gekozen worden voor bestuursrechtelijke handhaving. Daarvan kan sprake zijn indien betrokkenheid van het OM niet nodig is en er ook overigens geen indicaties voor toepassing van het strafrecht zijn.

Indien toepassing van het strafrecht in de rede ligt, bestaat de mogelijkheid daarbij een bestuursorgaan te betrekken dat al dan niet onder toezicht van het OM de bevoegdheid wordt toegekend tot het uitvaardigen van een strafbeschikking.

## 6. Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel

Een poging tot een verdere theoretische conceptualisering van het beslismodel met betrekking tot de verschillende handhavingssystemen vindt plaats in het najaar van 2008 als de minister van Justitie de *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel* aan de Tweede Kamer zendt.<sup>29</sup> Tegen de achtergrond van de opkomst van de handhaving door middel van de bestuurlijke boete, beoogt deze nota nader in te gaan op de omstandigheden waaronder een keuze voor de bestuurlijke

---

<sup>29</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 69. In de nota wordt gewezen op eerdere posities die hierover door de regering zijn ingenomen. Criteria voor de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht zijn volgens de kabinetsnota bijvoorbeeld te vinden in *Kamerstukken II* 1999/00, 26 800, VI, nr. 67, p. 8 en 11, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 24 en uiteraard in *Kamerstukken II* 2005/06, 29 849, nr. 30.



boete is aangewezen en op de plaats die de bestuursrechtelijke handhaving en strafrechtelijke handhaving in den brede innemen.

Als uitgangspunt voor het afwegingskader in de kabinetsnota wordt ‘effectiviteit’ van de handhaving genomen, zowel in de zin van het toezicht op de naleving van rechtsregels en het sanctionerend optreden als in de zin van het incasseren van een opgelegde geldboete en het behandelen van beroeps- en bezwaarschriften en het voor de rechter behandelen van zaken. Daarnaast is van belang de effectiviteit met betrekking tot bevordering van de samenleving. ‘Soms zal een strafrechtelijke sanctie effectiever zijn, soms een bestuurlijke (boete)’.<sup>30</sup>

In de kabinetsnota wordt voor de keuze voor bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke handhaving het onderscheid geïntroduceerd tussen ‘specifieke rechtsbetrekkingen’ (een ‘besloten context’) en ‘algemene rechtsbetrekkingen’ (een ‘open context’).

Kenmerkend voor een besloten context is 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 de omstandigheid dat tussen dat orgaan en de doelgroep verbindingen zijn (vaak is er communicatie tussen beide) ter uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen. De overheid kan met het hier genoemde ‘gerichte toezicht’ optreden tegen schendingen van de regels, door de normadressaat aan te spreken, een waarschuwing te geven of door met reparatoire sancties (zoals de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang) een einde te maken aan de regelovertrekking. De idee van een ‘besloten context’ is dat deze min of meer als afgezonderd geheel kan worden gezien, waarbinnen men met elkaar van doen heeft in de regulerende zin.

Indien er geen sprake is van een niet of niet duidelijk afgebakende doelgroep en er is geen sprake van rechtstreekse verbindingen tussen het orgaan en de doelgroep is sprake van een ‘open context’. Er is geen ‘vooraf gekende relatie tussen het bestuursorgaan en de burger of het bedrijf.’ Er zullen derhalve zo nodig zwaardere dwangmiddelen (moeten) worden gebruikt om de identiteit van de regelovertreder vast te stellen of om te bepalen wie binnen het bedrijf verantwoordelijk moet worden gesteld.

---

<sup>30</sup> *Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VI, nr. 69, p. 2-3.*

In de ‘besloten context’ bestaat een voorkeur voor bestuursrechtelijke sanctionering. Voor de handhaving van regels in de ‘open context’ is strafrechtelijke handhaving het uitgangspunt.

De voorkeur voor bestuursrechtelijke sanctionering in een besloten context geldt in elk geval indien sprake is van betrekkelijk lichte feiten die met niet al te zware sancties (geldboetes) worden afgedaan, maar kan ook gelden indien hoge boetes noodzakelijk zijn om de naleving van regels door bijvoorbeeld grote bedrijven te stimuleren. Het strafrecht is aangewezen als vergaande inbreuken op burgerlijke vrijheden aan de orde zijn, vanwege de ernst en aard van de overtreding – dat wil zeggen als de overtreding een zodanig aanzienlijke inbreuk op de belangen van burgers en bedrijven, of een forse bedreiging vormt voor het integere functioneren van (sectoren) binnen de samenleving – dan wel toepassing van ingrijpende onderzoeksbevoegdheden zoals het af luisteren van vertrouwelijke communicatie en infiltratie.

Een belangrijk vereiste voor bestuursrechtelijke handhaving is professionaliteit van de organisatie van de handhaving en de sanctionering mede met het oog op de rechtswaarborgen van de burger. Indien hieraan niet kan worden voldaan, en er niet voldoende deskundigheid of incassomogelijkheden zijn, dient voor toepassing van strafrechtelijke handhaving te worden gekozen. Daarnaast kan er een ‘dwingende bijzondere reden’ aanwezig zijn op grond waarvan voor de toepassing van het strafrecht dient te worden gekozen. De nota noemt drie bijzondere dwingende redenen, te weten de noodzaak van rechtseenheid, internationale eisen die zich tegen toepassing van bestuursrechtelijke rechtshandhaving verzetten en verwevenheid met (georganiseerde) misdaad.

Er worden er twee uitzonderingen genoemd, waarbij in de ‘open context’ toch ruimte bestaat voor de bestuurlijke boete. Het gaat hier in de eerste plaats om het mededingingsrecht, aangezien op dit terrein lang niet altijd specifieke rechtsbetrekkingen bestaan tussen de overtreder en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa, thans opgegaan in de Autoriteit Consument & Markt, ACM) als handhavende instantie, die als hooggespecialiseerd orgaan marktregulerend optreedt en ter handhaving onder meer beschikt over de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes. In de tweede plaats wordt gewezen op de Wet bestuurlijke boete overlast in openbare ruimte, waarin is voorzien in de mogelijkheid voor gemeenten om een bestuurlijke boete op te leggen bij overtreding een overlastbepaling uit de APV. Het moet hierbij gaan om lichte overtredingen, waarbij de noodzaak tot (landelijke) eenheid in overheidsoptreden zich niet of minder sterk doet gelden, waarbij ook het ontbreken van een vooraf gekende relatie ‘gelet op de lokale omstandigheden of de aard van de overtreding’ geen probleem behoeft te zijn.

In de Boetewet is aansluiting gezocht bij de Kabinetsnota<sup>31</sup> en de hierin geformuleerde uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel. In de Memorie van Antwoord bij de Boetewet wordt benadrukt dat de uitgangspunten van de Kabinetsnota op het wetsvoorstel zijn toegepast.<sup>32</sup> Binnen de besloten context is bestuursrechtelijke handhaving het uitgangspunt, maar kan strafrechtelijke handhaving niettemin toepassing vinden, indien vanwege de ernst van de overtreding een vrijheidsstraf mogelijk moet zijn:

‘Als de overtreding een zodanige aanzienlijke inbreuk op de belangen van burgers en bedrijven, of een forse bedreiging vormt voor het integere functioneren van (sectoren) binnen de samenleving, vormt dit een reden – ook binnen de besloten context – het strafrecht toe te passen.’<sup>33</sup>

## **7. Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties**

Omdat in de financiële toezichtswetgeving de wetgever geen principiële keuze heeft gemaakt tussen de verschillende sanctiestelsels, moet er bij de handhaving alsnog een keuze worden gemaakt. Daartoe geeft het Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties (hierna: Convenant) richting.<sup>34</sup> Ten behoeve van een goede afstemming over de wijze van afdoening, legt het Convenant aan het OM, de Belastingdienst/FIOD-ECD en de toezichthouder in beginsel de verplichting op elkaar over geconstateerde overtredingen van de financiële toezichtswetgeving te informeren. Afstemming vindt vervolgens plaats tussen het Functioneel Parket, de betrokken toezichthouder en de Belastingdienst/FIOD-ECD in een zogeheten ‘Tripartiete overleg’, dan wel daarbuiten op *ad hoc* basis tussen betrokken partijen.

Zoals ook reeds uit de titel van het Convenant is op te maken strekt hij slechts tot *voorkoming* van ongeoorloofde samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties. Het Convenant geeft verder geen inzicht in welk geval voor bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke sancties zou moeten worden gekozen.

---

<sup>31</sup> Zie: *Kamerstukken I 2008/09*, 31 700 VI, nr. D: waarin de Minister van Justitie de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel aanbiedt aan de Eerste Kamer.

<sup>32</sup> *Kamerstukken I 2008/09*, 31 458, C.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 2.

<sup>34</sup> Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties, *Stcrt.* 2009, 9.

## 8. Beschouwing

We zijn inmiddels ver verwijderd van de gedachte dat bestuursstrafrecht gereserveerd moet blijven voor het 'lichte onrecht' of voor overtredingen waarbij bewijsvragen geen rol kunnen spelen. Bestuursstrafrecht is bezig een volwassen rechtsgebied te worden, dat zijn toepassing vindt in handhavingsterreinen die complex zijn en om hoge boetes vragen. De theoretische onderbouwing van de keuzes die daarbij worden gemaakt lijkt evenwel nogal eens te ontbreken of kan – milder geformuleerd – een zeker opportunisme niet worden ontzegd.

Alles overziend ziet het handhavingstoedelingsbeslissingsschema er thans als volgt uit.

Strafrecht wordt als een zwaar, tijdrovend en kostbaar handhavingsinstrument gezien. Het strafrecht zou daarom *ultimum remedium* moeten zijn, dat pas moet worden ingezet als het bestuursrecht, het privaatrecht of het tuchtrecht tekort schieten. Er is een voorkeur te bespeuren voor bestuursrechtelijke handhaving. Dat wordt effectiever geacht. Daarnaast wordt ervan uit gegaan dat het bestuur vaker de deskundigheid bezit die nodig is om de regelgeving te kunnen handhaven. Anderzijds bestaat wel de vrees dat bestuursorganen niet altijd de juiste kennis, ervaring en toerusting in huis hebben om (vergaande) (opsporings)bevoegdheden te kunnen toepassen en de juiste rechtsbescherming te kunnen bieden. Het bestuursrecht mist bovendien de flexibiliteit van het strafrecht om bij de oplegging van boetes rekening te kunnen houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de mate van verwijtbaarheid, recidive of aan derden toegebrachte schade maar ook met de financiële situatie van de overtreder. Daarnaast was er de beperking dat het bestuursrecht een met artikel 51 Sr vergelijkbare bepaling miste ten aanzien van de bestraffing van bestuurders en feitelijk leidinggevers. In deze tekortkomingen is inmiddels beoogd (deels) te voorzien door flexibelere boetestelsels mogelijk te maken voor zwaardere overtredingen en uiteraard door de wijziging van artikel 5:1 Awb.

De belangrijkste redenen om toch voor strafrechtelijke handhaving te kiezen zijn enerzijds minder van principiële en meer van pragmatische aard en anderzijds ongrijpbaar. Het pragmatisme komt naar voren in de gedachte dat het strafrecht moet worden ingezet als er opsporingsmethoden of de inzet van dwangmiddelen noodzakelijk zijn die een inbreuk kunnen maken op grondrechten. Ongrijpbaar wordt het als de noodzaak van strafrechtelijke handhaving wordt opgehangen aan de aard van het feit, de ernst van de overtreding of aan de *wenselijkheid* vrijheidsstraffen te kunnen opleggen of de handhaving te doen plaatsvinden op een openbare zitting.

Wel principieel is de ondergrens dat de toepassing van vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende dwangmiddelen of het opleggen van vrijheidsstraffen voorbehouden moet blijven aan de strafrechter. Gek genoeg wordt die principiële grens eigenlijk nergens beargumenteerd. In artikel 113 lid 2 van de Grondwet is weliswaar bepaald dat een straf van vrijheidsontneming uitsluitend door de rechterlijke macht wordt opgelegd, maar er staat niet bij dat dit de strafrechter moet zijn.

De conclusie lijkt te zijn dat het bestuursrecht er is voor de effectiviteit en de gespecialiseerde kennis; het strafrecht hebben we nodig voor de vrijheidsbenemende straffen en de zwaardere dwangmiddelen. Heel zuivere principiële keuzes lijken niet aan de toedeling van onrecht aan de verschillende handhavingssystemen ten grondslag te liggen. Het onderscheid tussen een besloten handhavingcontext waarbinnen het bestuursrecht moet worden ingezet en een open handhavingcontext waarbinnen strafrechtelijke handhaving is aangewezen brengt daar eigenlijk geen noemenswaardige veranderingen in. Op dit onderscheid zijn zulke in het oog springende uitzonderingen van toepassing – zoals de Wet Mulder – dat het wel een mooi analytisch instrument is, maar eigenlijk zijn onderscheidend vermogen in de praktijk mist.

Het zoeken naar de heilige graal gaat voort.

