

Kenmerk	W03.15.0138/II
Datum advies	13 juli 2015
Vindplaats	Staatscourant 2015, nr. 30280 (advies), Kamerstukken II 2015/16, 34 300-VI, nr. 72 (voorlopige reactie) en bijlage bij Kamerstukken II 2017/18, 34 775-VI, nr. 102 (nader rapport)

Volledige tekst

Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht.

Bij dit advies is een [persbericht](#) uitgebracht.

Inhoudsopgave

1. Aanleiding advies en conclusie
 2. Buitengerechtelijke bestraffing
 - a. Bestuurlijke boete
 - b. Strafbeschikking
 3. Efficiency en effectiviteit bij de bestuurlijke boete
 4. Rechtsbescherming
 5. Wenselijkheid van afstemming van het strafrecht en het punitieve bestuursrecht bij rechtsbescherming
 6. Handreikingen voor de te maken keuzes
 7. Conclusie
- Bijlage

Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht

1. Aanleiding advies en conclusie

De kern van dit ongevraagde advies wordt gevormd door een analyse van de ontwikkelingen die met name de bestuurlijke boete sinds de invoering heeft doorgemaakt. Het meest in het oog springt het feit dat tegenwoordig - anders dan oorspronkelijk de bedoeling van de bestuurlijke boete was - zware, complexe overtredingen bedreigd worden met hoge bestuurlijke boetes, en dat hoge boetes worden gesteld op relatief lichte feiten. Daarnaast valt op dat de keuze voor het punitieve bestuursrecht op basis van de meest recente criteria voor de keuze van een sanctiestelsel ('open' en 'besloten context') uit een oogpunt van efficiency snel wordt gemaakt, terwijl de wetgever onvoldoende rekening houdt met de gevolgen van de keuze voor de justitiabele wat zijn rechtsbescherming en de rechtspositie betreft. Tegelijkertijd heeft de strafrechtelijke handhaving niet stilgezeten, nu ook daar een buitengerechtelijke vorm van afdoening van strafbare feiten is geïntroduceerd. Deze

ontwikkelingen hebben bijgedragen aan het ontstaan van een handhavingssysteem waarin de rechtsbescherming van de burger bij de keuzes door de wetgever voor een bepaald sanctiestelsel en de hoogte van punitieve sancties onderbelicht is geraakt. Deze conclusie is voor de Afdeling aanleiding geweest voor het uitbrengen van dit ongevraagde advies. De positie van de justitiabele staat met andere woorden centraal in dit advies.

De verandering van de aard en context van de overtredingen die bestuursrechtelijk worden bestraft, maakt het naar het oordeel van de Afdeling noodzakelijk dat opnieuw naar het niveau van de wettelijk geregelde rechtsbescherming bij punitieve sancties wordt gekeken. Daarbij is afstemming van het strafrecht en het bestuursrecht met betrekking tot de wettelijk geregelde rechtsbescherming en de rechtspositie van de justitiabele wenselijk. Wat het punitieve bestuursrecht betreft zou deze afstemming moeten resulteren in een verzwaring van het rechtsbeschermingsniveau. Het is aan de wetgever om daarin concrete keuzes te maken. De Afdeling wijst op verschillende keuzemogelijkheden. Daarbij heeft de optie om de bestuursrechtelijke rechtsbescherming alleen daar te verzwaren waar de noodzaak zich opdringt, de voorkeur. Dat betreft de gevallen waarin het niet langer gaat om lichte eenvoudig vaststelbare feiten, maar om zwaardere en minder eenvoudig vaststelbare overtredingen of om overtredingen die zwaar worden beboet, ook al zijn zij eenvoudig vaststelbaar en minder zwaar.

Voorts is de Afdeling van oordeel dat de hier bedoelde afstemming er niet toe leidt dat het strafrecht en het punitieve bestuursrecht bij de handhaving van ordeningswetgeving volledig inwisselbaar worden. De Afdeling is van oordeel dat zich ook op het gebied van ordeningswetgeving (*zie noot 1*) overtredingen voordoen die zich niet lenen voor de buitengerechtelijke afdoening en die daarom rechtstreeks aan de strafrechter dienen te worden voorgelegd.

Los van de afstemming waar het de rechtsbescherming betreft rijzen (nog steeds) vragen over een betere afstemming binnen het bestuursrecht en tussen het bestuursrecht en het strafrecht waar het de hoogte van boetes betreft voor dezelfde of soortgelijke overtredingen. Er is al nuttig onderzoek op dit terrein verricht, waarop het kabinet ook heeft gereageerd, maar meer regie van de minister van Veiligheid en Justitie is in dit opzicht nodig. Op 24 juni 2015 heeft een delegatie van de Afdeling advisering van de Raad van State op de voet van artikel 24 van de Wet op de Raad van State met de Minister van Veiligheid en Justitie beraadslaagd over het advies.

2. Buitengerechtelijke bestraffing

a. Bestuurlijke boete

De discussie over alternatieve, andere dan strafrechtelijke vormen van handhaving is eind jaren tachtig begin jaren negentig voortgekomen uit het geconstateerde handhavingstekort in de strafrechtelijke keten. Vooral de handhaving van de bestuursrechtelijke wetgeving schoot tekort. Als reactie hierop en vanuit de gedachte dat het bestuur meer verantwoordelijkheid dient te dragen voor de handhaving van bestuursrechtelijke wetgeving, is de ontwikkeling van bestuursrechtelijke handhaving in gang gezet. Een belangrijke mijlpaal in de pogingen om de strafrechtelijke keten te ontlasten vormt de Wet Mulder (1989). Deze wet maakt het mogelijk dat veelvoorkomende lichte verkeersovertredingen op een eenvoudige en effectieve manier kunnen worden gehandhaafd door middel van administratieve boetes. Na de wet Mulder is de bestuurlijke boete op een advies uit 1994 van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (*zie noot 2*) (hierna: de Commissie) op tal van terreinen geïntroduceerd. Daarbij sloot de wetgever zich aanvankelijk aan bij de uitgangspunten die de commissie bij de keuze voor dit instrument heeft geformuleerd. Deze commissie zag de bestuurlijke boete als een effectief handhavingsmiddel om de volgende doelen te bereiken:

(zie noot 3)

- Verkleining van de werklust, vooral bij massale overtredingen en de daarmee samenhangende kostenbesparing.
 - Completering van het bestuursrechtelijke handhavingsinstrumentarium, dat overwegend uit niet-punitieve sancties bestaat, hetgeen de flexibiliteit bij de handhaving vergroot.
 - Doelmatigheid daar waar het bestuursorgaan bij gedetailleerde, bijzondere wetgeving, in tegenstelling tot het OM, de benodigde kennis en de specialiteiten in huis heeft om snel en slagvaardig te kunnen optreden.
 - Eigen verantwoordelijkheid van bestuursorganen voor handhaving van de eigen, bestuursrechtelijke regels, zodat het strafrecht gereserveerd kan blijven voor zwaardere, commune delicten (strafrecht als ultimum remedium).
 - Behoeftte aan decriminalisering bij overtredingen van wettelijke regels die een geringe normatieve lading hebben. (zie noot 4)

De bestuurlijke boete bood in de ogen van de commissie in bepaalde gevallen een prima alternatief voor de strafrechtelijke handhaving, omdat de strafrechtelijke procedure met betrekking tot veel overtredingen van bestuursrechtelijke wetgeving als onevenredig zwaar (mede wegens de vele waarborgen voor de justitiabelen) en kostbaar moe(s)t worden gezien. Voor overtredingen van normen met een geringe normatieve lading bedreigd met relatief lage boetes werd een dergelijk zware procedure dan ook als niet nodig gezien. Het strafrecht kon primair gereserveerd worden voor zwaardere delicten waarbij de rechtsorde in ernstige mate was geschokt, was de redenering. Aanvankelijk is de regering in lijn met deze uitgangspunten overgegaan tot het complementeren van het bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium. Nog in 2005 was het criterium "aard en ernst van het feit" voor de regering beslissend voor de vraag of de buitengerechtelijke afdoening door middel van een bestuurlijke boete aangewezen was, in plaats van de strafrechtelijke weg. (zie noot 5) De bestuurlijke boete werd gezien als een bij uitstek geschikt instrument ter handhaving van lichte, massale en eenvoudige overtredingen. Door de lage boetes die daarmee gepaard gaan, is hetgeen voor de justitiabele bij een dergelijke bestraffing op het spel staat relatief beperkt. (zie noot 6)

b. Strafbeschikking

De ontwikkelingen om de handhaving te verbeteren hebben niet alleen in het bestuursrecht plaatsgevonden, maar ook in het strafrecht. Steeds meer overtredingen van ordeningswetgeving zijn strafbaar gesteld (Wet op de economische delicten). Daarnaast is een aantal organisatorische maatregelen genomen binnen het OM. Zo is het Functioneel Parket (FP) opgericht voor de behandeling van de specialistische financieel-economische - en milieuzaken en is de Centrale verwerkingseenheid (CVOM) opgericht. De volgende stap in de ontwikkeling was de introductie van de strafbeschikking in de Wet OM-afdoening, die in 2008 in werking is getreden. (zie noot 7) Deze organisatorische wijzigingen en de introductie van de strafbeschikking hebben ertoe geleid dat, zo stelt de Minister van Justitie in 2008, (zie noot 8) men niet louter op basis van capaciteitsoverwegingen voor de bestuurlijke boete hoeft te kiezen.

De strafbeschikking (zie noot 9), een bestraffend besluit dat binnen het kader van het strafrecht tot stand komt, behelst, evenals de bestuurlijke boete, een vorm van buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten. De strafbeschikking maakt mogelijk dat zonder tussenkomst van de rechter een straf wordt opgelegd die executeerbaar is wanneer de verdachte niet binnen de gestelde termijn verzet aantekent bij het parket. Het is echter te allen tijde, via het rechtsmiddel verzet, mogelijk een beroep op de rechter te doen. In dat geval beoordeelt de rechter niet de strafbeschikking, maar velt een eigen oordeel over de

strafbaarheid van het feit en van de verdachte. De invoering van de strafbeschikking moet bevorderen dat alleen zaken bij de strafrechter terecht komen wanneer daar, gelet op de aard van het feit, de gewenste justitiële reactie dan wel een verschil van opvatting tussen de verdachte en het openbaar ministerie, aanleiding voor is.

Verhouding (bestuurlijke) strafbeschikking en bestuurlijke boete

Zoals hiervoor gesteld, vormen de bestuurlijke boete en de strafbeschikking allebei een instrument om strafbare feiten/overtredingen buiten de rechter om te bestraffen. Door de introductie van de bestuurlijke strafbeschikking kan tegenwoordig ook in het strafrechtelijke kader de deskundigheid van bestuursorganen worden benut, omdat de strafbeschikking ook door bestuursorganen kan worden opgelegd. Daarmee wordt het argument gerelativeerd dat de bestuurlijke boete bij uitstek in aanmerking komt indien behoefte bestaat aan specialistische deskundigheid van het bestuursorgaan. De gronden waarop voor de ene of de andere modaliteit wordt gekozen zijn door de regering niet duidelijk gemaakt. Soms lijkt het erop dat de verschillen in rechtsbescherming tussen het strafrecht en het bestuursrecht mede de keuze voor het ene of andere stelsel bepalen. (zie noot 10) Ondanks dat beide instrumenten sterk vergelijkbaar zijn en in de praktijk als inwisselbaar worden gezien (zie noot 11) is de rechtsbescherming wat beide instrumenten betreft niet op vergelijkbare wijze geregeld. Met name op het punt van de rechtsbescherming verschillen de beide instrumenten van elkaar.

3. Efficiency en effectiviteit bij de bestuurlijke boete

Efficiencyvoordelen bij lichte, veelvoorkomende en eenvoudige feiten als oorspronkelijk motief voor de bestuurlijke boete

De bestuurlijke boete heeft zich bewezen als een efficiënt handavingsinstrument en heeft de punitieve handhaving van het ordeningsrecht op een hoger plan gebracht. De oorspronkelijke doelstellingen die met dit instrument zijn nagestreefd, worden dan ook gehaald, omdat de strafrechtelijke handavingsketen vooral bij overtredingen van lichte, veelvoorkomende en eenvoudige feiten wordt ontlast. De professionaliteit en sectorale expertise van bestuursorganen belast met de handhaving van ordeningswetgeving zorgen voor een snelle afhandeling van boetezaken en de pakkans werkt afschrikkend. De wijze waarop de bestuursrechtelijke procedure is ingericht - ook die in het geval van punitieve sancties zoals de bestuurlijke boete - maakt een lik-op-stuk beleid bij handhaving met aanzienlijke efficiencyvoordelen mogelijk.

Ontwikkeling van de bestuurlijke boete

Tegelijkertijd heeft de bestuurlijke boete een grote ontwikkeling doorgemaakt. Dit instrument wordt thans in afwijking van de oorspronkelijke uitgangspunten niet alleen in toenemende mate voor lichte, eenvoudige en veelvoorkomende overtredingen ingezet, maar ook voor ernstiger overtredingen, die eerder via het strafrecht werden afgedaan. Bij deze ernstige overtredingen horen hoge tot zeer hoge boetemaxima. (zie noot 12) Verder ziet de Afdeling bij haar advisering dat ook lichte overtredingen met zeer hoge boetes worden bedreigd en dat die ook daadwerkelijk door bestuursorganen worden opgelegd. Ter illustratie van deze ontwikkelingen noemt de Afdeling de forse boetes in de sociale zekerheidswetgeving en in de arbeidswetgeving als gevolg van de onlangs doorgevoerde verzwaringen (Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving). (zie noot 13) Een wijziging heeft ook plaatsgevonden met betrekking tot de arbeidswetten, waar de wettelijke boetes soms bijna verachtvoudigd zijn. (zie noot 14) Ten slotte kan worden gewezen op de hoge boetes die de (financiële) toezichthouders zoals AFM, ACM en de DNB kunnen opleggen. Deze feiten kunnen ook wat betreft bewijsproblematiek complex zijn. (zie noot 15)

Afwijking van de oorspronkelijke bedoeling van de bestuurlijke boete; nieuwe criteria voor keuze sanctiestelsels

De hiervoor genoemde ontwikkelingen betekenen in verschillend opzicht een afwijking van de oorspronkelijke uitgangspunten bij de bestuurlijke boete. Zoals hiervoor vermeld, was de bestuurlijke boete voornamelijk bedoeld voor lichte, massale, eenvoudig te constateren overtredingen waarbij geen noodzaak bestond voor zware boetes of andere sancties. Dit instrument stond in het teken van verlichting van de strafrechtelijke keten. Beslissend voor de vraag of het bestuursrecht en dan met name de bestuurlijke boete zich leende voor handhaving van bepaalde orderingsdelicten was in 2005 nog, zoals hiervoor reeds gesteld, het criterium 'aard en ernst van het feit'. Volgens een kabinetsnota uit dat jaar kwam strafrecht 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 gaven. Bestuursrecht kwam in aanmerking indien de overtreding eenvoudig was vast te stellen, er geen behoefte was aan een opsporingsfase met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden en er geen zware straffen nodig waren, ook niet ter afschrikking. (zie noot 16)

Tegenwoordig is ook de handhaving van ernstige overtredingen onder de werkingssfeer van de bestuurlijke boete gebracht vanuit dezelfde gedachte van effectiviteit en efficiency. Deze overtredingen zijn niet altijd eenvoudig vast te stellen. Ook horen daarbij hoge boetemaxima. (zie noot 17)

Het criterium 'aard en ernst van het feit' uit 2005 is op deze manier langzamerhand naar de achtergrond verdwenen. In 2008 is dit criterium in een kabinetsnota over de keuze van een sanctiestelsel vervangen door het criterium 'open en besloten context' als uitgangspunt bij deze keuze. 'Aard en ernst van het feit' fungeert dan nog wel als ondergrens bij de keuze voor de bestuurlijke boete. (zie noot 18) In de open context bestaat volgens deze nota een voorkeur voor strafrechtelijke handhaving. Van een open context kan gesproken worden in een situatie, waarin burgers en bedrijven gebonden zijn aan algemene rechtsregels die - ongeacht de uitoefening van bepaalde activiteiten of de hoedanigheid van de burger of het bedrijf - voor iedereen en altijd gelden. Bij dergelijke normen is er geen met de uitvoering van de wetgeving belast gespecialiseerd bestuursorgaan betrokken dat bijvoorbeeld vergunningen afgeeft, noch is sprake van reguliere communicatie tussen een burger/bedrijf en een overheidsdienst in het verband van de uitvoering van de geldende regels. In de open context zijn wegens het ontbreken van de specifieke relatie tussen de burger/bedrijf zwaardere, strafrechtelijke middelen nodig om de identiteit van de overtreder te achterhalen. In een besloten context, zo redeneert de nota, bestaat een voorkeur voor handhaving via het bestuursrecht. Voor de besloten context is kenmerkend 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. Tussen dat orgaan en de doelgroep bestaan verbanden ter uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen. De effectiviteit bij handhaving staat in deze nota centraal. (zie noot 19) Het criterium 'open en besloten context' maakt de toepassing van de bestuurlijke boete op grote schaal mogelijk, nu bij orderingswetgeving snel sprake zal zijn van een bestuursorgaan dat met de uitvoering van de wet is belast. Daarbij komt dat de kabinetsnota een grote mate van flexibiliteit kent. Het criterium van 'open en besloten' context geldt thans slechts als 'vertrekpunt' en laat alle ruimte voor een andere keuze dan die uit het onderscheid tussen de 'open en besloten context' zou moeten volgen. (zie noot 20)

Sanctiestelsel en EU-recht

De Afdeling merkt op dat uit het EU-recht onder omstandigheden een bijzondere regeling van de op te leggen sancties kan voortvloeien. (zie noot 21) In de meeste gevallen hebben de lidstaten echter vrijheid om daarbij "passende maatregelen" te nemen, mits die voldoen aan de eisen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikwekkendheid. (zie noot 22) Wat de aard van de sancties betreft, kunnen het strafrechtelijke, maar ook administratieve sancties zijn, mits de effectiviteit bij de handhaving wordt gewaarborgd. (zie noot 23) De hier genoemde Europeesrechtelijke eisen wijken niet af van die op nationaal niveau worden gehanteerd, zoals hiervoor aan de orde geweest. In dit advies gaat de Afdeling daarom niet in het bijzonder in op het EU-recht. (zie noot 24)

4. Rechtsbescherming

Inwisselbaarheid strafrecht en bestuursrecht bij handhaving ordeningswetgeving

Uit het feit dat de wetgever in het bestuursrecht stapsgewijs is overgegaan tot handhaving van ernstiger en/of minder eenvoudig te constateren feiten door middel van punitieve bestuursrechtelijke sancties met de bijbehorende hoge maximale boetes blijkt dat zij bij handhaving van ordeningswetgeving het bestuursrecht is gaan beschouwen als een volwaardig alternatief voor het strafrecht. Dit blijkt ook uit een intern onderzoek van de Afdeling advisering naar de verschuiving van strafrechtelijke handhaving naar bestuursrechtelijke handhaving wat punitieve sancties betreft in de afgelopen vijf jaren. (zie noot 25) Uit dat onderzoek blijkt voorts dat de motieven die bij de keuze tussen het strafrecht en het bestuursrecht een rol hebben gespeeld, laten zien dat deze keuze tegenwoordig niet gebaseerd is op een principieel onderscheid tussen beide stelsels, maar veelal op pragmatische argumenten waarbij de effectiviteit en efficiency en met name, zoals hiervoor gesteld in het kader van het criterium 'open en besloten context', de vraag of een bestuursorgaan met een grote mate van professionaliteit aanwezig is, vaak doorslaggevend zijn. Daar waar volstaan kan worden met een geldboete en dus geen behoefte bestaat aan andere straffen zoals een taakstraf of een vrijheidsstraf, blijkt dat beide stelsels voor de wetgever inwisselbaar zijn geworden. Daarbij wordt de keuze per bijzondere wet gemaakt waarbij overigens een duidelijke tendens waarneembaar is naar de bestuurlijke boete.

Bestuursrecht en strafrecht geen gelijkwaardige stelsels

De Afdeling advisering is van oordeel dat bij de keuze van de wetgever voor het punitieve bestuursrecht onvoldoende rekening wordt gehouden met het feit dat het strafrecht en het bestuursrecht geen gelijkwaardige stelsels zijn. Het is voor de justitiabele niet om het even via welk stelsel de bestraffing plaatsvindt. De Afdeling doelt hierbij op de verschillen op het terrein van rechtsbescherming en in de rechtsgevolgen die tussen beide stelsels bestaan voor justitiabelen die met een bestraffende overheid worden geconfronteerd. In dit licht acht de Afdeling advisering het criterium 'open en besloten context' dan ook geen geschikt criterium om als uitgangspunt te fungeren bij de keuze van een sanctiestelsel. In de Eerste Kamer is de onder punt 3 genoemde aangevulde kabinetsnota en het onderscheid tussen de open en besloten context op dezelfde gronden bekritiseerd. De nota is als te pragmatisch aangemerkt, omdat hierin een analyse vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming van burgers ontbreekt.

Verschillen in rechtsbescherming strafrecht en bestuursrecht

Enkele verschillen tussen het punitieve bestuursrecht en het strafrecht in de rechtsbescherming en in rechtsgevolgen voor de justitiabele betreffen de wijze waarop de straf wordt opgelegd dan wel getoetst door de straf- onderscheidenlijk bestuursrechter, de hoorplicht en rechtsbijstand, beroepstermijn, schorsende werking van rechtsmiddelen, verjaring, griffierechten en justitiële documentatie.

In een bijlage bij dit advies wordt op deze verschillen nader ingegaan. Het betreft hier de meest in het oog springende verschillen en tevens de verschillen die uit een oogpunt van rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid niet goed te verklaren en te rechtvaardigen zijn. De Afdeling wijst daarbij op de volgende voorbeelden van bovengenoemde verschillen in rechtsbescherming en rechtsgevolgen. Zij worden in de bijlage uitgebreider besproken.

- De bestuursrechtspraak is in beweging wat betreft de indringendheid van de toetsing bij punitieve sancties. Er blijft echter verschil bestaan met de strafrechtelijke strafoplegging. Daar legt de rechter de straf op en bepaalt daarmee zelf de hoogte ervan. (*zie noot 26*)
- De verplichting tot horen van de verdachte bestaat bij de strafbeschikking vanaf 2000 euro en in het punitieve bestuursrecht vanaf 340 euro.
- Er is een verschil in beroeps-/verzettermijnen tussen de strafbeschikking en het punitieve bestuursrecht.
- Er is een verschil in verjaringstermijnen en met betrekking tot de schorsende werking van rechtsmiddelen. Op een paar uitzonderingen na heeft het instellen van rechtsmiddelen (bezwaar en beroep) in het bestuursrecht geen schorsende werking, ook niet als het gaat om een rechtsmiddel tegen een punitief besluit, terwijl rechtsmiddelen in het strafrecht die schorsende werking wel hebben. Dit betekent dat ook verzet tegen de strafbeschikking, schorsende werking kent maar bezwaar in geval van de bestuurlijke boete niet.
- Griffierechten worden in het strafrecht niet geheven maar in het bestuursrecht bij beroep tegen de opgelegde punitieve sanctie wel.
- Straffen, ook in het kader van de strafbeschikking, kunnen tot een aantekening in de justitiële documentatie leiden met alle gevolgen van dien voor het verkrijgen van de verklaring omtrent het gedrag, terwijl de bestuurlijke boete, ongeacht hoe hoog deze is, niet tot een dergelijke registratie leidt.

Aandacht voor rechtsbescherming bij voorbereiding wetgeving

Uit intern onderzoek van de Afdeling blijkt dat in toelichtingen bij wetsvoorstellen en in andere openbare stukken weinig aandacht is voor de positie en de rechtsbescherming van de justitiabele bij de keuze voor een bepaald sanctiestelsel, daar waar een dergelijke keuze niet direct voorgeschreven wordt door het Europese recht. Als al aan rechtsbescherming van de burger aandacht wordt besteed, vindt dit in de sleutel van efficiency plaats: gekozen wordt voor de bestuurlijke boete omdat dit efficiënter is nu de inrichting van de bestuurlijke procedure, ook wat de rechtswaarborgen betreft, sneller en goedkoper is.

De Afdeling merkt op dat deze verschillen meer gaan opvallen, omdat de feiten die worden bedreigd met een bestuurlijke boete en de context van bestuursrechtelijke punitieve handhaving zijn veranderd. Verder wordt de rechtsbescherming bij bestraffing belangrijker, nu niet alleen de bestuurlijke boete als een bestuurlijke bestraffende sanctie wordt aangemerkt. Ook andere sancties die de wetgever oorspronkelijk als niet-bestraftend heeft aangemerkt kunnen in de praktijk zo ingrijpend zijn dat zij een punitief karakter verkrijgen, zoals het opleggen van een alcoholslot. (*zie noot 27*) Ook bij die sancties zal de wetgever zich rekenschap moeten geven van de waarborgen die bij punitieve sancties dienen te gelden en ook dan komen de verschillen tussen het strafrecht en het bestuursrecht in rechtsbescherming en rechtsgevolgen voor de justitiabele bij bestraffing om de hoek kijken.

Minimumwaarborgen in de Algemene wet bestuursrecht

Het onderwerp van de rechtsbescherming bij punitieve sancties krijgt behalve in de advisering van de Afdeling advisering van de Raad van State ook in het parlement en de rechtswetenschap aandacht (*zie noot 28*) en houdt voorts de rechtspraak bezig. Onlangs

heeft de Raad voor de Rechtspraak een studie uitgebracht, waarin dit onderwerp aan de orde komt. (zie noot 29) Daarbij wordt in dezelfde zin als de Afdeling in haar advisering naar voren brengt, gewezen op de onevenwichtigheden tussen beide stelsels op het punt van rechtsbescherming bij o.a. bestraffing. De regering pleegt de vraag of de stelsels wat de rechtsbescherming betreft gelijkwaardig zijn, bevestigend te beantwoorden onder verwijzing naar de rechtswaarborgen die voor de bestuurlijke boete voortvloeien uit het internationale (het EVRM, met name artikelen 6 en 7, het IVBPR, met name artikel 15) en het Europese recht (het EU-Handvest van de grondrechten, met name artikelen 47 tot en met 49) en die thans verankerd zijn in de Algemene wet bestuursrecht. Het gaat dan om onderwerpen als het vereiste van de wettelijke bevoegdheid voor het opleggen van een sanctie, een rechtvaardigingsgrond als strafuitsluitingsgrond ("het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke sanctie op voor zover voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestond"), het ontbreken van verwijtbaarheid als strafuitsluitingsgrond, zwijgrecht en cautie, het ne bis in idem beginsel (geen cumulatie van boeten voor dezelfde overtreding), het una via beginsel (geen bestuurlijke boete en strafrechtelijke vervolging voor dezelfde overtreding mogelijk), verjaring van de bevoegdheid tot het opleggen van de boete en de toepassing van de meest gunstige bepaling bij verandering van wetgeving. Deze rechtswaarborgen zouden volgens de regering zorgen voor adequate rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties. Bij deze redenering baseert de regering zich op de wetsgeschiedenis van de Vierde tranche van de Awb in 2004. (zie noot 30) Hoewel de regering toen stelde dat het strafrecht en het bestuursrecht niet nodeloos van elkaar moeten afwijken, omdat wat bestraffing betreft het strafrecht en het bestuursrecht overeenkomsten vertonen, koos zij er voor om slechts de hiervoor genoemde minimumwaarborgen in het bestuursrecht op te nemen. Met betrekking tot het overnemen van andere strafrechtelijke waarborgen in de Algemene wet bestuursrecht voegde de regering destijds toe dat dit niet nodig was, nu het strafrecht en het bestuursrecht in een geheel verschillende context geschreven zijn:

"In de eerste plaats zijn de betreffende bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht in een geheel andere context geschreven en vooral gericht tot de rechter die zich, nadat het onderzoek ter terechtzitting is gesloten, op grondslag van de tenlastelegging moet beraden over het te wijzen vonnis (zie de artikelen 348 e.v. Wetboek van Strafvordering). De bepalingen inzake de bestuurlijke boete zullen zich vooral tot het bestuur moeten richten, nu het in eerste instantie het bestuursorgaan is dat de bestuurlijke boete oplegt.

In de tweede plaats brengt het gegeven dat de bestuurlijke boete vooral bedoeld is voor relatief eenvoudige feiten (zowel wat betreft hun aard als de wijze waarop zij kunnen worden geconstateerd) mee dat een aantal bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht niet of onvoldoende toegeschreven is op de bestuurlijke boete en dat aan bepaalde leerstukken in het bestuursrecht geen behoefte bestaat." (zie noot 31)

Het is de vraag of de verwijzing naar de waarborgen destijds voorgesteld in de Vierde tranche van de Awb ter staving van de stelling dat beide stelsels gelijkwaardig zijn, nog steeds volstaat. De minimumwaarborgen stammen immers uit de tijd dat voornamelijk relatief eenvoudige en lichte feiten bedreigd waren met een bestuurlijke boete. De context is, zoals hiervoor gesteld, veranderd. Nu zowel de feiten waarvoor de bestuurlijke boete kan worden opgelegd niet altijd meer eenvoudig te constateren zijn, de ernst van de feiten groot kan zijn en ook overigens de boetes zeer hoog kunnen zijn, dient opnieuw naar de rechtsbescherming gekeken te worden.

5. Wenselijkheid van afstemming van het strafrecht en het punitieve bestuursrecht bij rechtsbescherming

Wenselijkheid van afstemming rechtswaarborgen punitieve sancties

De Afdeling is van oordeel dat een betere afstemming van het strafrecht en het punitieve bestuursrecht met betrekking tot de wettelijk geregelde rechtsbescherming en de rechtspositie van de justitiabele wenselijk is. Zoals uit het voorgaande blijkt, hebben in het bijzonder op het gebied van het punitieve bestuursrecht veel ontwikkelingen plaatsgevonden. Deze zijn goed verklaarbaar vanuit de gedachte dat het bestuursrecht een efficiënt handhavingssysteem is uitgaande van een handhavend bestuur dat over de vereiste deskundigheid beschikt. Tegelijkertijd is het resultaat van deze, op zichzelf begrijpelijke wens om de ordeningswetgeving op de meest effectieve en efficiënte wijze te handhaven, een uit het oogpunt van rechtsbescherming niet meer volledig in balans functionerend handhavingssysteem. Het niveau van de wettelijk geregelde rechtsbescherming in het punitieve bestuursrecht is niet met de geschetste ontwikkelingen meegegroeid. De thans in het bestuursrecht opgenomen rechtswaarborgen bij bestuurlijke sancties zorgen voor een adequate rechtsbescherming waar het gaat om beboeting voor feiten die zowel wat hun aard betreft als de wijze waarop zij worden geconstateerd, relatief eenvoudig en licht zijn. Maar nu zowel de feiten niet altijd meer eenvoudig te constateren zijn, de ernst van de feiten groot kan zijn en ook overigens de boetes zeer hoog kunnen zijn, dient opnieuw naar de rechtsbescherming gekeken te worden. Voorts is dat ook nodig omdat het strafrecht intussen de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten kent in de vorm van een strafbeschikking en er niet goed verklaarbare verschillen bestaan tussen de strafbeschikking en het punitieve bestuursrecht. Bij de hier bedoelde afstemming zullen de eerder genoemde Europees- en internationaalrechtelijke verplichtingen die uit het EU-Handvest van de grondrechten, het EVRM en het IVBPR voortvloeien, gerespecteerd dienen te worden.

Aan de noodzaak van betere afstemming van het strafrecht en het bestuursrecht door de wetgever doet niet af de convergentie die reeds nu in de praktijk plaatsvindt wat de toetsing van punitieve sancties door de bestuursrechter betreft. Zoals blijkt uit de bijlage, verandert de houding van de bestuursrechter, die punitieve sancties bijvoorbeeld steeds indringender toetst. Deze veranderende houding wordt mede ingegeven door Europees- en internationaalrechtelijke verplichtingen. Dit neemt niet weg dat de bestuursrechter gebonden is aan de nationaalrechtelijke wettelijke kaders op dit terrein. De mogelijkheden om via de rechtspraak convergentie te bereiken zijn daardoor beperkt.

Terugkeer naar de jaren 90'?

Deze afstemming van beide stelsels op elkaar hoeft echter niet te betekenen dat de ontwikkeling van het punitieve bestuursrecht naar de bestuursrechtelijke beboeting van naar aard en feitencomplex minder eenvoudige feiten wordt teruggedraaid, waardoor het punitieve bestuursrecht zich opnieuw zou beperken tot de veelvoorkomende, relatief eenvoudige en lichte feiten. Het bestuursrecht heeft zich op veel terreinen van ordeningswetgeving bewezen en een terugkeer naar de situatie van begin jaren negentig is niet realistisch.

Gevolgen afstemming strafrecht en bestuursrecht voor rechtsbescherming

Een betere afstemming tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht wat de rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele betreft, zou betekenen dat het niveau van de rechtsbescherming in het bestuursrecht op terreinen waarop de Afdeling de verschillen heeft signaleerd wijzigt, maar ook op onderdelen het niveau van de rechtsbescherming bij de strafbeschikking. (zie noot 32) Het is in de eerste plaats aan de wetgever om daarin concrete inhoudelijke keuzes te maken.

Hoogte van boetes; uitvoeringspraktijk

De Afdeling heeft haar onderzoek en dit advies beperkt tot verschillen in rechtsbescherming tussen het punitieve bestuursrecht en het strafrecht. Dat neemt niet weg dat het de Afdeling is opgevallen dat de hoogte van mogelijk op te leggen boetes in het punitieve bestuursrecht bij soortgelijke overtredingen (nog steeds) sterk uiteenlopen. Voorts wijken de hoogte en vormgeving (sc. boetemaxima of vaste boetes of uitwerking in beleidsregels) van strafrechtelijke boetes nogal eens af van die uit het punitieve bestuursrecht. Bij wijze van voorbeeld wijst de Afdeling op haar advies van 5 maart 2015 over het wetsvoorstel inzake de verhoging van voor de ACM geldende boetemaxima, waarin is opgemerkt dat de verwijzing naar het strafrecht en het financieel toezicht geen passend argument vormt voor de voorgestelde verhoging van het boetemaximum voor lichte overtredingen. (zie noot 33) De Afdeling merkte op dat de lichte overtredingen die de ACM kan beboeten - zoals het te laat of het niet, niet juist of niet volledig verstrekken van gegevens en inlichtingen - niet vergelijkbaar zijn met de overtredingen waarvoor in het strafrecht en het financieel toezicht zeer hoge absolute boetemaxima gelden.

Ook het rapport "Referentiekader geldboetes" (verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht) concludeert dat het algemene beeld van de bestraffende rechtshandhaving van het ordeningsrecht op het punt van de boetehoogte en de vormgeving wordt gekenmerkt door grote verscheidenheid. Het rapport spreekt zelfs van willekeur. (zie noot 34) Het lijkt erop alsof per departement, soms zelfs per bestuursorgaan van uiteenlopende uitgangspunten bij de bepaling van de hoogte van boetes wordt uitgegaan. De Afdeling adviseert tot eenheid van uitgangspunten voor de bepaling van de hoogte van boetes. Daarvoor is meer nodig dan de in de kabinetsreactie over het genoemde rapport toegezegde aanpassing van de aanwijzingen voor de regelgeving en een opnemng van uitgangspunten voor bepaling van de hoogte van de boete in het Integraal Afwegingskader (IAK). (zie noot 35) Weliswaar lopen de contexten waarbinnen het bestuurlijke en strafrechtelijke boetestelsel functioneren uiteen, maar meer regie is in dit opzicht nodig die, voor zover de hoogte van boetes bij wetgeving in formele of materiële zin worden bepaald, van het ministerie van Veiligheid en Justitie zou moeten uitgaan. Die regie zou zich ook overigens op de uitvoeringspraktijk van de bestraffing in het bestuursrecht en het strafrecht kunnen richten. Om een voorbeeld te noemen: het Wetboek van strafvordering kent regels over het opmaken van een proces-verbaal, het bestuursrecht niet.

6. Handreikingen voor de te maken keuzes

De Afdeling reikt richtingen voor een aantal te maken keuzes aan. Deze zijn gebaseerd op de analyses van de verschillen tussen de strafrechtelijke en de bestuursrechtelijke rechtsbescherming bij bestraffing, zoals opgenomen in de bijlage. De Afdeling realiseert zich de vraag hoe de te maken keuzes er in concreto uit moeten zien, nader onderzoek vergt, waarvoor dit advies zich niet leent.

a. Wat betreft straftoemeting en bewijsvoering blijkt dat de bestuursrechter zich steeds meer rekenschap geeft van het bijzondere karakter van punitieve sancties en van de noodzaak tot een soms afwijkende toepassing van bestuursrechtelijke leerstukken. Strafrecht en bestuursrecht groeien zo naar elkaar toe. Daarbij is het - bezien vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming van de justitiabele tegenover een bestraffende overheid - naar het oordeel van de Afdeling wenselijk dat de rechter de bestraffing indringend beoordeelt. Dat kan door zelfstandig de boete te bepalen, met oog voor consistentie in de sanctie-oplegging. Dat kan ook door als bestuursrechter, ook als de sanctie door beleidsregels wordt bepaald, de aard en ernst van de overtreding af te wegen tegen de door de overheid reeds opgelegde straf en daarbij voorts andere omstandigheden zoals de draagkracht te betrekken. Hoe groter

de ruimte is die de bestuursrechter zichzelf toemeet, hoe gelijkwaardiger de rechtsbescherming van de justitiabele tegenover de bestraffende overheid in het strafrecht of punitieve bestuursrecht zal zijn. De wetgever kan dit ondersteunen door bij de oplegging van de straf de gebondenheid van de rechter aan beleidsregels te beperken. Dat zou ook kunnen door in beleidsregels meer en fijnmaziger te differentiëren.

b. Bij het wegnemen van verschillen omtrent het heffen van griffierechten (in het strafrecht geen griffierecht verschuldigd en in het bestuursrecht wel), zijn, volgens de Afdeling, ten minste twee oplossingsrichtingen denkbaar. Enerzijds kan gedacht worden aan het heffen van griffierechten bij verzet tegen een strafbeschikking, zij het dat deze optie van de hand is gewezen bij de invoering van de Wet OM-afdoening met een beroep op de toegang tot de rechter. (*zie noot 36*) Anderzijds zou gedacht kunnen worden aan de mogelijkheid om het griffierecht in het bestuursrecht speciaal voor de bestuurlijke boete af te schaffen. Het betreft hier immers een belastend, bestraffend, overheidsbesluit. (*zie noot 37*)

Het vraagstuk op welke wijze het verschil tussen het strafrecht en het bestuursrecht met betrekking tot griffierechten kan worden opgeheven is complex, waarbij ook het bestaande stelsel van zekerheidsstelling in bijvoorbeeld de Wet Mulder moet worden betrokken. Nader onderzoek is vereist.

c. Wat betreft het verschil in de schorsende werking van rechtsmiddelen (in het strafrecht wel en in het bestuursrecht in principe niet), kan worden gedacht aan een regeling als getroffen in de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt. Daar is schorsende werking toegekend aan de fase van bezwaar. Voorts komt het de Afdeling wenselijk voor cumulatie van de verplichting tot het betalen van griffierechten en onthouding van schorsende werking in het bestuursrecht te voorkomen.

d. Wat betreft het verschil in de verjaringstermijnen, adviseert de Afdeling om deze te uniformeren. Waar de wettelijke grens moet worden getrokken en of dat bijvoorbeeld de grenzen van 3 en 6 jaar (*zie noot 38*) zouden moeten zijn, zou nader moeten worden onderzocht. De bijbehorende boetehoogte zou afzonderlijk dienen te worden bekeken.

e. Ten aanzien van de hoorplicht en rechtsbijstand meent de Afdeling dat de hoorplicht vanaf eenzelfde drempel zou behoren te gelden in beide handhavingssystemen waarbij moet worden opgemerkt dat de drempel van 2000 euro bij de strafbeschikking in vergelijking met de drempel van 340 euro in het bestuursrecht erg hoog is. Het is daarbij aan de wetgever om de hoogte van de drempel vast te stellen en daarbij de aanvullende rechtsbescherming die is ingebouwd in de strafbeschikking - te weten het horen van de overtreder bijgestaan door een raadsman - te betrekken. Daarbij is het niet ondenkbaar dat gekozen wordt voor drempels van verschillende hoogte voor enerzijds het horen en anderzijds het recht op bijstand van een raadsman.

f. Wat betreft het verschil in beroepstermijnen (bij de bestuurlijke boete zes weken en bij de strafbeschikking twee weken) adviseert de Afdeling dit op te heffen, waarbij zij opmerkt dat het niet slechts een verschil in termijnen betreft, maar ook een verschil in het aanvangstijdstip van de termijn. In het strafrecht vangt de termijn van veertien dagen niet eerder aan dan nadat de veroordeelde van de strafbeschikking op de hoogte raakt. In het bestuursrecht is het aanvangstijdstip de dag na bekendmaking besluit/verzending uitspraak. Of de betrokkene de beschikking daadwerkelijk heeft ontvangen doet er niet toe. (*zie noot 39*)

De Afdeling merkt op dat indien een zaak eenmaal is voorgelegd aan een rechter - en derhalve geen sprake meer is van buitengerechtelijke afdoening - wat betreft het

vervolgtraject kan worden aangesloten bij de reeds bestaande termijnen in het strafrechtelijk en bestuursrechtelijk stelsel. Vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van de justitiabele is er dan geen noodzaak meer tot convergentie. De termijn voor het instellen van hoger beroep kan dan in het strafrecht veertien dagen blijven en de termijn in het bestuursrecht zes weken.

g. Bij het wegnemen van het verschil op het terrein van justitiële documentatie (geen aantekening in het bestuursrecht, wel in het strafrecht), zou volgens de Afdeling gedacht kunnen worden aan een nieuwe drempel (dan die van € 100) of een ander systeem voor de registratie van geldboetes om te voorkomen dat te veel informatie wordt gedocumenteerd en daarmee de waarde van de justitiële documentatie vermindert. (*zie noot 40*) Bij de overweging die eventueel leidt tot de vaststelling van een nieuwe drempel en/of een nieuw systeem moet tevens een afweging worden gemaakt tussen de belangen die gediend zijn met een aantekening in de justitiële documentatie en de gevolgen die een dergelijke aantekening kan hebben voor de justitiabele.

Verdere opties bij wegnemen verschillen

Naast inhoudelijke keuzemogelijkheden bij het wegnemen van de verschillen, wijst de Afdeling op verdere denkbare opties. De wetgever zou ervoor kunnen kiezen om de ongerechtvaardigde verschillen tussen het strafrecht en het bestuursrecht weg te nemen en de rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties over de gehele linie te verzwaren. Een verzaamd niveau van de rechtsbescherming zou dan zowel bij lichte, veelvoorkomende feiten gelden als bij de meer complexe feiten die al dan niet met hoge boetes worden bestraft. Uitgangspunt is immers dat het voor de rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele niet moet uit maken hoe de beboeting van een eenvoudig dan wel een ingewikkeld feit wordt getoetst. Bij deze benadering rijst echter de vraag of voldoende rekening wordt gehouden met andere aspecten die van belang zijn bij de inrichting van een handhavingstelsel, zoals die van effectiviteit en efficiency. Een andere mogelijkheid zou zijn om de bestuursrechtelijke rechtsbescherming alleen daar te verzwaren waar de noodzaak zich opdringt. Dat betreft de gevallen waarin het niet langer gaat om lichte eenvoudig vaststelbare feiten, maar om zwaardere en minder eenvoudig vaststelbare overtredingen of om overtredingen die zwaar worden beboet, ook al zijn zij eenvoudig vaststelbaar en minder zwaar. De consequentie hiervan zou een tweedeling zijn in de rechtsbescherming in het punitief bestuursrecht. Opmerking verdient in dit verband dat ook de als reparatoir aan te merken sancties ingrijpend kunnen zijn, vergelijkbaar met een forse boete. Een verzaamd regime van bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou ook in die situaties passend kunnen zijn.

De hier bedoelde tweedeling heeft het voordeel van het behoud van efficiency bij veelvoorkomende, relatief eenvoudige feiten. Deze optie verdient, naar het oordeel van de Afdeling, de voorkeur. Wanneer de wetgever hiervoor kiest, zal deze ook een bepaalde grens moeten vaststellen waarlangs de hier bedoelde tweedeling zal verlopen. Welke grens dat zou moeten zijn betreft een niet eenvoudig te beantwoorden vraag. Wellicht zou aansluiting gezocht kunnen worden bij de grens die thans in het strafrecht geldt ten aanzien van de strafbeschikking. De strafbeschikking en de bestuurlijke boete zijn vergelijkbare instrumenten. In de Wet OM-afdoening is bepaald dat een strafbeschikking kan worden opgelegd voor alle overtredingen en voor misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf is gesteld van niet meer dan zes jaar (art. 257a Sv). Voor deze misdrijven geldt dat in de meeste gevallen in plaats van een gevangenisstraf een geldboete van de vijfde categorie van het Wetboek van Strafrecht kan worden opgelegd (thans € 81.000). De wettelijke grens van de vijfde boetecategorie zou, als één van de opties, wellicht de grens

kunnen bepalen waarop een verzwaaard niveau van rechtsbescherming in het bestuursrecht dient te gelden. *(zie noot 41)*

Inwisselbaarheid stelsels na wegnemen verschillen

Een betere afstemming van de rechtsbescherming in het strafrecht en het bestuursrecht vergt aanpassing van de geldende stelsels van het punitieve bestuursrecht en van het strafrecht en daarbinnen van de strafbeschikking. Een dergelijke aanpassing betekent dat het vaak uit een oogpunt van rechtsbescherming niet zal uitmaken of voor het bestuursrecht dan wel voor het strafrecht worden gekozen. Daarmee worden beide stelsels nog niet inwisselbaar. Daar waar het wenselijk is dat waarheidsvinding en berechting in een openbare zitting plaatsvinden, de normovertreding een inbreuk vormt op de lichamelijke of psychische integriteit van personen, opsporingsbevoegdheden en ingrijpende dwangmiddelen uit het strafrecht nodig zijn of een vrijheidsstraf of vrijheidsbeperkende maatregel nodig is, is de weg van het strafrecht in ieder geval aangewezen. Voorts is de Afdeling van oordeel dat overtredingen die een zodanige inbreuk maken op de belangen van burgers en bedrijven of een zodanig forse bedreiging vormen voor het integer functioneren van (sectoren binnen) de samenleving dat het wenselijk is dat de overtreder zich ten overstaan van de rechter verantwoordt, via het strafrecht zouden moeten worden bestraft.

7. Conclusie

De Afdeling realiseert zich dat de gewenste afstemming tussen het strafrecht en het bestuursrecht tot aanpassing van wetgeving zou moeten leiden en daarom tijd vergt. De vraag voor welk sanctiestelsel en op basis van welke overwegingen een keuze voor een bepaald sanctiestelsel moet worden gemaakt blijft een rol spelen. Zolang de wettelijke bestuurs- en strafrechtelijke rechtsbescherming bij punitieve sancties niet op elkaar zijn afgestemd, zou de wetgever - bij wijze van een tussentijdse oplossing - ervoor kunnen kiezen om aan iedere nieuw te introduceren wettelijke bevoegdheid tot handhaving via de bestuurlijke boete een grens te stellen. *(zie noot 42)* Bij gebrek aan een sluitend stelsel van kwalitatieve criteria lijkt een eenvoudig toe te passen grens de voorkeur te hebben. De Afdeling realiseert zich dat aan het noemen van een eenvoudig toe te passen grens die vrij hoog is, nadelen kleven. De vraag rijst bijvoorbeeld of deze veel zal veranderen. Als bestaande gevallen buiten schot blijven (hetgeen voor de hand zou liggen) verandert er weinig.

Een mogelijke grens zou eventueel de hiervoor genoemde grens van de vijfde boetecategorie van het Wetboek van Strafrecht kunnen zijn. Concreet zou dit betekenen dat indien behoefte aan hogere boetes bestaat, de zaak via het strafrecht dient te worden afgedaan door deze rechtstreeks aan de strafrechter voor te leggen. De bestuurlijke boete is in dat geval vooralsnog geen geschikt instrument (de strafbeschikking dus ook niet). Voordeel van een concrete grens is dat deze reeds nu een praktisch handvat biedt voor de vraag voor welk sanctiestelsel op wettelijk niveau gekozen dient te worden. *(zie noot 43)*

De vice-president van de Raad van State

Bijlage

Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht

a. Straftoemeting en bewijsvoering

In het bestuursrecht legt het bestuursorgaan een bestuurlijke boete op aan een overtreder.

(zie noot 44) Indien tegen dit boetebesluit - na de bezwaarfase - beroep wordt ingesteld, toetst de bestuursrechter dit besluit op rechtmatigheid. Het besluit vormt daarom de ingang van de bestuursrechtelijke procedure. De bestuursrechter toetst het besluit en legt niet zelf de sanctie op aan de overtreder. (zie noot 45) Daarbij neemt hij de wettelijke regeling en de meestal daarbij behorende beleidsregels van het bestuur als uitgangspunt. Wat de bewijsvoering betreft merkt de Afdeling op dat het bestuursrecht een vrij bewijsstelsel kent. Er zijn derhalve geen wettelijke beperkingen gesteld aan de bewijsmiddelen en de bewijswaardering. Doordat het terrein van het punitieve bestuursrecht en het strafrecht elkaar zijn gaan overlappen is deze traditionele rol van de toetsende bestuursrechter in een ander perspectief komen staan. Mede daardoor is de bestuursrechter gaan zoeken naar mogelijkheden om de justitiabele betere rechtswaarborgen te bieden. Hij is zich veel actiever gaan opstellen. Zo is de bestuursrechter bij de beoordeling van de evenredigheid van de opgelegde boete geneigd om de persoonlijke omstandigheden en factoren zoals de draagkracht van de overtreder, zijn opstelling en de vraag of sprake is van recidive te betrekken om vervolgens te concluderen of de opgelegde boete evenredig dan wel niet onevenredig is. (zie noot 46)

Waarneembaar is dat de toetsing van de hoogte van de opgelegde boete op onderdelen is veranderd en genuanceerd. Het aantal matigingen van boetes is dan ook toegenomen. De opgelegde boetes worden meer dan voorheen op basis van een samenstel van de naar voren gebrachte feiten en omstandigheden gematigd, ook al zouden sommige van deze omstandigheden op zichzelf niet tot matiging leiden. (zie noot 47)

Verder is de bestuursrechter vanwege het punitieve karakter van het bestuurlijke boetebesluit strengere eisen gaan stellen aan het bewijs dat het bestuursorgaan aan de bestuurlijke boete ten grondslag legt. (zie noot 48) Uitgangspunt is dat de bewijslast bij het bestuursorgaan rust en in geval van twijfel aan de betrokkene het voordeel van de twijfel dient te worden gegund. (zie noot 49) Het bestuursorgaan moet aantonen dat de overtreding is begaan; (zie noot 50) aannemelijkheid is niet voldoende. Het boeterapport geldt daarbij als een sterk bewijsmiddel. De rechter kan in beginsel uitgaan van de juistheid van een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt en ondertekend proces-verbaal. Dit is slechts anders indien sprake is van bijzondere omstandigheden. (zie noot 51)

De veranderende houding van de bestuursrechter blijkt voorts onder andere uit het feit dat nieuwe gronden ook in (hoger) beroep kunnen worden aangevoerd (zie noot 52) of dat de bestuursrechter bij de beoordeling van de hoogte van de boete rekening dient te houden met de omstandigheden van de overtreder, waaronder diens draagkracht op het moment van de beoordeling. (zie noot 53)

Die veranderende houding van de bestuursrechter kan te maken hebben met de veel zwaardere en feitelijk meer gecompliceerde feiten waarvoor het bestuur punitieve sancties kan opleggen met vergaande gevolgen voor de betrokkenen. Daarmee is de wettelijke rol van de bestuursrechter echter niet gelijkwaardig aan die van de strafrechter. De strafrechter is, anders dan de bestuursrechter, geen toetsende rechter. Zijn taak is om op grond van de aanwezige feiten met toepassing van een negatief wettelijk bewijsstelsel (tot een veroordeling mag slechts worden overgegaan indien het feit wettig en overtuigend is bewezen), (zie noot 54) tot een oordeel te komen over de strafbaarheid van de dader alsmede van het feit en daarbij zelf een proportionele straf op te leggen. (zie noot 55) Dit is niet anders bij de strafbeschikking. Indien de officier van justitie de zaak aan de rechter voorlegt, beoordeelt de rechter de zaak integraal: hij is niet gebonden aan het oordeel van de officier van justitie over (de hoogte van) de strafbeschikking, noch is hij beperkt tot het toetsen van (de evenredigheid van) de strafbeschikking met een eventuele matiging als

gevolg. Daarnaast kan de strafrechter maatwerk leveren omdat in het strafrecht een combinatie kan worden gemaakt van verschillende soorten straffen.

b. Griffierechten

In het strafrecht hoeft de justitiabele geen griffierecht te betalen. Dit geldt zowel indien sprake is van een dagvaarding, als wanneer het OM een strafbeschikking heeft opgelegd en de burger daartegen in verzet gaat.

In het bestuursrecht daarentegen geldt een algemene verplichting tot betaling van griffierecht voordat de belanghebbende een beroep kan doen op de bestuursrechter. Daarbij wordt geen uitzondering gemaakt voor de punitieve bestuurlijke boetebesluiten, ook niet wanneer deze boetes zeer hoge bedragen betreffen. Dit is, zoals hiervoor gesteld in het bestuursrecht geen uitzondering meer.

De huidige situatie waarin de burger pas na betaling van griffierecht de opgelegde bestuurlijke boete bij de bestuursrechter ter sprake kan brengen levert geen strijd op met het EVRM. Het heffen van griffierechten vormt - behoudens uitzonderingen - geen ongeoorloofde beperking in de toegang tot een rechter als bedoeld in art. 6 EVRM. (zie noot 56) Het EHRM heeft zich echter alleen in algemene zin uitgelaten over het heffen van griffierechten en niet over de situatie dat deze worden geheven bij een beroep tegen een boetebesluit. (zie noot 57) Het ECRM heeft griffierechten wel expliciet aanvaard in situaties waar het gaat om 'criminal charge' in de zin van art. 6 EVRM. (zie noot 58) Volgens de commissie is het heffen van griffierechten toelaatbaar nu zij bijdragen aan de verwezenlijking van een 'proper administration of justice'. De Nederlandse bestuursrechter heeft ook reeds geaccepteerd dat het heffen van griffierechten in geval van de bestuurlijke boete niet problematisch is in het kader van artikel 6 EVRM, tenzij het griffierecht onevenredig bezwarend is. (zie noot 59)

Een belangrijke reden voor het heffen van griffierechten is de wens van de overheid om een 'tegenprestatie' te ontvangen van een rechtzoekende die een beroep doet op de bestuursrechter. Het voorleggen van een zaak vergt immers de nodige capaciteit van het rechterlijk apparaat. Tevens wordt met de heffing van griffierechten beoogd dat de rechtzoekende een afweging maakt tussen het belang van het aanbrengen van de zaak en de daaraan verbonden kosten. (zie noot 60) Bij de regeling van de griffierechten is rekening gehouden met de draagkracht van de justitiabele en het proportionaliteitsbeginsel. (zie noot 61)

Samengevat hebben griffierechten zowel een instrumentele functie als een budgettaire functie.

Zowel in het geval van de bestuurlijke boete als in het geval van de strafbeschikking gaat het om punitieve overheidsbesluiten die zonder tussenkomst van de rechter zijn genomen. In het geval van een strafbeschikking wordt evenwel geen griffierecht geheven bij verzet terwijl in het bestuursrecht geen beroep op de bestuursrechter mogelijk is zonder de griffierechten te betalen. Gelet op dezelfde - punitieve - aard van de besluiten is er geen goede reden voor dit verschil.

Op de cumulatie van griffierechten en schorsende werking wordt hieronder ingegaan.

c. Schorsende werking van rechtsmiddelen

In het bestuursrecht heeft het aanwenden van een rechtsmiddel (bezwaar of beroep) geen schorsende werking (art. 6:16 Awb). Voor de procedure bij de oplegging van de bestuurlijke boete gelden in de Awb geen afwijkende regels. Het ontbreken van schorsende werking betekent dat ondanks het instellen van bezwaar of beroep de verplichting tot betaling van de

boete blijft bestaan. Dit zonder dat een rechter naar de zaak heeft gekeken en de schuld in rechte is komen vast te staan. Het instellen van hoger beroep heeft evenmin schorsende werking. (zie noot 62) Het renteverlies dat voor de burger kan optreden wanneer hij eerst betaalt, en vervolgens in bezwaar of beroep in het gelijk wordt gesteld, moet het bestuursorgaan echter vergoeden (art. 4:102 Awb). In enkele wetten in de sfeer van mededinging of consumentenbescherming is de schorsende werking van rechtsmiddelen, in afwijking van de Awb wél geïntroduceerd, omdat daar zeer hoge boetes kunnen worden opgelegd. (zie noot 63)

In het strafrecht daarentegen, heeft het instellen van een rechtsmiddel wel schorsende werking. (zie noot 64) Dit geldt ook voor het middel verzet tegen de strafbeschikking (art. 257g, tweede lid, Sv) en bij het aanwenden van rechtsmiddelen tegen de uitspraak in de verzetprocedure. (zie noot 65) Aldus kan worden vastgesteld dat sprake is van een verschil in rechtspositie voor de burger. Het hangt van het handhavingssysteem dat door de overheid wordt gebruikt af, of het aanwenden van een rechtsmiddel schorsing van de sanctieoplegging met zich brengt.

De Afdeling merkt op dat bij de parlementaire behandeling van de Vierde tranche van de Awb in 2004 de regering reeds is ingegaan op de kwestie van de schorsende werking van rechtsmiddelen in het bestuursrecht. De wetgever achtte de schorsende werking niet gewenst, omdat daarmee de slagvaardigheid van het bestuursrecht in gevaar zou komen. Omdat de wetgever beseftte dat reeds op dat moment zeer hoge boetes met onevenredige financiële lasten voor de justitiabele in geval van de verplichting tot onmiddellijke betaling, bijvoorbeeld op het gebied van mededinging, konden worden opgelegd, koos hij ervoor alleen bij wijze van uitzondering de schorsende werking aan rechtsmiddelen in enkele bijzondere wetten te verlenen. Bovendien zou het ontbreken van de schorsende werking in het bestuursrecht niet problematisch zijn nu de justitiabele altijd om opschorting van de tenuitvoerlegging van de boete kan vragen in de voorlopige voorzienig procedure ex art. 8:81 Awb. (zie noot 66)

Sinds de Vierde tranche van 2004 zijn er aanzienlijk meer hoge bestuurlijke boetes. Anders dan in toen werd verondersteld gaat het hier niet alleen om miljoenenboetes voor grote bedrijven, maar ook om zware boetes voor kleine ondernemingen en zelfs particulieren. Boetes in dit soort gevallen kunnen een ingrijpend karakter hebben en tot een onevenredige financiële last leiden. Het is de vraag in hoeverre de mogelijkheid van het aanvragen van de voorlopige voorziening bij de bestuursrechter in dit soort gevallen soelaas kan bieden. Uit de jurisprudentie blijkt dat de bestuursrechter in dergelijke situaties niet gauw spoedeisendheid van het belang aanneemt. (zie noot 67) Op basis van het voorgaande lijkt er op voorhand geen rechtvaardiging te bestaan voor het verschil tussen het strafrecht en het bestuursrecht en het ontbreken van schorsende werking van rechtsmiddelen voor het bestuursrecht in het licht van de ingrijpend gewijzigde context waarin de bestuurlijke boete tegenwoordig functioneert.

Cumulatie: griffierechten en schorsende werking

In het bestuursrecht geldt thans, ook voor punitieve sancties, dat zowel griffierechten worden geheven als dat schorsende werking - behoudens enkele uitzonderingen - wordt onthouden aan het instellen van bezwaar en beroep. In het strafrecht is daarentegen sprake van een tegenovergestelde situatie: geen griffierechten en wél schorsende werking indien verzet wordt gedaan of hoger beroep en cassatie wordt ingesteld. Geconcludeerd kan worden dat de justitiabele in deze situatie twee keer moet betalen, indien hij wil ageren tegen een sanctie die wordt opgelegd in de bestuursrechtelijke context. (zie noot 68) Deze in het bestuursrechtelijk systeem optredende 'cumulatie' van griffierechten en onthouding van

schorsende werking kan ook zijn uitwerking hebben op de draagkrachtproblematiek. Voor minder draagkrachtigen zou eerder een situatie kunnen ontstaan dat het heffen van griffierechten onevenredig bezwarend is. Dat zou onder bijzondere omstandigheden een ongeoorloofde belemmering van de toegang tot de rechter kunnen opleveren. (zie noot 69)

d. Verjaring

In de artikelen 70-73 van het Wetboek van Strafrecht is de verjaring van het recht tot strafvervolgning geregeld. De ratio achter de verjaringsregeling is dat door tijdsverloop een verminderde behoefte van de samenleving bestaat aan bestraffing van de dader. (zie noot 70) Deze gedachte is ook terug te vinden in de langere of afwezige verjaringstermijnen voor ernstiger delicten. Voor alle overtredingen geldt een verjaringstermijn van drie jaren, dat zijn overtredingen waarvoor een geldboete kan worden opgelegd tot en met de derde categorie (thans € 8100). (zie noot 71) De verjaringstermijn vangt ingevolge art. 71 Sr aan op de dag na die waarop het feit is gepleegd.

In het bestuursrecht bepaalt art. 5:45 Awb wanneer de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vervalst. De vervaltermijn voor overtredingen bedreigd met een maximum boete van € 340 bedraagt drie jaren. De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete voor een overtreding die wordt bedreigd met een boete van meer dan € 340 vervalst na vijf jaren.

Het voorgaande laat zien dat de verjaringstermijnen in het strafrecht en het bestuursrecht niet parallel lopen, ondanks dat de achterliggende logica hetzelfde is: bij lichtere feiten is de verjaringstermijn korter dan bij zwaardere feiten.

e. Hoорplicht en rechtsbijstand

Horen van de verdachte

Zowel in het geval van de bestuurlijke boete als in het geval van de strafbeschikking geldt de eis dat de verdachte voorafgaand gehoord dient te worden. De wijze waarop een dergelijke hoorplicht is vormgegeven, verschilt echter. Met betrekking tot de bestuurlijke boete geldt een grens van € 340. Bij bestuurlijke boetes die hoger zijn dan dat bedrag dient de overtreder in principe te worden gehoord (artikel 5:53, derde lid, Awb). Wat de strafbeschikking betreft geldt een grens van € 2000 (artikel 257c, tweede lid, Sv). Wanneer de officier van justitie voornemens is bij een strafbeschikking een andere maatregel op te leggen, zoals een taakstraf, een ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen dan wel een aanwijzing betreffende het gedrag van de verdachte, dan dient de verdachte steeds te worden gehoord (artikel 257c, eerste lid, Sv). Voor economische delicten uit de Wet op de economische delicten geldt een hoorplicht voor rechtspersonen bij een strafbeschikking inhoudende betalingsverplichtingen uit hoofde van geldboete en schadevergoedingsmaatregel, welke afzonderlijk of gezamenlijk meer belopen dan € 10.000.

Een extra waarborg is dat van het horen van de verdachte in het kader van een strafbeschikking een schriftelijk verslag wordt opgemaakt. Daarbij geldt dat indien de strafbeschikking afwijkt van de door de verdachte uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, de redenen die tot afwijken hebben geleid aan het verslag worden toegevoegd, tenzij de redenen reeds mondeling zijn opgegeven (artikel 257c, derde lid, Sv). Overigens is de vraag of de strafbeschikking en de bestuurlijke boetebeschikking op dit punt van elkaar verschillen. Ten aanzien van de beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete geldt immers het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel waaruit volgt dat het bestuur het besluit behoort te motiveren en daarbij ingaat op de standpunten van de betrokkene.

De functie van het horen bij de strafbeschikking is in de eerste plaats het betrachten van de

zorgvuldigheid. (zie noot 72) Dit is niet anders in het geval van een bestuurlijke boete. Toch lopen de eisen voor het horen in geval van de bestuurlijke boete enerzijds en in geval van de strafbeschikking anderzijds niet parallel.

Rechtsbijstand

Dezelfde hierboven genoemde eisen met betrekking tot het horen van de verdachte op het moment dat het bevoegd gezag van plan is om de strafbeschikking op te leggen gelden ook met betrekking tot verplichte rechtsbijstand. Het gaat hierbij uitdrukkelijk niet om het vraagstuk van verplichte procesvertegenwoordiging bij de rechter, maar om de vraag of de zaak buitengerechtelijk kan worden afgedaan zonder dat de betrokkene bijgestaan is door een raadsman.

Voor de strafbeschikking geldt dat de verdachte moet worden bijgestaan door een raadsman wanneer het OM voornemens is een strafbeschikking van € 2000 of meer op te leggen (van € 10.000 of meer voor rechtspersonen met betrekking tot de economische delicten) en wanneer de officier van justitie voornemens is om bij een strafbeschikking een taakstraf, een ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen dan wel een aanwijzing betreffende het gedrag van de verdachte op te leggen. Een uitzondering kan worden gevonden in de fiscale sfeer. Volgens artikel 76, derde lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen geldt bij een geldboete van € 2000 of meer geen verplichte rechtsbijstand. De verplichting om de verdachte te horen geldt wel. (zie noot 73) Indien de verdachte geen raadsman heeft, is afdoening door de rechter gewenst.

Anders dan in geval van de strafbeschikking gelden ten aanzien van de bestuurlijke boete geen algemene vereisten voor verplichte rechtsbijstand. De Awb bepaalt slechts in algemene zin dat een ieder zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen kan laten bijstaan of door een gemachtigde kan laten vertegenwoordigen (artikel 2:1, eerste lid, van de Awb).

Uit het voorgaande blijken verschillen in rechtsbescherming voor de burger tussen de oplegging van een strafbeschikking door het OM en de oplegging van een bestuurlijke boete door een bestuursorgaan. Voor de justitiabele geldt geen gelijke toepassing van de hoorplicht en de verplichte rechtsbijstand. In het strafrecht is met betrekking tot de hoorplicht sprake van een drempel die hoger ligt dan in het bestuursrecht. Ingeval van een strafbeschikking moet de overtreder, indien de hoorplicht geldt, worden bijgestaan door een raadsman. In het bestuursrecht geldt deze eis daarentegen niet. In het bestuursrecht wordt de inschakeling van rechtsbijstand aan het inzicht van de betrokkene overgelaten zonder dat dit consequenties heeft voor de mogelijkheid van beboeting. (zie noot 74)

f. Beroepstermijn

Zowel bij de bestuurlijke boete als bij de strafbeschikking, die beide een vorm van buitengerechtelijke oplegging van een straf zijn, dient de justitiabele zelf actie te ondernemen om de zaak aan een rechter voor te leggen. Voor de strafbeschikking geldt een andere termijn om daartegen te ageren dan wanneer een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Daarbij komt dat in het geval van een OM-strafbeschikking verschillende termijnen van toepassing kunnen zijn, afhankelijk van de boetehoogte en de termijn die is verstreken tussen het uitvaardigen van de beschikking en de overtreding.

In het bestuursrecht geldt ingevolge art. 6:7 Awb een termijn van zes weken om tegen een besluit in bezwaar dan wel beroep te komen. Deze termijn is van overeenkomstige toepassing op het hoger beroep. (zie noot 75) De termijn vangt aan de dag na bekendmaking van het besluit. (zie noot 76) In hoger beroep wordt het aanvangsmoment van de

appeltermijn gekoppeld aan de dag na toezending van de uitspraak van de rechtbank. (zie *noot 77*) De rechter toetst ambtshalve of binnen de termijn bezwaar, beroep of hoger beroep is ingesteld. (zie *noot 78*) Hoewel de termijn van zes weken langer is dan de termijn van 30 dagen die voor de uniformering in de Awb in veel bestuursrechtelijke wetgeving werd gebruikt, achtte de Awb wetgever deze redelijk. Zo kon de termijn van 30 dagen te kort zijn, onder andere omdat de belanghebbende vaak eerst een deskundige wil raadplegen, alvorens een beslissing te nemen over het aanwenden van de rechtsmiddelen. Bovendien nam de wetgever in ogenschouw dat het in de huidige tijd niet ongebruikelijk is voor langere periodes met vakantie te gaan. Hierdoor kan tijdnood ontstaan bij het hanteren van een termijn van een 30 dagen/een maand. (zie *noot 79*)

In het strafrecht geldt sinds jaar en dag een termijn van veertien dagen om tegen een uitspraak van de rechtbank op te komen. Deze termijn is van openbare orde (zie *noot 80*) en begint te lopen hetzij op de dag na de einduitspraak, hetzij op het moment dat een omstandigheid zich heeft voorgedaan, waaruit de bekendheid voortvloeit met het vonnis. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel OM-afdoening is aan de orde gekomen welke termijn het meest geschikt zou zijn voor het doen van verzet tegen een strafbeschikking. Daarbij is zowel de termijn van zes weken als die van twee weken aan de orde geweest. De termijn van zes weken zou redelijker zijn, gezien de parallellen tussen de strafbeschikking en de bestuurlijke boete. (zie *noot 81*) Dit maakt het redelijk om de verdachte dezelfde termijn voor verzet te gunnen als de Awb voorschrijft. Uiteindelijk is gekozen voor de termijn van twee weken, gelet op de bestaande systematiek van het strafrecht.

De termijn van twee weken voor het instellen van rechtsmiddelen in het strafrecht stamt van ver voor de tijd waarin het instrument van de strafbeschikking werd geïntroduceerd. Door het overnemen van de in het strafrecht geregelde termijn van twee weken bij de strafbeschikking ontstaat een verschil tussen het strafrechtelijke en bestuursrechtelijke systeem, zonder dat een dwingende rechtvaardiging voorhanden is.

g. Justitiële documentatie

Voor misdrijven volgt een aantekening in justitiële documentatie vanaf het moment dat iemand wordt verdacht van een misdrijf en de zaak in behandeling is genomen door het OM. Wanneer de zaak vervolgens is afgedaan, wordt de wijze van afdoening of de uitspraak vermeld in de justitiële documentatie. Indien een strafbeschikking is uitgevaardigd wordt ook deze geregistreerd. (zie *noot 82*)

Voor overtredingen ligt het anders. Een aantekening in de justitiële documentatie volgt vanaf het moment dat het OM een beslissing heeft genomen over de afdoening van de zaak. Hierop zijn drie uitzonderingen: (i) er wordt een strafbeschikking opgelegd van minder dan € 100, (ii) de zaak wordt geseponeerd zonder bijzondere voorwaarden, (iii) de rechter legt een geldboete op van minder dan € 100. (zie *noot 83*)

Er volgt evenwel altijd een aantekening voor overtredingen genoemd in art. 4 Bjsgr. Hieronder vallen onder meer overtredingen van de WED, de Vreemdelingenwet, de Wet wapens en munitie, de Drank- en horecawet. Voor deze delicten volgt een aantekening ongeacht de hoogte van de opgelegde boete.

De ratio achter de aantekening is onder andere het belang van criminaliteitspreventie en goede rechtspleging. De ernst van de overtredingen speelt daarbij een rol. Verder kan een documentatie van bepaalde feiten van belang zijn wanneer daarvoor een wettelijke recidiveregeling bestaat of wanneer bekend is dat recidive een belangrijke rol speelt in een

volgend geval. (*zie noot 84*)

Uit het voorgaande volgt dat strafrechtelijke sancties, waaronder een geldboete van € 100 of hoger worden geregistreerd. De bestuurlijke boete daarentegen, ongeacht de hoogte ervan, wordt niet aangemerkt als een justitieel gegeven. Dit betekent dat zelfs een zeer hoge bestuurlijke boete er niet toe kan leiden dat onder omstandigheden een verklaring omtrent het gedrag (*zie noot 85*) wordt geweigerd. Gelet op de wijze waarop de regeling omtrent de aantekening in justitiële documentatie thans vorm en inhoud heeft, is er op voorhand geen goede reden voor dit verschil.

Indien een bestuurlijke boete uitsluitend bij lichte, massale overtredingen mogelijk zou zijn, zou er geen behoefte zijn om bestuurlijke boetes op te nemen in de justitiële documentatie. Behoeft aan decriminalisering, zoals eerder naar voren gebracht, was inderdaad één van de redenen voor de introductie van de bestuurlijke boete voor dit soort overtredingen. Inmiddels is duidelijk dat niet meer alleen bij lichte feiten voor de bestuurlijke boete wordt gekozen. Dan valt het verschil tussen het bestuursrecht en het strafrecht moeilijk te rechtvaardigen.

Voorlopige reactie (op het advies) van 8 januari 2016

Met veel belangstelling heb ik kennis genomen van het ongevraagd advies (*zie noot 86*) van de Afdeling inzake sanctiestelsels. De vaste commissie voor Veiligheid en Justitie heeft mij verzocht (*zie noot 87*) om zo snel mogelijk een reactie aan uw Kamer te doen toekomen op het advies van de Afdeling. Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om de werkwijze van de interdepartementale werkgroep die is belast met het leveren van bouwstenen ten behoeve van een reactie op het advies van de Afdeling in de vorm van een nader rapport, toe te lichten.

In het advies analyseert de Afdeling onder andere de verschillen tussen de bestuurlijke punitieve sanctie (de bestuurlijke boete) en het strafrecht (inclusief de strafbeschikking) met name vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele. De Afdeling stelt dat deze verschillen tegenwoordig meer in het oog springen, omdat de feiten die worden bedreigd met een bestuurlijke boete en de context van bestuursrechtelijke punitieve handhaving zijn veranderd. De Afdeling geeft aan dat de bestuurlijke boete een grote vlucht heeft genomen en wijst erop dat tegenwoordig ook zware complexe overtredingen worden bedreigd met hoge bestuurlijke boetes en dat soms hoge boetes worden gesteld op relatief lichte feiten. Dit terwijl de bestuurlijke boete, volgens de Afdeling, oorspronkelijk was bedoeld ter handhaving van lichte, veelvoorkomende en eenvoudig vast te stellen overtredingen. Daarbij merkt de Afdeling op dat de wetgever de keuze voor het punitieve bestuursrecht op basis van de meest recente criteria voor de keuze van een sanctiestelsel (waaronder met name 'open' en 'besloten context') (*zie noot 88*) lijkt te maken uit het oogpunt van efficiencyoverwegingen. De Afdeling concludeert op basis van het voorgaande dat de rechtsbescherming van de burger onderbelicht is geraakt bij de overwegingen die de wetgever hanteert bij de keuze van een sanctiestelsel en bij het bepalen van de hoogte van punitieve sancties.

Met de Afdeling ben ik van mening dat de bestuurlijke boete niet meer weg te denken is als handhavingsinstrument en zich een volwaardige plaats heeft verworven in ons handavingsbestel. Het signaal dat er meer aandacht moet zijn voor de verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele tussen het strafrecht en het bestuursrecht, te meer daar het strafrecht in de strafbeschikking een nieuwe buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteit kent, neem ik serieus. Voorts onderschrijf ik de

gedachte dat bij beboeting niet alleen efficiencyoverwegingen ten grondslag behoren te liggen aan de keuze voor een bepaald sanctiestelsel (bestuursrechtelijk, strafrechtelijk dan wel in bepaalde gevallen een combinatie van beide rechtsgebieden). Het is belangrijk te bezien of en in hoeverre, in het licht van de geschetste ontwikkelingen, aanscherping of aanvulling van de verschillende eerder genoemde criteria die ten grondslag liggen aan de keuze voor een punitief handhavingstelsel, aangewezen is.

De Afdeling is van oordeel dat een betere afstemming van het strafrecht en het punitieve bestuursrecht met betrekking tot de wettelijk geregelde rechtsbescherming en de rechtspositie van de justitiabele wenselijk is. In het advies wijst zij op een aantal verschillen in de rechtsbescherming en in de rechtsgevolgen voor de justitiabele tussen het punitieve bestuursrecht en het strafrecht. Het betreft verschillen in de wijze waarop de straf wordt opgelegd dan wel getoetst door de straf- onderscheidenlijk de bestuursrechter. Ook wordt ingegaan op de hoorplicht, beroepstermijn, schorsende werking, verjaring, griffierechten en justitiële documentatie. Mede vanwege de ontwikkeling die de bestuurlijke boete heeft doorgemaakt en de introductie van de strafbeschikking, stelt de Afdeling dat deze verschillen niet (meer) goed te verklaren zijn. Om tot een betere afstemming tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht te komen, doet de Afdeling ook interessante handreikingen voor de dan mogelijk te maken keuzes op de eerdergenoemde punten. In algemene zin geeft de Afdeling de voorkeur aan een verzwaring van het bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsniveau daar waar de noodzaak zich opdringt. Dat doet zich, wat de Afdeling betreft, voor daar waar het "niet langer gaat om lichte eenvoudig vaststelbare feiten, maar om zwaardere en minder eenvoudig vaststelbare overtredingen of om overtredingen die zwaar worden beboet, ook al zijn zij eenvoudig vaststelbaar en minder zwaar".

Aan het oordeel van de Afdeling dat een betere afstemming van het strafrecht en het punitieve bestuursrecht met betrekking tot de rechtsbescherming en de rechtspositie van de justitiabele wenselijk is, lijkt de veronderstelling ten grondslag te liggen dat verschillen in rechtswaarborgen tussen beide stelsels niet functioneel kunnen worden verklaard. De vraag is of die veronderstelling klopt. Zo is op sommige terreinen de keuze voor de bestuurlijke boete soms ingegeven door de behoefte bepaalde wetsovertredingen uit de strafrechtelijke sfeer te halen (zodat onder meer de overtreding niet tot een aantekening in de justitiële documentatie leidt). Het strafrecht en bestuursrecht zijn verder, zoals ook de Afdeling zelf aangeeft, geen volledig inwisselbare stelsels. Daarvan uitgaande, kan niet op voorhand worden uitgesloten dat bepaalde verschillen in rechtsbescherming en rechtswaarborgen tussen het strafrecht en het bestuursrecht functioneel te verklaren en daarmee te rechtvaardigen zijn. Daarnaast blijft relevant dat het strafrecht en het bestuursrecht in een geheel verschillende context zijn geschreven. De bepalingen in het Wetboek van Strafrecht zijn vooral gericht tot de strafrechter die zich, nadat het onderzoek ter terechtzitting is gesloten, op grondslag van de tenlastelegging moet beraden over het te wijzen vonnis. De bepalingen inzake de bestuurlijke boete richten zich vooral op het bestuur nu het in eerste instantie het bestuursorgaan is dat de bestuurlijke boete oplegt. De bestuursrechter toetst vervolgens desgevraagd een dergelijk besluit van het bestuursorgaan terwijl de strafrechter oordeelt over hetgeen het Openbaar Ministerie een verdachte ten laste heeft gelegd. Dit wezenlijke verschil tussen beide stelsels maakt dat een eventuele afstemming van bepaalde aspecten van de rechtsbescherming complex is, temeer daar de verschillen vaak ook onderling weer samenhang vertonen. Dit vergt - zoals de Afdeling zelf ook stelt - nader onderzoek.

Het antwoord op de vraag of en, zo ja, in hoeverre afstemming gewenst is, hangt ten slotte mede af van de opvatting over de gewenste verhouding tussen beide stelsels. Dienen de

stelsels, in ieder geval wat de rechtsbescherming betreft, meer op elkaar te gaan lijken omdat ze een vergelijkbare functie vervullen of dient het verschil in toepassingsbereik tussen de bestuurlijke boete en de strafbeschikking/het reguliere strafrecht het uitgangspunt te zijn, juist vanwege de verschillen in functie?

Het voorgaande maakt duidelijk dat de kabinetsreactie op het ongevraagd advies om een zorgvuldige voorbereiding vraagt. Vanwege het departementoverstijgende belang van deze onderwerpen - punitieve handhaving speelt immers op veel beleidsterreinen - en het bevorderen van het draagvlak voor de te maken keuzes, is ten behoeve van het opstellen van het nader rapport een interdepartementale werkgroep in het leven geroepen. In deze werkgroep worden de aangedragen opties uit het advies over het wegnemen van ongerechtvaardigde verschillen in rechtsbescherming geanalyseerd en wordt verder gedacht over mogelijke aanpassing van de voornoemde keuzecriteria. De werkgroep zal ook de verschillende organisaties die ervaring hebben met punitieve handhaving in de praktijk (waaronder het Openbaar Ministerie en, de politie) alsmede bijvoorbeeld, de raad voor de rechtspraak, de VNG, het IPO en de Unie van Waterschappen tijdig bij deze gedachtevorming betrekken.

De suggestie van de Afdeling om tijdelijk, vooruitlopend op een definitieve standpuntbepaling, de bestuurlijke boete bij ieder nieuw te introduceren wettelijke bevoegdheid tot handhaving in absolute zin te begrenzen op de vijfde boetecategorie van het Wetboek van Strafrecht (waarboven de strafrechter de straf zou moeten opleggen), neem ik niet over. Het hanteren van een dergelijke grens zou voorbij gaan aan het feit dat de (gevoelde) hoogte van een boete een relatief gegeven is. Zo zal een gemiddelde burger een bestuurlijke boete van € 81.000 als zeer hoog ervaren, terwijl voor een groot internationaal bedrijf een zelfde boetebedrag heel weinig impact kan hebben. De hoogte van een bestuurlijke boete moet proportioneel te zijn. Dit betekent dat de hoogte van de boete moet zijn afgestemd op de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is begaan (vgl. art. 5:46 van de Algemene wet bestuursrecht). Voor een ernstige overtreding begaan door een grote kapitaalcrachtige onderneming kan, met andere woorden, een maximumboete van € 81.000 disproportioneel laag zijn. Met het hanteren van een dergelijke grens zou evenmin recht worden gedaan aan de maatschappelijke en politieke wens (*zie noot 89*) om in sommige gevallen voor rechtspersonen afschrikwekkende bestuurlijke boetes op te kunnen leggen. Verder wijs ik erop dat de wetgever op grond van bindende EU-rechtshandelingen ook verplicht kan zijn om op bepaalde overtredingen een maximumboete te stellen die hoger is dan de maximumboete die in het strafrecht kan worden opgelegd. (*zie noot 90*) Tot slot zijn de verschillende maximumboetes onderling ook niet altijd vergelijkbaar, bijvoorbeeld omdat in sommige gevallen (*zie noot 91*) in de hoogte van de bestuurlijke boete tevens het met de overtreding veronderstelde wederrechtelijk verkregen voordeel wordt verdisconteerd terwijl dat in andere wetten (*zie noot 92*) niet het geval is. Ik vind het kortom niet wenselijk om de hoogte van de maximaal op te leggen bestuurlijke boete tijdelijk te begrenzen.

Ik streef ernaar in de eerste helft van 2016 een inhoudelijke reactie op het advies van de Afdeling gereed te hebben in de vorm van een nader rapport.

Deze brief zal ik in afschrift sturen aan zowel de voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal als de vice-president van de Raad van State.

De Minister van Veiligheid en Justitie

Nader rapport (reactie op het advies) van 26 april 2018

De Afdeling advisering van de Raad van State (de Afdeling advisering) heeft een advies uitgebracht inzake sanctiestelsels gebaseerd op artikel 21 van de Wet op de Raad van State. Dit advies, gedateerd 13 juli 2015, moge ik U hierbij aanbieden. Het advies is op 14 september 2015 gepubliceerd. *(zie noot 93)* Daartoe gemachtigd door de ministerraad, moge ik U, mede namens de Minister voor Rechtsbescherming, verzoeken goed te vinden dat dit nader rapport inclusief de bijlage openbaar wordt gemaakt door toezending aan de beide Kamers der Staten-Generaal. Ik kom hiermee de toezegging na van mijn ambtsvoorganger. *(zie noot 94)*

Vanwege de aard van het onderwerp en omwille van de leesbaarheid heeft het kabinet besloten om een zelfstandig standpunt te formuleren over de verhouding tussen het punitieve bestuursrecht en het strafrecht en de onderlinge verschillen. Deze beschouwing treft U in de bijlage aan. Daar waar het kabinet van oordeel is dat bijsturing geboden is, bevat het de aankondiging van concrete maatregelen. Het kabinet gaat - vanzelfsprekend - in zijn standpunt ook nader in op de specifieke problemen en verschillende oplossingsrichtingen die de Afdeling advisering aankaart respectievelijk aandraagt in voornoemd advies inzake sanctiestelsels.

Hoofdpijn standpunt kabinet over de verhouding tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht

Het kabinet constateert dat zowel het strafrecht als het punitieve bestuursrecht (bestuurlijke boete) onmisbaar zijn voor de effectieve handhaving van grote delen van het recht. Behalve voor zeer ernstige overtredingen - waarvoor het strafrecht evident en bij uitstek aangewezen is - is het precies afbakenen van beide punitieve stelsels niet mogelijk. In de afgelopen decennia heeft de bestuurlijke boete een grote vlucht genomen. Niet alleen zijn er steeds meer overtredingen die bestuurlijk kunnen worden beboet, ook is de hoogte van de bestuurlijke boetes toegenomen. Door wettelijke voorschriften op het gebied van het orderingsrecht niet na te leven, zijn soms hele grote financiële voordelen te behalen. Tegelijkertijd is de normatieve lading van deze voorschriften vaak gering. Dan zijn hoge boetes nodig om ook voor berekenende overtreeders voldoende afschrikwekkend te werken en om de uit overtreding verkregen winsten af te kunnen romen. Dat neemt niet weg dat de maatschappelijke discussie zich vooral toespitst op het gebrek aan evenredigheid in de hoogte van (bepaalde) bestuurlijke boetes. Rechters matigen regelmatig opgelegde bestuurlijke boetes in individuele gevallen en soms kan een wettelijk boetestelsel zelfs als geheel volgens de bestuursrechter de evenredigheidstoets niet doorstaan.

Het kabinet heeft bij de beantwoording van de vraag naar de gewenste verhouding tussen beide punitieve stelsels de verantwoording, de evenredigheid en de evenwichtigheid van het overheidsoptreden als ijkpunt genomen. Conclusie van het kabinet is dat, om het maatschappelijk en juridisch draagvlak voor de bestuurlijke boete te behouden, bijsturing geboden is met name ten aanzien van onverklaarbare verschillen in de hoogte van boetes. De belangrijkste maatregel in dit kader is om tot een betere wettelijke en beleidsmatige afstemming te komen tussen de boetehogtes in het bestuursrecht en in het strafrecht. Zo is het bijvoorbeeld niet uit te leggen dat een strafrechter soms gehouden is aan een aanzienlijk lager strafmaximum dan het bestuursorgaan voor dezelfde overtreding. Ook binnen het bestuursrecht moeten de wettelijke boetemaxima zich onderling logisch verhouden. Een deel van de verschillen in rechtsbescherming tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht, waar de Afdeling advisering aandacht voor vraagt, zal zich beter

laten verklaren naarmate de beide stelsels zich wat betreft de boetehogtes logischer tot elkaar verhouden. Daar waar dat niet het geval is, treft het kabinet ook maatregelen of laat nader onderzoek doen. De huidige situatie is in de afgelopen decennia ontstaan en vergt op punten bijsturing. Met de uitwerking en implementatie van de maatregelen die het kabinet aankondigt, zal onvermijdelijk ook tijd gemoeid zijn. De kabinetsreactie heeft dan ook deels een agenderend karakter.

BIJLAGE

Standpunt van het kabinet over de verhouding tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State inzake sanctiestelsels

Het kabinet is van mening dat de Afdeling advisering van de Raad van State (de Afdeling advisering) met reden aandacht vraagt voor de ontwikkelingen op het terrein van de punitieve handhaving van het orderingsrecht in Nederland. Het kabinet heeft in dit advies aanleiding gevonden om onderhavig standpunt te formuleren over de verhouding tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht.

Leeswijzer

In de eerste paragraaf gaat het kabinet kort in op de belangrijkste thema's uit het advies van de Afdeling advisering en geeft deze in eigen bewoordingen weer. Paragraaf 2 bevat de uitgangspunten en invalshoeken die het kabinet heeft gehanteerd bij het formuleren van de onderhavige visie. In de erop volgende paragrafen worden deze nader uitgewerkt. Verder bevat paragraaf 2 een schets van de maatschappelijke context waarbinnen het advies van de Afdeling advisering en dit kabinetsstandpunt gezien moet worden. In paragraaf 3 komt de zoektocht naar en de behoefte aan een onderscheidend keuzecriterium aan bod en beantwoordt het kabinet de vraag op welke wijze - bij gebreke aan een onderscheidend altijd geldend criterium - de keuze tussen bestuursrechtelijke handhaving, strafrechtelijke handhaving of een combinatie van beide (een duaal handhavingssysteem) in toekomstige wetgeving dan wel moet worden gemaakt en gemotiveerd. Paragraaf 4 bevat een korte historische schets van de drie ontwikkelingen die hebben geleid tot het huidige handhavingssysteem en met name de kritiek daarop. Vervolgens formuleert het kabinet in paragraaf 5 zijn visie op deze drie ontwikkelingen waarbij het kabinet tevens een aantal concrete maatregelen aankondigt ter bijsturing. Het kabinet gaat in paragraaf 6 nader in op de door de Afdeling advisering geagendeerde concrete verschillen in rechtsbescherming tussen het strafrecht en het (punitieve) bestuursrecht. Hier doet het kabinet een enkele toezegging om nader onderzoek te entameren of een ongewenst verschil weg te nemen. Paragraaf 7 bevat tot slot een opsomming van de concrete maatregelen die het kabinet in deze reactie aankondigt.

1. Advies van de Afdeling advisering: drie centrale thema's

Veranderde context bestuurlijke boete en daarbij achtergebleven rechtsbescherming
De verruiming van de toepassing van de bestuurlijke boete begin jaren 90 van de vorige eeuw was voornamelijk ingegeven om de strafrechtketen te ontlasten. Sindsdien is een ontwikkeling gaande waarbij het bestuur vaker zelf het orderingsrecht handhaaft. Tegelijkertijd zijn ook in het strafrecht maatregelen genomen om de strafrechtketen te ontlasten door de introductie van de strafbeschikking (Wet OM-afdoening). In haar advies

analyseert de Afdeling advisering onder andere de verschillen tussen de bestuurlijke punitieve sanctie (de bestuurlijke boete) en het strafrecht (inclusief de strafbeschikking) met name vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming en rechtspositie van burgers en bedrijven. De Afdeling advisering stelt dat deze verschillen tegenwoordig meer in het oog springen en niet meer te rechtvaardigen zijn, omdat de feiten die worden bedreigd met een bestuurlijke boete en de context van bestuursrechtelijke punitieve handhaving zijn veranderd. De Afdeling advisering geeft aan dat de bestuurlijke boete een grote vlucht heeft genomen en wijst erop dat steeds vaker ook zware en complexe overtredingen worden bedreigd met hoge bestuurlijke boetes en dat soms hoge boetes worden gesteld op relatief lichte feiten. Dit terwijl de bestuurlijke boete, volgens de Afdeling advisering, oorspronkelijk was bedoeld om lichte, veelvoorkomende en eenvoudig vast te stellen overtredingen te handhaven. De Afdeling advisering constateert vervolgens dat de bestuurlijke boete zich inmiddels op veel terreinen van ordeningswetgeving heeft bewezen en het terugdraaien van deze ontwikkelingen niet realistisch is. Wel concludeert de Afdeling advisering op basis van het voorgaande dat de rechtsbescherming van de burger onderbelicht is geraakt bij de afwegingen die de wetgever maakt bij de keuze van een sanctiestelsel en bij het bepalen van de hoogte van punitieve sancties. Daarom adviseert de Afdeling advisering concreet om het strafrecht en het bestuursrecht op elkaar af te stemmen door, waar nodig, de rechtsbescherming in het bestuursrecht gedeeltelijk te verzwaren. (*zie noot 95*)

Zoektocht naar onderscheidend criterium voor keuze sanctiestelsel

De Afdeling advisering merkt verder op dat de wetgever de keuze voor het punitieve bestuursrecht op basis van de meest recente criteria voor de keuze van een sanctiestelsel (de 'open' en 'besloten' context) (*zie noot 96*) snel maakt uit een oogpunt van efficiency, terwijl de wetgever onvoldoende rekening houdt met de gevolgen van de keuze voor de justitiabele wat zijn rechtsbescherming en de rechtspositie betreft. Hierbij merkt de Afdeling advisering op dat ook de strafrechtelijke handhaving niet heeft stilgezeten met de introductie van de strafbeschikking als mogelijkheid voor buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten.

De discussie over de verschillen tussen strafrechtelijke handhaving en het punitieve bestuursrecht en de vraag naar de verhouding tussen beide stelsels, speelt al langer en breder. Zo heeft de vraag welke criteria zouden moeten gelden bij de keuze voor het ene dan wel voor het andere handhavingsinstrument bij het opstellen van nieuwe wetgeving inmiddels al wel tot diverse kabinetsnota's geleid (*zie noot 97*) maar (nog) niet tot het gezochte algemeen aanvaarde onderscheidende criterium. Wat de Afdeling advisering betreft is ook het huidige keuzecriterium onvoldoende onderscheidend.

Zorgen over ongerechtvaardigde verschillen in boetehogtes

De Afdeling advisering roept de minister van Veiligheid en Justitie (thans: Justitie en Veiligheid), vanwege diens brede overkoepelende verantwoordelijkheid voor de handhaving in het algemeen, in haar advies op om 'meer regie' te nemen bij het (beter) op elkaar afstemmen van de hoogte van de boetes voor dezelfde of soortgelijke overtredingen. De Afdeling advisering is van mening dat de pogingen daartoe tot dusverre onvoldoende zijn gebleken.

De aanzienlijke, soms onverklaarbare verschillen in boetehoogte tussen strafrechtelijke boetes en bestuurlijke boetes voor dezelfde of vergelijkbare overtredingen waren al langer punt van aandacht en zorg. Dat was evenzeer het geval ten aanzien van de grote, ook deels niet te rechtvaardigen, verschillen tussen de wettelijke maximale bestuurlijke boetehogtes

onderling.

In dat licht heeft de Rijksuniversiteit Groningen, in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) in 2011, gekeken naar de vraag hoe de boetehoogte in het bestuursrecht en het strafrecht wordt bepaald en op welke wijze daarin meer eenheid kan worden gebracht. Naar aanleiding van dit onderzoek (*zie noot 98*) concludeerde het kabinet dat meer eenheid wenselijk is in de hoogte van geldboetes op het terrein van het strafrecht en het bestuursrecht. (*zie noot 99*) Vervolgens is in interdepartementaal verband de Boetewijzer voor het bepalen van de maximumboete in wetgeving (de Boetewijzer) ontwikkeld die is opgenomen in het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK). Het doel van deze Boetewijzer is om meer eenheid aan te brengen in de hoogte van de boetes in het straf- en het bestuursrecht. Zodoende kunnen, bij nieuw in te richten boetestelsels en bij heroverweging van bestaande stelsels en boetes, onverklaarbare verschillen in de maximale wettelijke boetehogtes worden voorkomen. Het bevat richtsnoeren voor het bepalen van nieuwe wettelijke maximale boetehogtes. (*zie noot 100*) Voorts is interdepartementaal overeengekomen dat voor de bepaling van de (maximum)hoogte van bestuurlijke boetes in nieuwe wetgeving voortaan, waar mogelijk, zal worden aangesloten bij de boetecategorieën van artikel 23 van het Wetboek van Strafrecht (Sr). (*zie noot 101*)

Voornoemde maatregelen ('pogingen') zijn echter in de ogen van de Afdeling advisering onvoldoende sturend gebleken en volgens de Afdeling advisering lijkt het erop alsof per departement - soms zelfs per bestuursorgaan - van uiteenlopende uitgangspunten bij de bepaling van de hoogte van boetes wordt uitgegaan. (*zie noot 102*) De Afdeling advisering adviseert meer eenheid te brengen in de uitgangspunten voor de vaststelling van de hoogte van bestuurlijke boetes.

2. Uitgangspunt kabinet: handhavingsbestel moet begrijpelijk zijn en moet de naleving effectief bevorderen

Bestuurlijke boete onmisbaar voor effectieve handhaving ordeningsrecht

Het ordeningsrecht omvat wetgeving die randvoorwaarden aan het maatschappelijk verkeer stelt en wetgeving waarmee inkomen en vermogen worden belast, verdeeld of herverdeeld. Concreet betreft het regelgeving op sterk uiteenlopende gebieden zoals: (arbeids)veiligheid, volkshuisvesting, volksgezondheid, onderwijs, verkeer, milieu, mededingingsrecht, fiscaliteit, subsidies en sociale zekerheid. Het ordeningsrecht wordt punitief gehandhaafd met strafrechtelijke en bestuursrechtelijke punitieve sancties (bestuurlijke boetes).

Wat het kabinet betreft is het belangrijk te constateren dat het handhavingssysteem vanuit overheidsperspectief over het algemeen adequaat functioneert. Er bestaat een duidelijke behoefte aan een lik-op-stuk-afdoeningsmogelijkheid in handen van het bestuur om het ordeningsrecht effectief te kunnen handhaven. De bestuurlijke boete voorziet in deze behoefte waar het strafrecht dit niet (altijd) kon en kan. Hierbij speelt de beperkte capaciteit aan de kant van het openbaar ministerie een belangrijke rol. Met de Afdeling advisering is het kabinet van oordeel dat de bestuurlijke boete als handhavingsinstrument een zelfstandig bestaansrecht heeft in ons handhavingsbestel en in een blijvende behoefte voorziet.

Brede maatschappelijke discussie over (met name de evenredigheid van) bestuurlijke boetes
De vraag naar de evenredigheid van opgelegde bestuurlijke boetes is echter meer en meer onderwerp van juridisch en maatschappelijk debat. Het gaat dan niet alleen om de

evenredigheid in relatie tot de (gepercipieerde) ernst van de overtreding als zodanig maar ook afgezet tegen de individuele omstandigheden van het geval. In het maatschappelijk debat zijn, naast de roep om harder ingrijpen als zich incidenten voordoen, tevens kritische geluiden te horen ten aanzien van straffen buiten de (straf)rechter om. (zie noot 103)

In de juridische literatuur is de afgelopen jaren kritiek geuit op de hoogte van (bepaalde) bestuurlijke boetes en de wijze waarop de bestuursrechter de evenredigheid in concrete zaken beoordeelde. (zie noot 104) Ook de Nationale ombudsman heeft zich in 2014 zeer kritisch uitgelaten over de destijds standaard zeer hoge boetes in de sociale verzekeringswetgeving. (zie noot 105) In de rechtspraak is dit thema eveneens steeds meer gaan spelen en inmiddels wordt de hoogte van de bestuurlijke boete intensiever getoetst door de bestuursrechter. (zie noot 106) Dat heeft er onder meer toe geleid dat door bestuursorganen gehanteerd boetebeleid vaker dan voorheen op onderdelen als onredelijk is beoordeeld omdat het beleid (in bepaalde gevallen) tot het opleggen van onevenredig hoge bestuurlijke boetes leidde. (zie noot 107) Daarnaast worden met enige regelmaat boetes in concrete zaken op grond van het evenredigheidsbeginsel gematigd. (zie noot 108) Illustratief is in dit verband dat de Centrale Raad van Beroep (Centrale Raad) oordeelde dat het boetestelsel zoals neergelegd in het Boetebesluit socialezekerheidswetgeving ter uitvoering van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving dat was bedoeld als gefixeerd stelsel de evenredigheidstoets niet kon doorstaan. (zie noot 109) De Centrale Raad stelde daarvoor een ander, eigen stelsel in de plaats. (zie noot 110) Dergelijke zogeheten 'wettelijk gefixeerde boetestelsels' worden in de rechtspraak kritisch tegen het licht gehouden. (zie noot 111) Dit terwijl het bestuursorgaan en de rechter dan, in beginsel, gehouden zijn aan de wettelijke vastgelegde boethoogtes omdat de wetgever dan de afweging maakte welke boete voor een bepaalde overtreding als evenredig heeft te gelden.

Behoud draagvlak bestuurlijke boete vergt op punten bijsturing

Weliswaar is de bestuurlijke boete niet meer weg te denken als handhavingsinstrument, maar dat neemt - vanzelfsprekend - niet weg dat het kabinet de duidelijke signalen van onder meer de Afdeling advisering en de rechterlijke macht serieus neemt. Doordat de beide punitieve stelsels, voor wat louter financieel gesanctioneerde feiten betreft, steeds meer dezelfde functie zijn gaan vervullen en, onder invloed van jurisprudentie en codificatie daarvan, ook voor het overige steeds meer op elkaar zijn gaan lijken (zie paragraaf 4), blijft de vraag naar de rechtvaardiging van de resterende verschillen telkens onderwerp van discussie.

Het kabinet is van oordeel dat de ontwikkelingen in ons handhavingsbestel - waarbij de bestuurlijke boete als handhavingsinstrument relatief vrijelijk heeft kunnen evolueren - op bepaalde punten tot onevenwichtigheden hebben geleid die tot bijsturing nopen. Het betreft dan niet alleen de hoogte en evenredigheid van bestuurlijke boetes, maar ook de onderlinge verhouding van boethoogtes tussen strafrecht en bestuursrecht en de verschillen in boethoogtes binnen het bestuursrecht (zie paragraaf 5).

Met het oog op de maatschappelijke opdracht om de naleving van normen optimaal te bevorderen, is het van groot belang dat het maatschappelijk en juridisch draagvlak voor het handhavingsinstrument bestuurlijke boete als zodanig goed gewaarborgd blijft. Naarmate bestuurlijke boetes door de justitiabelen vaker als evenredig worden ervaren, (zie noot 112) zal de procesbereidheid af- en de betalingsbereidheid naar verwachting toenemen en zullen rechters zich minder snel genoodzaakt voelen om boetes te matigen. Voor het maatschappelijk draagvlak en daarmee voor de houdbaarheid en toekomstbestendigheid van

het stelsel van punitieve handhaving is coherent, evenwichtig en daarmee begrijpelijk en rechtvaardig optreden van de overheid onontbeerlijk. Overigens zal de acceptatie van een boetebeschikking in een concreet geval vaak ook afhangen van de wijze waarop de boete(hoogte) is onderbouwd.

Geen nieuw onderscheidend keuzecriterium: effectiviteit en verantwoording centraal
Als in een wetsvoorstel de keuze voorligt om een bepaalde norm strafrechtelijk te handhaven of bestuursrechtelijk, zou een precieze afbakening tussen beide stelsels behulpzaam zijn. In het huidige kabinetsbeleid wordt het criterium van de open of besloten context als een vertrekpunt gehanteerd bij deze keuze voor een sanctiestelsel. Een besloten context wil zeggen dat er al een relatie bestaat tussen de ondertoezichtgestelden en toezichthouder voordat er eventueel sprake is van een overtreding. In dat geval is bestuursrechtelijke handhaving (bestuurlijke boete) in beginsel het uitgangspunt. Bij het spiegelbeeld, de open context, is omgekeerd strafrechtelijke handhaving het uitgangspunt. Vervolgens kunnen verschillende factoren ('wissels') ertoe leiden dat wordt overgegaan op het andere (strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke) spoor. (zie noot 113)

De kritiek van de Afdeling advisering op dit open/besloten context-criterium is dat het onvoldoende onderscheidend is. In de ogen van het kabinet is deze kritiek begrijpelijk. Weliswaar zijn er bepaalde overtredingen waarvoor het op grond van het huidige beleid op voorhand glashelder is dat daarop alleen een strafrechtelijke reactie aan de orde kan zijn. Denk bijvoorbeeld aan feiten waarbij sprake is van een ernstige inbreuk op de lichamelijke integriteit. Omgekeerd geldt dat er lichte overtredingen zijn waarbij van meet af aan duidelijk is dat met een bestuursrechtelijke sanctie kan worden volstaan. Maar juist voor die overtredingen waarbij discussie mogelijk is over de vraag welke type handhaving gekozen zou moeten worden ('grijs gebied'), geeft het bestaande beleid niet de gewenste sturing en doorslag.

Het kabinet constateert dat er ook geen nieuw algemeen geldend kwalitatief onderscheidend criterium is gevonden op grond waarvan in de toekomst de keuze voor punitief bestuursrechtelijke respectievelijk strafrechtelijke handhaving in dat grijze gebied wel helder gemaakt kan worden (laat staan dwingend wordt voorgeschreven). Het kabinet kiest ervoor om de open of besloten context niet meer als uitgangspunt te nemen bij de keuze tussen sanctiestelsels. In plaats daarvan zal voortaan de keuze voor een bepaald sanctiestelsel aan de hand van alle relevante, reeds bekende, (contra-)indicatoren en criteria uit de verschillende kabinetsnota's (zie noot 114) (waaronder ook het open of besloten context-criterium) moeten worden beoordeeld en dragend onderbouwd. Uiteindelijk zal in het voornoemde grijze gebied in ieder geval als uitgangspunt gelden dat de verhouding tussen het punitieve bestuursrecht en het strafrecht voorafgaand verantwoord moet worden. Verantwoord moet worden dat de overheidsreactie op een overtreding evenredig moet zijn. De gekozen punitieve sanctie moet tevens de naleving zo effectief mogelijk (zie noot 115) bevorderen. Daarnaast kan in de afweging worden betrokken hoe schaarse overheidsmiddelen zo doeltreffend mogelijk worden ingezet. Deze aspecten zullen aandacht vergen bij de onderbouwing van toekomstige keuzes voor het strafrecht dan wel het punitieve bestuursrecht of een combinatie van beide stelsels.

Begrijpelijkheid van het handhavingsbestel als ijkpunt

Vanwege de integrale verantwoordelijkheid voor de effectieve handhaving van het ordeningsrecht en bij gebreke aan een nieuw onderscheidend criterium, heeft het kabinet de

vraagstukken rond de gewenste verhouding tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht en de verschillen tussen beide stelsels telkens gezien vanuit de wens om het stelsel van punitieve handhaving als geheel beter te verantwoorden. Uitgangspunt van het kabinet is dat niet alleen de verhouding tussen de beide stelsels logisch dient te zijn, maar ook dat binnen het bestuursrecht sprake moet zijn en blijven van coherentie. Punitief overheidsoptreden vraagt - onafhankelijk van het rechtsgebied waarin het is geregeld - een eenduidige benadering. Als ijkpunt voor de vraag of er sprake is van een noodzaak tot het bijsturen of het wegnemen van verschillen, heeft voor het kabinet telkens coherentie, begrijpelijkheid en rechtvaardigheid van het punitieve handavingsbestel als geheel gefungeerd.

De aandacht die de Afdeling advisering vraagt voor de verschillen in rechtsbescherming tussen het strafrecht en het bestuursrecht, is wat het kabinet betreft het gevolg van de ontwikkeling richting steeds hogere bestuurlijke boetes en vooral ook van de discussie over de evenredigheid van de hoogte van de bestuurlijke boetes. De verschillen in rechtsbescherming tussen het strafrecht en het bestuursrecht vormen volgens het kabinet niet de kern van het probleem. Die verschillen kunnen ook blijven bestaan. Allereerst is relevant te constateren dat de rechtsbescherming in het bestuursrecht voldoet aan de (minimale) eisen die voortvloeien uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Er is uit mensenrechtelijk perspectief dan ook geen aanleiding de Afdeling advisering volledig te volgen. Voorts zijn de verschillen tussen het strafrecht aan de ene kant en het punitieve bestuursrecht aan de andere kant voor een deel het gevolg van de eigen aard van beide stelsels ('systeeminherent'). De maatschappelijke functie van het strafrecht verschilt van die van het bestuursrecht. Daaraan moet volgens het kabinet worden vastgehouden. Het gedeeltelijk verzwaren van de rechtsbescherming in het bestuursrecht door in het bestuursrecht meer elementen op te nemen die ontleend zijn aan het strafrecht, zoals de Afdeling advisering voorstelt, heeft als nadeel dat het onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht minder scherp wordt. Bovendien zou het tot een verminderde interne consistentie van het bestuursrecht leiden. Dit is wat het kabinet betreft onwenselijk. Indien de bestuurlijke boetestelsels zich in termen van maximale wettelijke boetheogtes, boetebeleid en hoogte van daadwerkelijk opgelegde boetes zowel in relatie tot strafrechtelijke boetes, als onderling logischer gaan verhouden en de bestuurlijke boetes door een betere verantwoording als evenrediger worden ervaren, zal daarmee ook een aantal van de verschillen tussen beide stelsels te rechtvaardigen zijn. De resterende verschillen zullen in ieder geval verklaarbaar en aanvaardbaar moeten zijn. Het kabinet zet hierop in (zie paragraaf 6).

Evenredigheid van boetes is essentieel

Een zeer belangrijk aspect van de verantwoording van een boetestelsel jegens de burger vormt de evenredigheid van concreet opgelegde boetes, de evenredigheid van het gehanteerde boetebeleid en de evenredigheid van de wettelijke boetestelsels. Het evenredigheidsbeginsel ziet op de verhouding tussen de gevolgen van overheidsingrijpen en het met dat ingrijpen te dienen doel. (zie noot 116) Specifiek met betrekking tot bestuurlijke (punitieve) sancties ziet het beginsel op de evenredigheid tussen de opgelegde sanctie en de gepleegde overtreding. Het beginsel heeft in deze context dus betrekking op de 'maatvoering' van de bestuursrechtelijke sanctionering. (zie noot 117) Het evenredigheidsbeginsel is een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en is voor de bestuurlijke boete verankerd in artikel 5:46 Algemene wet bestuursrecht (Awb). (zie noot 118) Dit artikel maakt onderscheid tussen boetestelsels die nader worden ingevuld door

beleid(sregels) of in lagere regelgeving en wettelijk gefixeerde stelsels.

Als er sprake is van wettelijk gefixeerde boetes dan houdt dat in dat het bestuursorgaan alleen onder bijzondere omstandigheden een lagere dan die wettelijk voorgeschreven boete oplegt. (zie noot 119) Ook de rechter dient bij wettelijk gefixeerde boetes in beginsel uit te gaan van de afweging die de wetgever heeft gemaakt ten aanzien van de vraag welke boete voor een bepaalde overtreding evenredig is.

Als er geen sprake is van een wettelijk gefixeerd boetestelsel dient een bestuursorgaan op grond van het tweede lid van artikel 5:46 Awb de hoogte van de boete af te stemmen op de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder een overtreding is gepleegd. Bij dit laatste speelt, blijkens de artikelsgewijze toelichting, bijvoorbeeld ook de draagkracht van de overtreder een rol. (zie noot 120)

Bij de beoordeling van de evenredigheid van boetes blijken in de praktijk de volgende uiteenlopende factoren relevant te kunnen zijn: (zie noot 121)

- de aard en ernst van de overtreding (duur en omvang van de overtreding, behaald voordeel, benadeling van derden, recidive);
- de verwijtbaarheid van de overtreder (de mate waarin de overtreder al dan niet opzettelijk heeft gehandeld of nalatig is geweest);
- de persoon van de overtreder (natuurlijke persoon, rechtspersoon, grootte van de onderneming, leeftijd);
- persoonlijke omstandigheden van de overtreder (financiële draagkracht, medische toestand, relationele omstandigheden).

Het verschil tussen een wel en een niet wettelijk gefixeerde boetestelsels is overigens ten gevolge van de ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak de laatste jaren vervaagd: ook bij een gefixeerde boete beoordeelt de bestuursrechter of deze in het concrete geval passend en geboden is. (zie noot 122)

Afstemming boetehogtes in duale stelsels

Een substantieel deel van de ordeningswetten kent een zogenaamd 'dual handhavingstelsel'. Dat wil zeggen dat normaal gesproken een overtreding wordt afgedaan door een bestuursorgaan met een bestuurlijke boete, maar als er sprake is van verzwarende omstandigheden kan diezelfde overtreding in de plaats daarvan strafrechtelijk worden gesanctioneerd. Dergelijke stelsels vragen in versterkte mate om consistentie en afstemming, zowel op het niveau van wetgeving als wat het boete-/requireerbeleid betreft. De bestaande discrepanties tussen de maximale hoogte van de bestuurlijke boete enerzijds en het soms veel lagere maximum van de geldboete waar de strafrechter aan is gehouden bij overtreding van dezelfde norm anderzijds, vallen daarbij - in negatieve zin - op (zie paragraaf 5).

3. Keuze voor een sanctiestelsel

Inleiding

De opkomst van de bestuurlijke boete heeft in de loop der jaren tot veel discussie geleid over de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht. Een rode draad in deze discussie wordt gevormd door de zoektocht naar een helder criterium op grond waarvan de keuze tussen inzet van het strafrecht of de bestuurlijke boete kan worden gemaakt en op grond waarvan de verschillen tussen beide stelsels kunnen worden verklaard. De afgelopen decennia hebben diverse kabinetsnota's over criteria voor de keuze van sanctiestelsels het

licht gezien. (zie noot 123)

Zoektocht naar onderscheidende keuzecriteria en oordeel Afdeling advisering

In de Nota keuze sanctiestelsel 2005 werd de 'aard en ernst van de normschending' geïntroduceerd als centraal criterium. Hiermee tot uitdrukking brengend dat de meest ernstige feiten een strafrechtelijke reactie vergen. Het strafrecht is bij uitstek geschikt als het gaat om overtredingen van voorschriften met een 'grote normatieve lading'. Voor punitieve handhaving via het bestuursrecht is geen plaats in zulke gevallen. Weliswaar bestaat over dit criterium ter afbakening van het 'exclusieve strafrechtelijke domein' consensus, maar de praktische invulling ervan maakt dat dit criterium toch niet als (voldoende) onderscheidend kan worden beschouwd. In sommige gevallen zal het criterium immers evident van toepassing zijn (moord). Juist voor die normen waarbij het niet op voorhand duidelijk is, het grijze gebied, geeft dit criterium echter niet de gewenste doorslag. Zo is er duidelijk sprake van een ernstige overtreding als het feit gepaard gaat met het toebrengen of veroorzaken van ernstig letsel bij individuen of als er sprake is van aantasting van/inbreuk op de lichamelijke of psychische integriteit (geweld). De 'aard en ernst van de normschending' evenals 'een geschokte rechtsorde' blijven echter sterk gevoelsmatig bepaalde criteria, die eraan appelleren dat men bij bepaalde normschendingen met 'Justitie' in aanraking behoort te komen. (zie noot 124) Dit verklaart ook waarom de maatschappelijke opvattingen over de vraag of een bepaalde normschending tot een strafrechtelijke reactie noopt, in de loop der jaren soms wijzigen. Daarnaast geldt dat het lastig is om voor alle toekomstige normschendingen van een norm een keuze te baseren op deze criteria. Het zal immers vaak juist van de specifieke omstandigheden waaronder een overtreding van een norm heeft plaatsgevonden, afhangen of er daadwerkelijk sprake is van bijvoorbeeld een geschokte rechtsorde. Deze criteria bieden kortom vaak onvoldoende houvast op het moment dat er discussie ontstaat over de vraag welk sanctiestelsel aangewezen is.

In de Nota keuze sanctiestelsel 2008 is het criterium de aard en de ernst van de normschending daarom gerelativeerd. Leidend uitgangspunt voor de keuze tussen strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving is sindsdien de open dan wel de besloten context waarbinnen het toezicht en de handhaving plaats zal vinden. Er is sprake van een besloten context als er een bestuursorgaan belast is met de uitvoering van een specifieke wet en dit bestuursorgaan in die hoedanigheid te maken heeft met een afgebakende doelgroep. (zie noot 125) Tevens dient er sprake te zijn van reguliere communicatie tussen burgers/bedrijven uit die doelgroep aan de ene kant en dit bestuursorgaan aan de andere kant ter uitvoering van wettelijke bepalingen of ten behoeve van het toezicht op de naleving daarvan. Bestuursrechtelijke handhaving is het uitgangspunt als er sprake is van een dergelijke besloten context en strafrechtelijke als het een open context betreft.

Het criterium de aard en ernst van de normschending heeft naar de mening van de Afdeling advisering aan betekenis ingeboet, nu ook ernstige(r) overtredingen met de bestuurlijke boete worden gesanctioneerd. Bovendien is met de introductie van het open/besloten context-criterium, aldus de Afdeling advisering, de aard en de ernst van de normschending louter nog als ondergrens gaan fungeren. De belangrijkste constatering van de Afdeling advisering is echter dat ook de open en besloten context een te weinig onderscheidend criterium is. Bij ordeningswetgeving zal immers al snel sprake zijn van een bestuursorgaan dat met de uitvoering van de wet is belast waardoor het bestaan van een af te bakenen doelgroep ook al snel te beargumenteren is. Illustratief in dit verband is dat fraude met uitkeringen wel als een naar zijn aard ernstig vergrijp wordt gekwalificeerd (zie noot 126)

maar in de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving desalniettemin onder verwijzing naar de besloten context (*zie noot 127*) wordt gekozen voor (voornamelijk) (*zie noot 128*) bestuursrechtelijke handhaving.

Geen nieuw onderscheidend criterium

In de loop der jaren zijn diverse pogingen ondernomen om door middel van criteria meer sturing te geven aan de keuze voor een bepaald sanctiestelsel. En hoewel de praktijk zeker gebaat zou zijn bij heldere en onderscheidende criteria, is de materie daarvoor telkens te complex gebleken. De rechtsgebieden zijn te uiteenlopend om eenvoudige kwalitatieve scheidslijnen of criteria te kunnen vaststellen die altijd opgeld (kunnen) doen bij het maken van een keuze voor een bepaald handhavingssysteem. Het kabinet heeft ook nu geen nieuw criterium weten te formuleren noch een zodanige aanscherping van de bestaande criteria en indicatoren dat daarmee voor de toekomst steeds duidelijkheid kan worden geboden in het ordeningsrecht over de gewenste verhouding tussen de beide punitieve stelsels.

Het open/besloten context-criterium kende al bij de introductie de mogelijkheid om toch ook een uitzondering te kunnen maken op de uitgangspunten. Zo geeft de Nota keuze sanctiestelsel 2008 aan dat het heel wel mogelijk is dat in een besloten context toch voor een strafrechtelijke handhaving wordt gekozen bijvoorbeeld omwille van de rechtseenheid (*zie noot 129*) en, omgekeerd, dat ook in een open context toch ruimte kan zijn voor een bestuurlijke boete. Het mededingingsrecht wordt genoemd als voorbeeld evenals de handhaving van regelgeving die door de gemeente wordt vastgesteld krachtens hun autonome regelgevende bevoegdheid in een Algemene Plaatselijke Verordening. (*zie noot 130*) In de Nota keuze sanctiestelsel 2012 wordt het criterium vervolgens nog verder gerelativeerd: *"Het criterium van de open of besloten context is geen strak keurslijf maar een vertrekpunt."* (*zie noot 131*)

Het kabinet constateert al met al dat het criterium van de open en besloten context onvoldoende houvast biedt bij het maken van een keuze voor een bepaald sanctiestelsel. Voor zover er geen sprake is van een overtreding die onmiskenbaar in het exclusieve domein van het strafrecht valt, staat het criterium er immers vaak niet aan in de weg om een bestuurlijke boetebevoegdheid te introduceren.

Kabinet: accentverschuiving bij motivering toekomstige keuzes voor een sanctiestelsel
Dat de bestuurlijke boete het uitgangspunt is zodra het bestaan van een besloten context kan worden beargumenteerd, zal het kabinet loslaten. In plaats daarvan zullen alle keuzes voor zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke punitieve handhaving voortaan telkens een zelfstandige dragende en expliciete onderbouwing vergen aan de hand van alle relevante aspecten.

Zo zal moeten worden gemotiveerd waarom de keuze optimaal bij zal dragen aan de bevordering van de naleving. In het grijze gebied is bij de keuze voor een sanctiestelsel de vraag leidend in welk stelsel de naleving optimaal zal worden bevorderd en op welke wijze het ten behoeve van toezicht en handhaving ingezette overheidsgeeld het meeste effect sorteert. Factoren als de feitelijke pakkans, de aard van de sanctie, de zwaarte van de sanctie, het generaal en speciaal preventieve effect zijn van belang bij de beoordeling van de effectiviteit van een sanctie evenals de financiële en organisatorische implicaties die deze factoren met zich brengen. Ook is bijvoorbeeld de vraag in hoeverre opgelegde sancties daadwerkelijk geïnd kunnen worden, een relevant aspect van de effectiviteit van de handhaving. (*zie noot 132*) De sanctie moet zo zijn vormgegeven dat deze ook kan worden

geëffectueerd. (*zie noot 133*) Verder zal in de onderbouwing van de keuze voor het strafrecht, het bestuursrecht of een duaal stelsel expliciet aandacht geschonken moeten worden aan de samenhang en de logica; kortom de verantwoording van de keuze in het licht van het handhavingsbestel als geheel.

Er is in dezen sprake van een accentverschuiving omdat bij de keuze voor een handhavingstelsel dezelfde elementen van belang zullen blijven die eerder grotendeels in het open/besloten context-criterium besloten lagen; alleen de wijze waarop de keuze onderbouwd zal worden, wijzigt. In de praktijk zal dit veelal neerkomen op een uitbreiding van de motiveringsplicht. Bij de keuze voor strafrechtelijke handhaving zal het bestaan van een open context relevant blijven, maar de in de onderbouwing van die keuze zal ook op andere aspecten ingegaan worden. Omgekeerd zal de motivering met name toespitsen op de vraag of er al dan niet sprake is van een besloten context niet meer volstaan om de introductie van een bestuurlijke boete te rechtvaardigen.

Relevante factoren voor de introductie van een bestuurlijke boetebevoegdheid

Zo zal moeten worden onderbouwd dat voldaan is of zal worden aan de organisatorische randvoorwaarden voor de introductie van een bestuurlijke boete, waaronder de aanwezigheid van een voldoende toegerust en professioneel bestuursorgaan en de beschikbaarheid van kwantitatief en kwalitatief voldoende capaciteit. Deze randvoorwaarden gelden overigens ook bij een keuze voor strafrechtelijk handhaven. Een andere factor die van belang is bij onderbouwing van een keuze voor de bestuurlijke boete is of er sprake is van veelvoorkomende of betrekkelijk lichte overtredingen die eenvoudig zijn vast te stellen of waarbij verwacht mag worden dat in de praktijk doorgaans geen rechterlijk oordeel zal worden ingeroepen over de sanctie of de toegepaste bevoegdheden. Maar ook als een bepaald bestuursorgaan beschikt over een bijzondere expertise (*zie noot 134*) terwijl die onvoldoende voor handen is bij het openbaar ministerie en de politie, is dat een relevante factor. Zeker als bepaalde overtredingen niet veel voorkomen terwijl de handhaving wel veel specifieke kennis en kunde vereist, is het meestal voor het openbaar ministerie en voor de politie niet lonend om deze deskundigheid op te bouwen. Als deze laatste situatie zich voordoet, ligt het ook niet snel voor de hand om een duaal stelsel in te richten.

Factoren die noodzaken tot strafrechtelijke handhaving

Omgekeerd is alleen strafrechtelijke handhaving aan de orde bij de naar hun aard meest ernstige normschendingen. In dat geval zal bijvoorbeeld ook al snel behoefte bestaan aan (de dreiging van) meer dan financiële sanctionering om een evenredige straf op te kunnen leggen en de naleving optimaal te bevorderen. Naast de vrijheidsbenemende straffen en maatregelen kan hierbij ook gedacht worden aan bijvoorbeeld de taakstraf, de voorwaardelijke straf, de voordeelsontneming ('pluk-ze') of de ontzegging van rechten (kiesrecht). Als het feit strafbaar is gesteld op grond van de Wet op de economische delicten (WED) dan kan de strafrechter ook besluiten tot het stilleggen van de onderneming. (*zie noot 135*) Naarmate een vergrijp als ernstiger wordt gekwalificeerd, biedt het strafrecht tevens meer mogelijkheden om als overheid rechtmatig inbreuk te maken op vrijheden en rechten van verdachte personen in de onderzoeks- en opsporingsfase. Als de verwachting is dat het vaststellen van een bepaalde overtreding complex is of bepaald type onderzoek vergt dan kan sanctionering in het strafrecht uit dien hoofde aangewezen zijn. Alleen het strafrecht kent immers de mogelijkheid om vergaande opsporingsbevoegdheden en ingrijpende dwangmiddelen in te zetten, zoals het af luisteren van vertrouwelijke communicatie of infiltratie. Voor de toepassing van dergelijke dwangmiddelen in het strafrecht gelden overigens strikte voorwaarden ter bescherming van de rechten van de verdachte. Ook kan de

keuze voor het strafrecht zijn ingegeven door een noodzaak tot internationale samenwerking of rechtshulp (grensoverschrijdende criminaliteit). Dit geldt eveneens als grensoverschrijdende tenuitvoerlegging (inning) relevant is. Tot slot noopt soms een internationale verplichting tot een strafbaarstelling op grond van het strafrecht, bijvoorbeeld ten aanzien van milieudelicten. (*zie noot 136*)

Bestaande criteria en (contra)indicatoren opnemen in IAK

Het kabinet stelt kortom geen inhoudelijke wijzigingen voor ten aanzien van alle relevante factoren, randvoorwaarden en overwegingen die bij een dergelijke keuze (en de motivering daarvan) een rol moeten of kunnen spelen. In het voorgaande is, uitdrukkelijk zonder volledigheid te betrachten, al een aantal kort aangestipt. Aangezien er echter inmiddels zo veel verschillende nota's over dit onderwerp zijn opgesteld, dreigt het overzicht verloren te gaan.

Voorgenomen maatregel:

- In het IAK zal daarom, ter vervanging van deze nota's, een handzaam overzicht worden opgenomen van alle relevante factoren en verschillende (contra-)indicatoren. Beleidsmakers en wetgevingsjuristen die zich gesteld zien voor een dergelijke stelselkeuze zullen zodoende snel inzicht kunnen krijgen om een goede afweging te maken. Ook de onderlinge samenhang van deze factoren zal hierbij aandacht krijgen alsmede de wijze waarop de gemaakte keuze vervolgens dragend onderbouwd kan worden. Over deze wijziging van het IAK zal het kabinet de Kamer te zijner tijd informeren.

4. Schets van (de ontwikkelingen van) het huidige stelsel van punitieve handhaving

Naast de vraag op welke wijze het punitieve bestuursrecht en het strafrecht beter afgebakend zouden kunnen worden, is de discussie over de verschillen in rechtsbescherming tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht en over het wenselijke niveau van rechtsbescherming in het punitieve bestuursrecht, volgens het kabinet het gevolg van drie ontwikkelingen in het huidige stelsel van punitieve handhaving. Hieronder worden deze drie ontwikkelingen die hebben geleid tot de huidige situatie eerst kort beschreven. In paragraaf 5 geeft het kabinet vervolgens zijn visie op de wenselijkheid en de gevolgen van deze ontwikkelingen.

De opkomst en de hoge vlucht van de bestuurlijke boete

De opkomst van de bestuurlijke boete is eind jaren 80 van de vorige eeuw ingezet. Voor die tijd kende het bestuursrecht - een enkele uitzonderingen zoals het tuchtrecht, de fiscale verhoging en de strafkorting in het socialezekerheidsrecht daargelaten - geen punitieve sancties en werd het ordeningsrecht vrijwel exclusief strafrechtelijk gehandhaafd.

De weg voor de introductie van de bestuurlijke punitieve handhaving werd bereid door het invloedrijke rapport Rechtshandhaving (1988) (*zie noot 137*) waarin de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) onder meer constateerde dat er sprake was van een "sterk toenemende handhavingsproblematiek" ten aanzien van de regels van de sociale rechtsstaat. De regels van de sociale rechtsstaat zijn volgens de WRR vaak complex, hebben doorgaans een geringe normatieve lading en leiden daardoor tot calculerend gedrag. De WRR gaf in zijn rapport de voorkeur aan bestuurlijke punitieve sancties waarbij, mede vanuit de gedachte dat de verantwoordelijkheid voor de handhaving van het ordeningsrecht in de eerste plaats behoort te liggen bij degenen die verantwoordelijk zijn voor het beleid (de alles-

in-één-hand-gedachte) het strafrecht een reservefunctie zou vervullen. In twee daarop volgende kabinetsnota's werd de visie van de WRR onderschreven. (zie noot 138) De opkomst van de sociale rechtsstaat heeft geresulteerd in een grote hoeveelheid instrumentele wetgeving aan de handhaving waarvan het strafrecht niet toekomt, aldus deze nota's. Het toenmalige kabinet kondigde maatregelen aan om het geconstateerde ernstige strafrechtelijke 'handhavingstekort' (een situatie van het wél moeten, maar niet kunnen of willen handhaven van de geldende wettelijke voorschriften (zie noot 139)) tegen te gaan. Zo trad op 1 september 1992 de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv) in werking. De centrale doelstelling van de Wahv (ook wel 'Wet Mulder' genoemd) was het verminderen van de werklast van de politie, het openbaar ministerie en de rechterlijke macht.

Het succes van de Wahv, in combinatie met het geconstateerde en aanhoudende strafrechtelijke handhavingstekort, vormde aanleiding om nader onderzoek te laten doen naar de vraag of het wenselijk en mogelijk zou zijn om op grotere schaal de bestuurlijke boete in te zetten. In het rapport Handhaving door bestuurlijke boeten (1994) van de Commissie Kortmann (zie noot 140) concludeerde de commissie dat invoering van bestuurlijke boetes voor een belangrijk aantal wetten zou moeten worden overwogen. Dit zou het bestuur in staat stellen een eigen handhavingsbeleid te voeren en niet meer afhankelijk te zijn van het openbaar ministerie voor het stellen van prioriteiten. Het strafrecht zou volgens de commissie moeten worden beschouwd als het ultimum remedium.

Het kabinetsstandpunt van 1 juli 1994 naar aanleiding van het rapport onderschrijft de visie van de Commissie Kortmann, zij het dat het kabinet te kennen geeft ook een rol weggelegd te zien voor de bestuurlijke boete bij de sanctionering van complexe, niet eenvoudig te constateren overtredingen. (zie noot 141) Het kabinet maakte in de daaropvolgende jaren voortvarend werk van het op grotere schaal invoeren van de bestuurlijke boete. Dit resulteerde in 1996 bijvoorbeeld in de nieuwe Mededingingswet waarin overigens juist vanwege de complexiteit van het mededingingsrecht werd gekozen voor een zuiver bestuursrechtelijk handhavingssysteem. In veel andere wetten waarin de bestuurlijke boete werd ingevoerd, bleven de bestaande strafbepalingen staan of bleef de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving via de WED behouden. Zo ontstonden meer systemen met de zogenaamde 'duale handhaving'.

In het eerste decennium van de 21e eeuw werd de behoefte aan een algemene regeling van de bestuurlijke boete steeds sterker gevoeld onder meer omdat met het groeien van het aantal boetewetten (zie noot 142) de kans op nodeloze verschillen daartussen navenant toenam. Dit leidde tot een algemene regeling in de Vierde tranche van de Awb die in 2009 in werking trad. Volgens de memorie van toelichting bij de Vierde tranche van Awb paste een dergelijke algemene regeling van de bestuurlijke boete in het algemene beleidsmatige streven naar de versterking van de bestuurlijke handhaving. Tevens werden er vier redenen genoemd die het in een concreet geval wenselijk kunnen maken om het bestuur een aandeel te geven in de bestraffende handhaving:

"Dat kan zijn omdat het wenselijk is om uitvoering en handhaving, dan wel reparatoire en bestraffende handhaving, gedeeltelijk in één hand te brengen, en aldus te benadrukken dat het bestuur ook voor de handhaving verantwoordelijkheid draagt. Dit is bijvoorbeeld een overweging geweest bij de introductie van de bestuurlijke boete in de sociale zekerheid. Een andere reden kan zijn, dat de handhaving specialistische deskundigheid vergt, terwijl het,

gelet op de relatief geringe aantallen zaken, voor het strafrechtelijk apparaat niet lonend is deze deskundigheid op te bouwen. Dit is bijvoorbeeld een overweging geweest om de handhaving van het mededingingsrecht geheel naar het bestuursrecht over te brengen. Een derde reden kan zijn dat de geringe ernst van de overtredingen de inzet van strafrechtelijke procedures niet rechtvaardigt. Dit heeft destijds bijvoorbeeld een rol gespeeld bij de beslissing om het niet betalen van de - inmiddels afgeschafte - omroepbijdrage bestuursrechtelijk af te doen. Tenslotte kan de massaliteit van de overtredingen een argument zijn voor bestuursrechtelijke afdoening. Het bestuursrecht is nu eenmaal meer ingesteld op het nemen van grote aantallen routine-beslissingen dan het strafrecht."(zie noot 143)

De codificatie van de bestuurlijke boete in de Awb diende, naast uniformeringsdoeleinden, tevens te voorzien in rechtsbescherming van de burger. Aangezien de bestuurlijke boete onmiskenbaar een punitief karakter heeft, is er sprake van een 'criminal charge' in de zin van het EVRM; artikel 6 van het EVRM is onverkort van toepassing. (zie noot 144) Met het oog hierop is in de Awb een aantal essentiële strafrechtelijke waarborgen vastgelegd. (zie noot 145)

Inmiddels zijn er ruim honderd wetten (zie noot 146) waarin een boetebevoegdheid is toegekend aan een bestuursorgaan en dit aantal blijft toenemen. In ruim vijftig van deze wetten is sprake van normen die zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht van een sanctie zijn voorzien (duale handhaving). Elk van deze ordeningswetten kent een eigen handhavingstelsel en handhavingsbeleid, dat is afgestemd op de bijzondere kenmerken van het desbetreffende terrein en is ingebed in de eigen geschiedenis en traditie van dat terrein. De omvang en de diversiteit van de verschillende wetten binnen het ordeningsrecht maken dat de implicaties van de voorstellen tot hervorming die gelden voor punitieve sanctiestelsels als geheel groot zijn en niet zelden vooraf lastig te overzien. Slechts in een enkele wet, met name op de terreinen overlast en milieu, worden momenteel normen gehandhaafd met de bestuurlijke strafbeschikking.

Naast het voorgaande, bestaat voor de grote vlucht die de bestuurlijke boete sinds de introductie heeft doorgemaakt, nog een aantal redenen. Soms bestaat de behoefte om door de introductie van een boetebevoegdheid tot uitdrukking te brengen dat een bestuursorgaan integrale verantwoordelijkheid draagt voor de handhaving als geheel. De bestuurlijke boete wordt dan gezien als een effectief complement van de andere bestuurlijke handhavingsbevoegdheden; alle 'sporten van de escalatieladder' in één hand. Dit geldt eens te meer als er sprake is van samenhang met andere beschikkingen van hetzelfde bestuursorgaan die zien op hetzelfde feitencomplex. (zie noot 147) Dat het bestuursorgaan voor het punitief optreden vervolgens ook niet meer afhankelijk is van het vervolgings- en sepotbeleid van het openbaar ministerie (handhavingstekort) is eveneens een belangrijke verklarende factor voor de opmars van de bestuurlijke boete. Tot slot speelt bij de opmars en de populariteit van de bestuurlijke boete een belangrijke rol dat een dergelijke boete een zogenaamd 'lik-op-stuk-karakter' heeft. Dat wil zeggen dat de bestuurlijke boete door de overtreder relatief snel na het begaan van de overtreding wordt 'gevoeld' omdat aan het instellen rechtsmiddelen (bezwaar en beroep), in tegenstelling tot het strafrecht, geen schorsende werking wordt verleend (zie paragraaf 6). Dat maakt de bestuurlijke boete, vanuit perspectief van handhavende instanties, een slagvaardig en met het oog op de bevordering van de naleving effectief handhavingsinstrument.

De trend naar steeds hogere bestuurlijke boetes

Parallel aan de opkomst van de bestuurlijke boete is een duidelijke trend zichtbaar richting steeds hogere bestuurlijke boetes. De hoge boetes die met de oorspronkelijke Fraudewet in het domein van de sociale zekerheid werden geïntroduceerd in 2012, (*zie noot 148*) worden een aantal keer als voorbeeld aangehaald door de Afdeling advisering in haar advies. Ook vormden deze boetes aanleiding voor de Nationale ombudsman om een kritisch rapport uit te brengen. Ook illustratief voor deze trend is de wet waarmee recentelijk de maximumhoogte van de bestuurlijke boete die de Autoriteit Consument en Markt (ACM) kan opleggen, werd verdubbeld. (*zie noot 149*) Maar er zijn veel meer voorbeelden (*zie noot 150*) van recente wetten en wetsvoorstellen waarin nieuwe normen worden geïntroduceerd op overtreding waarvan een fors boetemaximum is gesteld of waarin bestaande boetemaxima aanzienlijk zijn verhoogd.

Het betreft zowel een beweging naar hogere boetes voor relatief lichte vergrijpen als een trend om steeds ernstiger overtredingen bestuurlijk te handhaven met navenant hogere boetes.

Dat de bestuurlijke boetes die op grond van ordeningswetgeving (kunnen) worden opgelegd vaak relatief hoog zijn en dat soms ook móeten zijn, kan worden verklaard door ten minste vijf, onderling nauw samenhangende, factoren.

1. Een eerste factor is dat door het overtreden van relatief eenvoudige, in zichzelf niet zwaar moreel beladen, normen in het ordeningsrecht de overtreder in veel gevallen aanzienlijk financieel voordeel kan behalen. (*zie noot 151*) Dan zijn hoge boetemaxima niet zozeer de uitdrukking van het zware morele verwijt dat de samenleving aan overtreding van de norm als zodanig verbindt maar nodig om te voorkomen dat berekenende overtreders de (kans op een) boete anders voor lief nemen. De illustratie op het amendement waarmee de maximale boete in de Warenwet werd verhoogd naar 810.000 euro verwoordt het als volgt:

"Het is duidelijk dat € 4.500 voor praktisch alle bedrijven goedkoper is dan voldoen aan de volksgezondheidseisen die wij in Nederland stellen. Een boete van € 81.000 is dit voor grote bedrijven echter nog steeds, afhankelijk van de overtreding. Daarom beogen wij deze boete verder te verhogen, naar de zesde categorie. Alleen op deze manier is de maximale hoogte van de boete afschrikwekkend genoeg om bedrijven te dwingen zich aan onze volksgezondheidseisen te houden." (*zie noot 152*)

Hoge bestuurlijke boetes kunnen soms met andere woorden aangewezen zijn om de (voldoende) naleving van deze voorschriften af te dwingen. (*zie noot 153*)

2. Daarbij komt dat veel bestuursrechtelijke voorschriften vooral rechtspersonen als geadresseerde hebben. Bedrijven hebben gemiddeld een grotere draagkracht dan natuurlijke personen, zodat ook de boetes die (kunnen) worden opgelegd hoger moeten zijn wil er sprake zijn van effectieve bevordering van de naleving. Bovendien zijn rechtspersonen vaak alleen te straffen met een financiële sanctie terwijl voor natuurlijk personen ook andere sancties mogelijk zijn zoals detentie. Dit onderkende, werd in de Mededingingswet bijvoorbeeld al in 1996 de omzetgerelateerde maximumboete ingevoerd. (*zie noot 154*)

3. Met het voorgaande samenhangend speelt als derde factor tevens mee dat het bestuursrecht, anders dan het strafrecht, geen algemene ontnemingsmaatregel kent om wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen. Het bestuur kan immers alleen als er al sprake is van een financiële relatie met de overtreder soms overgaan tot een terugvordering op grond van onverschuldigde betaling. Omdat er in andere situaties voor het bestuur geen mogelijkheid bestaat om wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen, heeft de wetgever er soms voor gekozen om het veronderstelde genoten voordeel in de maximale

boetehoogte te verdisconteren. Kortom, de hoogte van de bestuurlijke boete dient dan niet alleen ter afdoende afschrikking, maar ook om het uit overtreding verkregen voordeel af te romen. (zie noot 155)

4. Ook de invloed van het Unierecht kan maken dat bestuurlijke boetemaxima hoog zijn. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU volgt weliswaar dat lidstaten ten behoeve van de handhaving van Unierecht dienen te voorzien in doeltreffende, proportionele en afschrikwekkende sancties. (zie noot 156) De sancties moeten op basis van het gelijkwaardigheidsbeginsel vergelijkbaar zijn met sancties voor overtredingen van puur nationaal recht. Maar het komt ook voor dat het Unierecht op een bepaald terrein voorschrijft welke bevoegdheden de desbetreffende bevoegde instantie dient te bezitten en welke sancties (zie noot 157) deze in ieder geval moet kunnen opleggen. (zie noot 158) Dit speelt bijvoorbeeld in de Wet implementatie verordening en richtlijn marktmisbruik en in het voorstel voor een Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn. Zowel in de eerstgenoemde wet als in het laatstgenoemde wetsvoorstel worden de wettelijke boetemaxima voor het overtreden van de Wet op het financieel toezicht respectievelijk de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme fors verhoogd. (zie noot 159)

5. Tot slot speelt soms een veranderd inzicht mee in de strafwaardigheid van bepaalde overtredingen en de behoefte om meer sturing te kunnen geven aan de hoogte van de op te leggen sancties. Dit motief heeft bijvoorbeeld een rol gespeeld bij de keuze voor bestuursrechtelijke sanctionering in de Wet aanscherping en handhaving sanctiebeleid SZW-wetgeving. (zie noot 160)

Voorgaande biedt weliswaar deels een rechtvaardiging voor de soms zeer hoge bestuurlijke boetes en deels een verklaring voor de trend richting steeds hogere bestuurlijke boetes, dat neemt niet weg dat de hoogte van de boetes en de vraag naar de evenredigheid daarvan, zoals hiervoor al aan de orde kwam, inmiddels op maatschappelijke kritiek en juridische grenzen is gestuit.

Het punitieve bestuursrecht groeit naar het strafrecht toe en omgekeerd

Tegelijk met de opkomst van de bestuurlijke boete doet zich een ontwikkeling voor waarbij het punitieve bestuursrecht steeds verder naar het strafrecht toegroeit. Mede onder invloed van de steeds hogere boetes die bestuursorganen opleggen, geeft de bestuursrechter de afgelopen jaren in jurisprudentie blijk van een steeds 'strafrechtelijkere' taakopvatting. Na aanvankelijke terughoudende toetsing is de bestuursrechter het boetebeleid bijvoorbeeld steeds kritischer gaan toetsen evenals de op grond daarvan in concrete gevallen opgelegde boetes. Strafrechtelijke leerstukken spelen een steeds grotere rol in het punitieve bestuursrecht. In de boetetitel van de Awb (zie noot 161) zijn enkele essentiële straf(proces)rechtelijke waarborgen geïncorporeerd, deels als codificatie van bestaande jurisprudentiële lijn. (zie noot 162) In ieder geval voldoet de bestuursrechtelijke rechtsbescherming aan de minimale eisen die op grond van artikel 6 EVRM gelden.

Daarnaast spelen materieel strafrechtelijke leerstukken in wetgeving een grotere rol. Zo is het in de Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit mogelijk gemaakt om in geval van toeslagenfraude, in afwijking van de Awb, (zie noot 163) niet alleen de (mede)pleger en de feitelijk leidinggevende bestuurlijk te beboeten, maar ook de medeplichtige, de doen-pleger en de uitlokker. De al genoemde uitspraak van de Centrale Raad over de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving is gecodificeerd door in het sociaizekerheidsrecht een onderscheid in te voeren tussen het opzettelijk en niet-opzettelijk begaan van een overtreding. (zie noot 164) Dit onder verwijzing naar het al langer bestaande onderscheid tussen vergrijp- en verzuimboetes in het belastingrecht. Ook in Europese

wetgeving wordt soms de noodzaak onderstreept om bij het opleggen van bestuurlijke boetes rekening te houden met de opzettelijke of nalatige aard van de inbreuk. (zie noot 165)

Het punitieve bestuursrecht groeit niet alleen steeds verder naar het strafrecht toe, maar ook een omgekeerde beweging is zichtbaar. In het strafrecht kunnen strafbare feiten van oudsher buiten de rechter om worden afgedaan. De belangrijkste vorm van deze buitengerechtelijke afdoening in het strafrecht was tot 2008 de transactie. In datzelfde jaar is met de Wet OM-afdoening de strafbeschikking geïntroduceerd waardoor tegenwoordig ook het strafrecht een buitengerechtelijke bestraffingsmogelijkheid kent. Anders dan de transactie is de strafbeschikking een eenzijdige rechtshandeling die berust op een vaststelling van schuld aan een strafbaar feit. Die bevoegdheid tot het opleggen van een strafbeschikking komt toe aan het openbaar ministerie, opsporingsambtenaren en bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) aangewezen bestuursorganen voor eveneens in deze AMvB aangewezen specifieke feiten (de zogenaamde bestuurlijke strafbeschikking). (zie noot 166) Het rechtskarakter van de strafbeschikking komt meer overeen met dat van een rechterlijke veroordeling. (zie noot 167) Voor strafbeschikkingen geldt dat het procesinitiatief bij de verdachte ligt. Als de verdachte verzet aantekent dan gaat de officier van justitie vervolgens in beginsel tot dagvaarding over. Vervolgens beoordeelt de strafrechter in een reguliere strafzaak hetgeen de verdachte ten laste wordt gelegd. Bij een transactie ligt dat anders, dan dient de officier van justitie tot dagvaarding over te gaan indien de verdachte niet (volledig) aan de transactievoorwaarden voldoet. Omgekeerd vervalt het vervolgingsrecht van het openbaar ministerie op het moment dat aan de transactievoorwaarden is voldaan.

5. Beoordeling van (de ontwikkelingen in) het huidige stelsel van punitieve handhaving en maatregelen ter bijsturing

Inleiding

Deze paragraaf bevat een beoordeling van de ontwikkelingen die in de vorige paragraaf zijn geschetst. In het verlengde daarvan kondigt het kabinet, daar waar bijsturing aangewezen is, een aantal maatregelen aan ter verbetering van de afstemming tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht. Voor de concrete uitwerking van deze voorgenomen maatregelen zal onder regie van de minister van Justitie en Veiligheid een implementatieplan worden opgesteld en uitgevoerd.

Visie op de opkomst en de hoge vlucht van de bestuurlijke boete

Het kabinet is van oordeel dat de bestuurlijke boete een volwaardige plaats heeft verworven als handavingsinstrument. De opkomst van de bestuurlijke boete is een ontwikkeling die als zodanig ook niet hoeft te worden teruggedraaid of bijgestuurd. Sterker nog, het stelsel functioneert over het algemeen adequaat. De bestuurlijke boete voorziet in een blijvende behoefte en het kabinet beschouwt de bestuurlijke boete dan ook als een gegeven. Voor zover er geen sprake is van overtredingen die vallen binnen het exclusieve domein van het strafrecht kan bestuursrechtelijke handhaving een volwaardig alternatief vormen voor de inzet van het strafrecht. Wel zal de keuze voor een van beide sanctiestelsels of voor een combinatie van beide telkens dragend gemotiveerd moeten worden. Hierbij zijn niet alleen praktische factoren die zien op het optimaal bevorderen van de naleving van de concrete norm relevant, maar ook de logica en de verantwoording van de keuze in relatie tot eerder gemaakte keuzes binnen het punitieve handavingsbestel. Als is voldaan aan deze voorwaarden ziet het kabinet geen aanleiding om kritisch tegenover het introduceren van nieuwe wettelijke bevoegdheden te staan voor bestuursorganen om bestuurlijke boetes op

te kunnen leggen.

Visie op de trend naar steeds hogere bestuurlijke boetes en maatregelen ter bijsturing
In het rapport Referentiekader geldboetes wordt geconcludeerd dat het algemene beeld van de bestraffende rechtshandhaving van het ordeningsrecht op het punt van de boetehoogte en de vormgeving wordt gekenmerkt door grote verscheidenheid of zelfs willekeur. (*zie noot 168*) De Afdeling advisering is van mening dat meer nodig is om dit probleem op te lossen dan de in de reactie op dit rapport toegezegde aanpassing van de Aanwijzingen voor de regelgeving en het opnemen van uitgangspunten voor bepaling van de hoogte van de boete in het IAK (de Boetewijzer). (*zie noot 169*)

Deze interdepartementaal vastgestelde Boetewijzer heeft reeds ten doel om meer eenheid te brengen in de hoogte van de boetes in het straf- en bestuursrecht en om nieuwe ongerechtvaardigde niet te verklaren verschillen zo veel mogelijk te voorkomen. In de Boetewijzer is ook de afspraak vastgelegd dat het bestuursrecht zo veel mogelijk aansluit bij de strafrechtelijke boetecategorieën van artikel 23 Sr als er sprake is van het introduceren van nieuwe bestuurlijke boetemaxima of het heroverwegen van een bestaand maximum. (*zie noot 170*)

Met de Afdeling advisering is het kabinet echter van mening dat voornoemde maatregelen om tot betere afstemming binnen het bestuursrecht en tussen het bestuursrecht en het strafrecht te komen waar het de hoogte van boetes betreft voor dezelfde of soortgelijke overtredingen, nog onvoldoende sturend zijn gebleken. De bestaande afspraken hebben immers niet kunnen verhinderen dat er in de verhouding tussen de stelsels, wat de boetehogtes betreft, toch ook weer nieuwe inconsistenties zijn ontstaan. (*zie noot 171*) De trend naar steeds hogere boetes blijft daarmee onverminderd actueel. Dit heeft de aandacht van het kabinet.

Zoals in de vorige paragraaf is besproken, is het kunnen opleggen van relatief hoge boetes soms nodig voor de effectieve handhaving van het ordeningsrecht en het kan soms ook uit het EU-recht voortvloeien. Dat neemt niet weg dat het van groot belang is voor het maatschappelijk draagvlak en daarmee voor de houdbaarheid en toekomstbestendigheid van het stelsel van punitieve handhaving dat er sprake is van een coherent, evenwichtig en te verantwoorden geheel. Het kabinet acht het in dat licht noodzakelijk om de uniformiteit en de onderlinge afstemming op het gebied van de maximumhoogte van boetes die in het strafrecht en het bestuursrecht kunnen worden opgelegd, nog meer te stimuleren. De wettelijke maximale boetehogtes zullen zich logisch tot elkaar moeten verhouden zodat er meer eenheid ontstaat tussen het strafrecht en het bestuursrecht. Dit geldt evenzeer voor de maximum boetehogtes binnen het bestuursrecht.

Het kabinet is voornemens om daar waar onevenwichtigheid in de verhouding tussen de stelsels zich het sterkst laat voelen, de eerste stappen naar een meer coherent en beter te verantwoorden systeem te zetten. In het ordeningsrecht is veelal sprake van duale handhaving. Dat houdt in dat de bestuurlijke boete het uitgangspunt is voor het handhavend optreden, maar dat onder bepaalde, verzwarende, omstandigheden het strafrecht in beeld kan komen. (*zie noot 172*) In een dergelijke opvolging van bestuurlijke en strafrechtelijke handhaving, naar gelang de ernst van de overtreding, valt het in de ogen van het kabinet niet uit te leggen dat de strafrechter gebonden is aan een soms aanzienlijk lager (*zie noot 173*) strafmaximum dan het bestuursorgaan op grond van het bestuursrecht.

Voorgenomen maatregelen:

- Het kabinet zal een wetsvoorstel in procedure brengen dat ertoe strekt om de al bestaande interdepartementale afspraak (om bij de keuze voor de wettelijke maximumhoogte van een bestuurlijke boete voortaan aan te sluiten bij de boetecategorieën in het strafrecht) in de Awb wettelijk te verankeren. Tegelijkertijd zal ook worden gezien in hoeverre de huidige strafrechtelijke boetecategorieën daartoe verdere aanpassing (verhoging of verfijning) behoeven om zo de aansluiting met de bestuurlijke boetehogtes te faciliteren.
- Bestaande boetestelsels waarvan de boetemaxima niet aansluiten op de strafrechtelijke boetecategorieën zullen worden aangepast. Dit vergt wetswijziging en een zorgvuldige beoordeling van de desbetreffende boetestelsels en de specifieke normen die het betreft. Daar waar een bijzondere rechtvaardiging bestaat voor een afwijkende (vormgeving van de) maximale boetehoogte zal beargumenteerd kunnen worden afgeweken van dit voornemen (*zie noot 174*).
- Het afstemmen van de wettelijke boetemaxima binnen het bestuursrecht zal op basis van de bestaande afspraken (de Boetewijzer) worden geïntensiveerd. Bovendien zullen deze afspraken stevig(er) worden verankerd, in elk geval door het opnemen ervan in de Aanwijzingen voor de regelgeving.
- Het kabinet wil nog een stevige stap verder gaan door een wetsvoorstel in procedure brengen dat ertoe strekt om in de Awb te verankeren dat in een duaal stelsel de maximale bestuurlijke boete in ieder geval niet hoger kan zijn dan de maximale financiële strafbedreiging in het strafrecht voor overtreding van dezelfde norm. Ook hierbij zal worden gezien in hoeverre de huidige strafrechtelijke boetecategorieën verdere aanpassing (verhoging of verfijning) behoeven om zo deze afstemming met de bestuurlijke boetehogtes te faciliteren.
- Bestaande duale stelsels die niet voldoen aan deze (minimale) eis met betrekking tot de maximumhoogte zullen daarmee in lijn worden gebracht. Dit vergt wetswijziging en een zorgvuldige beoordeling van de desbetreffende duale stelsels en de specifieke normen die het betreft. Bij de vraag of het bestuursrechtelijke dan wel het strafrechtelijke boetemaximum (of beide) daartoe aangepast worden, zal telkens de verantwoording van de onderlinge verhoudingen en de verhouding met vergelijkbare boetes in aanpalende rechtsgebieden als ijkpunt dienen. Daarbij kan bijvoorbeeld ook relevant zijn dat de bestuurlijke boete soms niet alleen als straf is bedoeld, maar ook om genoten voordeel af te romen. Tevens zullen bij deze beoordeling mogelijk relevante ontwikkelingen in de jurisprudentie als referentiekader dienen.

Om alle (bestaande) duale stelsels logisch en verantwoord in te richten, zullen naast het voornoemde afstemmen van de wettelijke maxima, de betrokken bestuursorganen en het openbaar ministerie ook hun boetebeleid (*zie noot 175*) respectievelijk requireerbeleid zo veel mogelijk op elkaar afstemmen. Dit om te voorkomen dat bestuursorganen op basis van hun boetebeleid in de praktijk alsnog bestuurlijke boetes opleggen die, in vergelijking met de boetes die de strafrechter voor een vergelijkbare overtreding pleegt op te leggen, aan de burger niet uit te leggen zijn.

Op dit moment worden in de praktijk al vaak wel afspraken gemaakt tussen bestuursorganen en het openbaar ministerie over welke verzwarende omstandigheden maken dat er een overstap van bestuursrechtelijke handhaving naar strafrechtelijke handhaving in een duaal stelsel aangewezen is. (*zie noot 176*) Dergelijke afspraken worden meestal neergelegd in convenanten, protocollen of bijvoorbeeld handhavingsarrangementen op lokaal niveau. Op

grond van de Awb is een bestuursorgaan immers verplicht om, teneinde dubbele vervolging te voorkomen, ofwel per overtreding met het openbaar ministerie te overleggen of daarover in algemene zin afspraken te maken. (*zie noot 177*) Vaak komen deze handhavingsafspraken erop neer dat de inzet van het strafrecht beperkt blijft tot gevallen waarin het instrumentarium van het bestuursrecht ontoereikend is (bijvoorbeeld als de inzet van ingrijpende dwangmiddelen nodig is of gevangenisstraf is geïndiceerd). Daarnaast wordt het strafrecht veelal ingezet vanwege de ernst van de overtreding afgemeten aan bijvoorbeeld het behaalde voordeel of de zwaarte van de inbreuk op de door de wettelijke regeling beschermde rechtsgoederen. Ook de persoon van de verdachte kan nopen tot de inzet van het strafrecht. Te denken valt daarbij aan recidive, deelname aan een criminele organisatie of het misbruiken van een vertrouwenspositie. Soms kiest men voor een aangiftegrens waardoor de hoogte van het schadebedrag leidend is voor de vraag of het bestuursorgaan de overtreding al dan niet met een bestuurlijke boete af kan doen. (*zie noot 178*)

Voorgenomen maatregelen:

- Het openbaar ministerie en het betrokken bestuursorgaan/de betrokken bestuursorganen zullen de bestaande afspraken binnen duale stelsels waar nodig intensiveren en over en weer het boetebeleid respectievelijk het requireerbeleid zo veel mogelijk op elkaar afstemmen. Hierbij zal wederom de verantwoording van de gemaakte keuzes leidend zijn evenals het behoud van voldoende flexibiliteit voor maatwerk.

Het kabinet erkent dat naarmate er binnen één duaal stelsel meer uitvoerende instanties betrokken zijn bij de handhaving, deze afstemming meer inspanning zal vergen van alle partijen. (*zie noot 179*) In ieder geval zullen het openbaar ministerie en de betrokken bestuursorganen een nieuwe impuls aan hun samenwerking geven. Op een sommige terreinen weten het openbaar ministerie en de desbetreffende bestuursorganen elkaar al goed te vinden, op andere beleidsterreinen zullen nog nadere contacten moeten worden gelegd. Het openbaar ministerie onderschrijft de noodzaak om tot (betere) onderlinge afstemming te komen voor wat het requireer- respectievelijk het boetebeleid betreft en heeft zich aan het afstemmen en vaststellen daarvan gecommitteerd.

- Op de langere termijn zal voor toekomstige stelsels gelden dat het openbaar ministerie en het betrokken bestuursorgaan/de betrokken bestuursorganen het boetebeleid respectievelijk het requireerbeleid in onderling overleg vaststellen.

Bij een toekomstige keuze voor een duaal stelsel is vanwege deze gewenste afstemming met het openbaar ministerie overigens voorzichtigheid geboden naarmate er meer bestuursorganen in beeld zijn bij de handhaving. Dat geldt eens te meer als er tevens behoefte is aan veel beleidsruimte (of zelfs beleidsvrijheid) van deze bestuursorganen. Omgekeerd acht het kabinet de afstemmingslast, ongeacht het aantal bestuursorganen dat met de handhaving is belast, aanvaardbaar indien er sprake is van een wettelijk gefixeerd bestuurlijk boetestelsel. (*zie noot 180*)

- Het kabinet acht een duaal stelsel- althans zonder nadere maatregelen om de afstemmingslast aanvaardbaar te maken (*zie noot 181*) - vanwege noodzaak van een goede onderlinge afstemming, in beginsel niet geschikt als er sprake is van veel handhavende bestuursorganen met grote beleidsruimte of beleidsvrijheid.

Visie op het naar elkaar toegroeien van het strafrecht en het punitieve bestuursrecht

De beschreven ontwikkeling richting convergentie tussen beide rechtsgebieden, waarbij de beide soorten punitieve sancties steeds meer dezelfde functie zijn gaan vervullen, blijft de discussie voeden over de ratio achter de (nog resterende) verschillen, waaronder het verschil in rechtspositie van de justitiabele. Wat het kabinet betreft blijven de verschillen in aard en

hoofdkenmerken van het strafrecht en bestuursrecht behouden. Daarnaast is de wens om het punitieve bestuursrecht zo veel mogelijk toe te laten groeien naar een inhoudelijk identieke parallel van het strafrecht - juist ook vanwege de systeeminherente verschillen - niet realistisch.

Ten aanzien van de tendens die in de afgelopen decennia te zien is geweest in de jurisprudentie waarbij de bestuursrechter zijn taak met betrekking tot het toetsen van boetebesluiten steeds breder en 'strafrechtelijker' is gaan opvatten, is het kabinet van mening dat hiermee soms een nuttig tegenwicht werd en wordt geboden tegen onevenwichtigheden. Deels is de jurisprudentie dan ook gecodificeerd. Naarmate de afstemming tussen beide stelsels onderling en ook binnen het bestuursrecht met name op het gebied van de maximale boetehogtes en het boetebeleid beter is, zal naar verwachting van het kabinet de gevoelde noodzaak om bepaalde verschillen verder te harmoniseren in de rechtspraak navenant afnemen.

Wat betreft de uitspraken waarbij de bestuursrechter echter zodanig stevig ingreep dat een wettelijk boetestelsel als geheel of het gehanteerde boetebeleid op onderdelen, als onredelijk werd beoordeeld, is het kabinet van oordeel dat daar lering uit getrokken kan en moet worden. Door meer de nadruk te leggen op de evenredigheid van boete(stelsel)s en door de genoemde maatregelen om tot betere onderlinge afstemming van de boetehogtes in duale handhavingssystemen te komen, beoogt het kabinet in de toekomst te voorkomen dat rechterlijke instanties zich genoodzaakt voelen tot dergelijke ingrepen en het handavingsbestel voor de justitiabele begrijpelijker te maken.

Volgens de Afdeling advisering is met de introductie van de bestuurlijke strafbeschikking het argument gerelativeerd dat de bestuurlijke boete bij uitsteking in aanmerking komt indien behoefte bestaat aan specialistische deskundigheid van het bestuursorgaan. (zie noot 182) In reactie op deze observatie merkt het kabinet op dat voor strafbare feiten waarbij behoefte is aan buitengerechtelijke afdoening in combinatie met een bij uitsteking deskundig bestuursorgaan de bestuurlijke boete inderdaad niet meer het enige aangewezen handavingsinstrument is. De bestuurlijke strafbeschikking biedt deze mogelijkheden eveneens. (zie noot 183) Uit de Nota keuze sanctiestelsel 2008 (zie noot 184) blijkt dat er destijds geen heldere criteria voorhanden waren voor de keuze tussen de bestuurlijke boete en de (bestuurlijke) strafbeschikking. In de Nota keuze sanctiestelsel 2012 (zie noot 185) wordt dat standpunt met zoveel woorden bevestigd. De keuze voor de bestuurlijke strafbeschikking kan zijn ingegeven door de wens om te streven naar eenheid en daarom de bestraffing in één stelsel te willen houden (waarbij het openbaar ministerie bepaalt wat de hoogte is van de boete, hoe een proces-verbaal dient te worden opgesteld, hoe de beschikking wordt opgelegd en hoe het de verzetszaken behandelt).

Naast de evaluatie van de Wet OM-afdoening, die thans wordt uitgevoerd en waarin aandacht wordt besteed aan de bestuurlijke strafbeschikking (naast de politie- en de OM-strafbeschikking), zal separaat ook de werking van de bestuurlijke strafbeschikking in de loop van 2018 worden geïnventariseerd.

6. Visie op de verschillen in rechtsbescherming tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht

Inleiding

De hoge vlucht die de bestuurlijke boete de afgelopen decennia heeft genomen, de trend richting steeds hogere bestuurlijke boetes en in het verlengde van deze twee ontwikkelingen, het verder naar elkaar toegroeien van het punitieve bestuursrecht en het strafrecht, maken dat het maatschappelijk en juridisch draagvlak voor het huidige handhavingssysteem niet langer als een vanzelfsprekend gegeven kan worden beschouwd. De Afdeling advisering geeft aan dat het onrealistisch zou zijn om terug te keren naar de bestuurlijke boete zoals deze in de ogen van de Afdeling advisering oorspronkelijk was bedoeld en dat de bestuurlijke boete zich op veel terreinen van de ordeningswetgeving heeft bewezen. (zie noot 186) Vervolgens, deze ontwikkeling van de bestuurlijke boete als een gegeven beschouwend, richt de Afdeling advisering de aandacht op een aantal verschillen tussen beide stelsels waarvoor wat hen betreft geen direct overtuigende verklaring is. Tevens doet de Afdeling advisering enkele handreikingen om deze verschillen weg te nemen of te verzachten.

De verschillen in rechtsbescherming tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht kunnen in de ogen van het kabinet echter niet geïsoleerd van voornoemde ontwikkelingen worden beschouwd en behoeven overigens in dat licht ook niet altijd problematisch te zijn. Dat komt onder meer omdat sommige verschillen inherent zijn aan het gekozen systeem. Het kabinet is verder van mening dat verschillen toelaatbaar zijn, indien deze verantwoord kunnen worden en verdedigbaar zijn en voor zover verschillen niet tot onevenredige consequenties leiden. Bovendien is het kabinet van mening dat naarmate de verhouding tussen beide stelsels logischer wordt, de gevoelde noodzaak om de bestaande verschillen zo veel mogelijk weg te nemen - in ieder geval deels - zal komen te vervallen. Het kabinet legt in zijn visie de nadruk op evenredigheid van de wettelijke boetemaxima in het algemeen en van het bijbehorende boetebeleid bij duale handhaving in het bijzonder. De voorgenomen maatregelen van het kabinet zien vooral op het verbeteren van de logica in de verhouding tussen verschillende boetehoogtes. Deze benadering wijkt iets af van de invalshoek van de Afdeling advisering. De Afdeling advisering adviseert immers om de bedoelde verhouding tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht te verbeteren door de rechtsbescherming in het bestuursrecht te 'verzwaren' waar de noodzaak zich opdringt. Dat betreft volgens de Afdeling advisering de gevallen waarin het niet langer gaat om lichte, eenvoudig vaststelbare feiten, maar om zwaardere en minder eenvoudig vast te stellen overtredingen of om overtredingen die zwaar worden beboet, ook al zijn zij eenvoudig vaststelbaar en minder zwaar. De consequentie hiervan zou zijn dat, in aanvulling op het onderscheid dat de Awb al maakt tussen lichte en zware boetes, (zie noot 187) er nog een verschil zou ontstaan in rechtsbescherming binnen de categorie 'zware' bestuurlijke boetes. Dit is wat het kabinet betreft onwenselijk. Zou die weg worden gekozen, dan leidt dit tot het verkleinen van gerechtvaardigde verschillen tussen strafrecht en bestuursrecht. Bovendien is volgens het kabinet tevens relevant dat het punitieve bestuursrecht is ingebed in en integraal onderdeel uitmaakt van de Awb-systematiek. Een boetebeschikking is een beschikking, en geen tenlastelegging en het is evenzeer van belang dat er binnen het bestuursrecht sprake blijft van consistentie en eenheid.

Bovendien zijn het strafrecht en het bestuursrecht in een geheel verschillende context geschreven. De bepalingen in de strafwetgeving zijn vooral gericht op de verdachte (persoonsgericht) en de strafrechter. De strafrechter dient, nadat het onderzoek ter terechtzitting is gesloten, het aangedragen bewijsmateriaal in relatie tot hetgeen het Openbaar Ministerie een verdachte ten laste heeft gelegd te beoordelen. De algemene bepalingen inzake de bestuurlijke boete in de Awb richten zich vooral op het bestuur nu het

(in eerste instantie) het bestuursorgaan is dat de bestuurlijke boete oplegt. Het bestuursorgaan moet allereerst aantonen dat de overtreding is begaan. De bestuursrechter toetst vervolgens desgevraagd een dergelijk boetebesluit op rechtmatigheid. Dit wezenlijke verschil tussen beide stelsels maakt dat afstemmen van bepaalde aspecten van de rechtsbescherming niet altijd mogelijk is. Tot slot vertonen de verschillende aspecten van rechtsbescherming die de Afdeling advisering in zijn advies langsloopt onderling soms ook samenhang hetgeen eventuele afstemming complex maakt. In deze paragraaf wordt hier nader op ingegaan.

Het kabinet kiest er wel voor om onverklaarbare verschillen tussen beide stelsels, die niet voortvloeien uit de verschillen in systematiek tussen het strafrecht en het bestuursrecht, kritisch te bekijken. Daar waar verschillen die niet of moeilijk te verantwoorden zijn, stelt het kabinet in deze paragraaf maatregelen voor om deze waar mogelijk weg te nemen. Niet met de gedachte dat dáármee de verhouding tussen beide punitieve stelsels weer in het gerede gebracht zal worden, maar vanuit het streven naar een logischer en beter verantwoord punitief handhavingsbestel.

Het is wat het kabinet betreft goed om niet uit het oog te verliezen dat de rechtsbescherming in beide punitieve stelsels voldoet aan de (minimale) vereisten die op grond van artikel 6 EVRM gelden. Verder zal het kabinet in deze paragraaf op bepaalde punten moeten constateren dat de positie van de justitiabele niet in alle opzichten in het punitieve bestuursrecht minder goed geborgd is dan in het strafrecht. (*zie noot 188*) Daarbij moet, tot slot, ook niet uit het oog worden verloren dat, zeker als het natuurlijke personen betreft, gemiddeld genomen van een strafrechtelijke vervolging een aanzienlijk stigmatiserender en daarmee afschrikwekkender effect uitgaat dan van een boetebeschikking. (*zie noot 189*)

Straftoemeting

De verschillen tussen het bestuurs- en het strafrecht zijn voor de justitiabelen in ieder geval vaak vooral duidelijk zichtbaar als het gaat om de hoogte van de boetes, de straftoemeting. Zoals in het voorgaande al aan bod kwam, zijn er in sommige gevallen onevenwichtigheden ontstaan tussen de maximale boetes die kunnen worden opgelegd in het strafrecht en in het bestuursrecht. Het kabinet stelt vast dat de bestuursrechter de beoordeling van de boetehoogte (en het veelal onderliggende boetebeleid) mede naar aanleiding van kritiek in de literatuur en wetenschap steeds indringender is gaan toetsen. (*zie noot 190*) Dit heeft geleid tot jurisprudentie waarin regelmatig bestuurlijke boetes zijn gematigd. Zeker ten aanzien van normen die zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk gehandhaafd kunnen worden (duale handhaving), is het kabinet van oordeel dat maatregelen geboden zijn om de verantwoording van de verhouding tussen beide stelsels te verbeteren (*zie paragraaf 5*).

De Afdeling advisering pleit voor een indringende beoordeling door de bestuursrechter van een voorgelegde bestuurlijke boete, liefst door *"zelfstandig de boete te bepalen"* en daarbij voorts *"andere omstandigheden zoals de draagkracht te betrekken"*.

Bij de rechterlijke beoordeling (*zie noot 191*) van boetebeschikkingen is er al langer geen sprake van een marginale toets (dit ligt alleen genuanceerder bij wettelijk gefixeerde boetestelsels). De jurisprudentie van de afgelopen jaren laat zien dat de bestuursrechter de boetehoogte in concrete zaken steeds indringender is gaan toetsen. (*zie noot 192*) De bestuursrechter beoordeelt immers zelfstandig de rechtmatigheid van het aan hem voorgelegde boetebesluit en vernietigt dit als de boete hem niet evenredig of anderszins

onrechtmatig voorkomt. Hij is in een dergelijk geval verplicht (*zie noot 193*) om zelf in de zaak te voorzien door een beslissing te nemen omtrent het opleggen van de boete en eventueel een nieuwe boetehoogte vast te stellen. (*zie noot 194*)

Verder schrijft de Afdeling advisering: *"Hoe groter de ruimte is die de bestuursrechter zichzelf toemeet, hoe gelijkwaardiger de rechtsbescherming van de justitiabele tegenover de bestraffende overheid in het strafrecht of punitieve bestuursrecht zal zijn. De wetgever kan dit ondersteunen door bij de oplegging van de straf de gebondenheid van de rechter aan beleidsregels te beperken. Dat zou ook kunnen door in beleidsregels meer en fijnmaziger te differentiëren."* (*zie noot 195*)

Het kabinet leest hierin vooral een oproep van de Afdeling advisering aan de desbetreffende bestuursorganen aangezien dergelijke beleidsregels meestal niet door de wetgever worden opgesteld en - belangrijker- in principe ook alleen het bestuursorgaan binden waaraan de boetebevoegdheid toekomt; beleidsregels kunnen geen verplichtingen opleggen aan derden. (*zie noot 196*) Weliswaar zal in de praktijk een rechter de wettelijke regeling en onderliggende boetebeleidsregels vaak als uitgangspunt nemen bij de beoordeling van de hoogte van de opgelegde boete. Een rechter is echter op grond van de Awb noch anderszins gebonden aan dergelijke beleidsregels als hij na vernietiging van een boetebesluit overgaat tot het vaststellen van een nieuwe boete(hoogte).

In dit verband wijst het kabinet ook op vaste jurisprudentie die inhoudt dat een bestuursorgaan bij de toepassing van een beleidsregel en de daarin vastgelegde boetebedragen in elk voorkomend geval apart dient te beoordelen of die toepassing strookt met de eisen die aan het opleggen van een boete moeten worden gesteld. *"Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is. De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuur met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie."* (*zie noot 197*) Recent heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling bestuursrechtspraak) (*zie noot 198*) geoordeeld dat omstandigheden die zijn verdisconteerd bij het opstellen van een beleidsregel niet reeds daarom buiten beschouwing kunnen worden gelaten bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van onevenredige gevolgen in een concreet geval.

Anders dan de al in paragraaf 5 aangekondigde maatregelen ten aanzien van wettelijke boetemaxima en het afstemmen van het requireer- en boetebeleid, ziet het kabinet geen mogelijkheid, maar ook geen noodzaak om ten aanzien van de straftoemeting door de bestuursrechter veranderingen door te voeren.

Bewijs

Ten aanzien van de bewijsvoering en de waardering van bewijs merkt het kabinet op dat in de praktijk de verschillen tussen het strafrecht en het punitieve bestuursrecht beperkter zijn dan op papier. Weliswaar kent het bestuursrecht geen bewijsregels zoals in het strafrecht, maar de bestuursrechter heeft inmiddels een aantal eisen gesteld aan het bewijs dat het bestuursorgaan aan de boete ten grondslag dient te leggen (*zie noot 199*) en in het strafrecht valt, omgekeerd, veel onder de limitatief opgesomde bewijsmiddelen (*zie noot 200*) van het zogenaamde 'negatief wettelijk bewijsstelsel'.

Terecht merkt de Afdeling advisering op dat bewijsregels ten aanzien van de bestuurlijke boete door bestuursrechters zijn ontwikkeld. (*zie noot 201*) Het kabinet wijst in dit verband op

de richtinggevende uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van 5 juli 2017 waarin enkele bewijsregels ten aanzien van de bestuurlijke boete (opnieuw) worden geformuleerd. (zie noot 202) In die uitspraken is opnieuw bevestigd dat een bestuursorgaan zal moeten aantonen dat de overtreding is begaan, het aannemelijk maken daarvan is niet voldoende. In geval van twijfel wordt aan betrokkenen het voordeel van de twijfel gegund. (zie noot 203) Verder heeft de Afdeling bestuursrechtspraak recentelijk geoordeeld dat noch het ontbreken van een handtekening van de opsteller van een boeterapport in beginsel bewijsrechtelijke consequenties heeft noch het ontbreken van een handtekening van de vermeende overtreder. In de jurisprudentie worden, met andere woorden, concrete bewijsrechtelijke vraagstukken nader ingevuld.

Gelet op deze ontwikkelingen ziet het kabinet geen reden om nadere maatregelen te treffen. Verder wijst het kabinet er in dit verband nog op dat de Awb de bestuursrechter een aantal onderzoeksbevoegdheden toekent. Dit betreft onder meer het verzoek tot het verstrekken van inlichtingen, het getuigenverhoor en het deskundigenbericht. (zie noot 204) Van die mogelijkheden maakt de bestuursrechter in de praktijk overigens nog weinig gebruik. (zie noot 205)

Griffierechten

Het bestuursrecht kent, anders dan het strafrecht, een algemene verplichting tot betaling van griffierecht (zie noot 206) voordat de belanghebbende een beschikking door de bestuursrechter kan laten toetsen (ontvankelijkheidsvereiste). Het doel van het griffierecht is tweeledig: enerzijds ontvangt de overheid een 'tegenprestatie' van rechtszoekende die een beroep doet op de bestuursrechter en anderzijds zal de rechtszoekende daardoor een afweging maken tussen het belang van het aanbrengen van de zaak en de daaraan voor hem verbonden kosten. Doordat in het bestuursrecht het zogenaamde verbod op reformatio in peius (zie noot 207) geldt, kan het boetebedrag door een gang naar de rechter in beginsel namelijk niet hoger worden. De gang naar de bestuursrechter door betrokkene is daarmee in beginsel (zie noot 208) risicovrij. Met het heffen van griffierecht, dat door het bestuursorgaan wordt terugbetaald als de rechtzoekende in het gelijk wordt gesteld, is beoogd rechtzoekenden aan de hand van de daaraan verbonden kosten een zorgvuldige afweging te laten maken of het zin heeft een zaak aan de bestuursrechter voor te leggen. (zie noot 209) Het griffierecht is een drempel om te voorkomen dat in weinig kansrijke zaken (hoger) beroep wordt ingesteld. Rechtzoekenden met een inkomen van minder dan 90% van de bijstandsnorm kunnen vrijstelling van het griffierecht aanvragen. (zie noot 210)

De Afdeling advisering is van oordeel dat het verschil tussen de buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteiten (de strafbeschikking aan de ene kant en de bestuurlijke boete aan de andere kant) wat het heffen van griffierechten betreft zou moeten worden weggenomen. De Afdeling advisering geeft aan dat daarvoor in zijn ogen twee oplossingsrichtingen denkbaar zijn; ofwel griffierechten invoeren bij verzetszaken ofwel griffierechten bij de bestuurlijke boetezaken afschaffen.

Het kabinet stelt voorop dat het heffen van griffierechten op zichzelf genomen niet in strijd komt met het door artikel 6 EVRM beschermde recht op een eerlijk proces. (zie noot 211) Verdragstaten hebben een zekere beleidsruimte voor het stellen van regels die de toegang tot de rechter beperken, (zie noot 212) mits daardoor dat recht niet in zijn kern wordt getroffen, de gestelde beperkingen een rechtmatig doel dienen en aan de evenredigheidseis is voldaan. (zie noot 213) Aan deze eisen wordt in Nederland voldaan.

Met betrekking tot het voorstel van de Afdeling advisering om griffierecht te heffen bij verzet tegen een strafbeschikking is, zoals de Afdeling advisering zelf ook onderkent, van belang dat het kabinet deze optie reeds expliciet van de hand heeft gewezen bij de invoering van de strafbeschikking in de Wet OM-afdoening. Het eventueel invoeren van griffierechten in het strafrecht is een algemenere kwestie waarvoor het niet voor de hand ligt om de discussie daarover specifiek te voeren in het kader van afdoening met een strafbeschikking die wordt gevolgd door verzet.

Omgekeerd zou het afschaffen van de verplichting om griffierecht te betalen bij beroep tegen een boetebeschikking naar het oordeel van het kabinet een onwenselijke inconsistentie opleveren binnen het bestuursrecht. De vraag rijst dan bijvoorbeeld welke rechtvaardiging kan worden gegeven voor het verschil tussen het aanvechten van een reparatoire sanctie als een last onder dwangsom of een subsidiebeschikking (wel griffierecht) en een bestuurlijke boete (geen griffierecht). Daarenboven is een legitieme vraag of van de afschaffing van het griffierecht bij de bestuurlijke boete geen ongewenste aanzuigende werking uit zou gaan, omdat in het bestuursrecht het instellen van (hoger) beroep in beginsel niet kan leiden tot een ongunstiger besluit. In het strafrecht kan dat wel.

Gelet hierop ziet het kabinet geen goede oplossing om dit verschil weg te nemen dan wel te verzachten.

Schorsende werking van het instellen van rechtsmiddelen

In het strafrecht geldt dat het instellen van een rechtsmiddel (waaronder ook het aantekenen van verzet tegen een strafbeschikking) schorsende werking heeft ten aanzien van de tenuitvoerlegging van de straf. Schorsende werking houdt in dat de verplichting tot betaling van de (geld)boete wordt opgeschort hangende de procedure. In het bestuursrecht is de hoofdregel dat het indienen van bezwaar en beroep de werking van het aangevallen besluit niet schorst: de bestuurlijke boete moet worden betaald binnen het verstrijken van de betalingstermijn van zes weken. (*zie noot 214*)

De Afdeling advisering adviseert om, zoals bijvoorbeeld ook in de Instellingswet ACM is gebeurd, schorsende werking toe te kennen aan de fase van bezwaar.

Het kabinet stelt voorop dat, zoals de regering ten tijde van de parlementaire behandeling van de Vierde tranche van de Awb al naar voren heeft gebracht, artikel 6 EVRM niet aan de onmiddellijke tenuitvoerlegging van een nog niet definitief geworden boetebeschikking in de weg staat. (*zie noot 215*) Het uitgangspunt dat een bestuurlijke boete onmiddellijk moet worden betaald, is naar het oordeel van het kabinet op zichzelf genomen een aanvaardbaar uitgangspunt, ook als het een hoge boete betreft. Zeker bij hoge boetes zal het bestuursorgaan zich er van moeten vergewissen dat de boete, mede gelet op de draagkracht van de overtreder, geen onevenredige gevolgen heeft. In een 'wettelijk gefixeerd' boetestelsel is het bestuur weliswaar niet verplicht om ambtshalve te toetsen of de opgelegde boete evenredig is (het dient in beginsel uit te gaan van de afweging van de wetgever), maar deze regel lijdt uitzondering als het bestuur sterke aanwijzingen heeft dat de hoogte van de boete in een bepaalde casus onevenredig uitpakt, bijvoorbeeld vanwege de geringe draagkracht van de overtreder. Een dergelijke aanwijzing zal het bestuur in de meeste gevallen krijgen doordat de betrokkene een beroep doet op dergelijke bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld bij het geven van zijn zienswijze over een voorgenomen boeteoplegging. (*zie noot 216*)

Een bestuursorgaan dat overweegt een hoge bestuurlijke boete op te leggen, dient zich dan ook van tevoren een beeld te vormen van de gevolgen van deze boete voor de vermoedelijke overtreder. Zo nodig dient de betrokkene een betalingsregeling te worden aangeboden. Een bestuursorgaan dat het evenredigheidsbeginsel en de overige beginselen van behoorlijk bestuur in acht neemt, zal met andere woorden, in beginsel geen bestuurlijke boete opleggen die voor de betrokkene werkelijk niet is op te brengen. *(zie noot 217)*

Ten tijde van de parlementaire behandeling van de Vierde tranche van de Awb achtte de regering het ook niet nodig om schorsende werking te verlenen aan het instellen van bezwaar tegen een boetebeschikking. Volgens de regering functioneerde het sanctiestelsel, zoals dat in de praktijk was gegroeid, goed. Zij wees erop dat er op dat moment ook nog nauwelijks gepubliceerde rechtspraak was over de invordering van bestuurlijke boetes. *(zie noot 218)*

De context van de bestuurlijke boete is sindsdien echter veranderd en ook is inmiddels wel een aantal geschillen over de betaling van een boete voorgelegd aan de voorzieningenrechter. *(zie noot 219)*

Daarnaast kent het (economische) orderingsrecht op dit moment verschillende wettelijke uitzonderingen op het bestuursrechtelijke uitgangspunt dat bezwaar en beroep tegen een besluit de werking van het aangevallen besluit niet schorsen. *(zie noot 220)* Tevens blijkt dat bestuursorganen in de praktijk verschillend om gaan met verzoeken de betalingsverplichting op te schorten. *(zie noot 221)*

Gelet op het uitgangspunt van het kabinet dat verschillen in het orderingsrecht verklaarbaar en verantwoord moeten zijn, is deze diversiteit aan regelingen en in uitvoeringspraktijk aanleiding voor een nadere analyse. Op basis van die analyse kan de vraag worden beantwoord of er wellicht algemeen geldende criteria te vinden zijn op grond waarvan wel of geen schorsende werking zou kunnen worden verleend. Het kabinet ziet in de hiervoor beschreven ontwikkelingen namelijk voldoende aanleiding om het verlenen van schorsende werking aan het instellen van bezwaar tegen (bepaalde) boetebeschikkingen in ieder geval te onderzoeken. Een dergelijke oplossingsrichting zou echter brede implicaties hebben voor de bestuurlijke handhaving op uiteenlopende terreinen. In het hiervoor genoemde onderzoek zullen daarom de verschillende voor- en nadelen van dit voorstel in kaart moeten worden gebracht alvorens een afweging te kunnen maken tussen enerzijds het belang van rechtsbescherming en -positie van de justitiabele en anderzijds de effectiviteit van de bestuursrechtelijke punitieve handhaving. *(zie noot 222)*

Voorgenomen maatregel:

- Gelet op de bestaande verschillen binnen het bestuursrecht en de uitvoeringspraktijk ten aanzien van schorsende werking, zal het kabinet onderzoek laten doen naar de voor- en nadelen van het eventueel verlenen van schorsende werking in bezwaar aan (bepaalde) boetebesluiten.

Cumulatie griffierechten en schorsende werking

Als het bestuursorgaan geen betalingsregeling wil aanbieden, kan dat bij een slechte financiële positie van de betrokkene tot gevolg hebben dat hij hangende bezwaar opschorting van de betalingsverplichting bij de rechter moet afdwingen. Daartoe dient de betrokkene een voorlopige voorziening aan te vragen, waarvoor griffierecht verschuldigd is.

De Afdeling advisering merkt op dat het wenselijk zou zijn om de cumulatie van de

verplichting tot het betalen van griffierechten met het niet verlenen van schorsende werking in het bestuursrecht te voorkomen. Voor minder draagkrachtigen zou deze samenloop, wat de Afdeling advisering betreft, eerder tot een onevenredig bezwarende situatie kunnen leiden. Het heffen van griffierechten zou, onder bijzondere omstandigheden, zelfs een ongeoorloofde belemmering van de toegang tot de rechter kunnen opleveren, aldus de Afdeling advisering.

Wat het kabinet betreft, brengen het evenredigheidsbeginsel en de overige beginselen van behoorlijk bestuur met zich dat een bestuursorgaan in beginsel geen bestuurlijke boete zou behoren op te leggen die dusdanig hoog is dat de betrokkene na betaling ervan de rechtmatigheid van de boete niet aan de rechter kan voorleggen, omdat hij het griffierecht niet (meer) kan betalen. Dan is er in het concrete geval immers geen sprake van een boete die 'passend en geboden' is. *(zie noot 223)*

Voorts kan een bestuursorgaan op grond van deze zelfde beginselen, onder omstandigheden, gehouden zijn om desgevraagd bijvoorbeeld een betalingsregeling aan te bieden. Dergelijke regelingen komen bestuursorganen (al dan niet op basis van vastgesteld beleid) in de praktijk overeen met de beboete (rechts)persoon die in betalingsnood verkeert. *(zie noot 224)* Dit laatste ligt eens te meer in de rede hangende bezwaar en beroep omdat dan immers nog niet vaststaat of de boete terecht is opgelegd noch of de hoogte ervan evenredig is. *(zie noot 225)*

Dat bestuursorganen in de praktijk niet altijd genegen zijn om de in betalingsnood verkerende overtreders tegemoet te komen, blijkt uit het feit dat de voorzieningenrechter in enkele zaken de opgelegde boete heeft geschorst vanwege de slechte financiële positie van de desbetreffende (rechts)persoon. *(zie noot 226)*

Voorgenomen maatregelen:

- Omdat niet alle uitspraken van voorzieningenrechters worden gepubliceerd, kan het kabinet nog geen inschatting maken of en, zo ja, hoe groot dit probleem in de praktijk voor betrokkenen is. Gelet daarop ziet het kabinet aanleiding om eerst het aantal voorlopige voorzieningen tegen boetebeschikkingen wegens betalingsonmacht en de uitkomsten daarvan in kaart te brengen.
- Op basis van dat onderzoek zal het kabinet vervolgens bezien of er bij bepaalde bestuursorganen behoefte is aan nadere voorlichting over betalingsregelingen. *(zie noot 227)*
- Het kabinet zal gedurende een langere periode de ontwikkelingen blijven monitoren en bezien in hoeverre aanvullende maatregelen nodig zijn.

Verjaringstermijnen

Het bestuurs- en strafrecht kennen verschillende verjaringstermijnen. *(zie noot 228)* Dat betekent dat wanneer een overtreding niet binnen de daarvoor in de wet bepaalde termijn wordt vastgesteld, er geen vervolging respectievelijk beboeting meer kan plaatsvinden. Als uitgangspunt in zowel het straf- als het bestuursrecht geldt dat bij lichtere feiten de verjaringstermijn korter is dan bij zwaardere feiten. Het kabinet vindt de verschillen in verjaringstermijnen tussen de beide stelsels niet logisch en daarmee onwenselijk. *(zie noot 229)* Dit verschil valt wederom in het bijzonder ten aanzien van duaal sanctioneerbare gedragingen in negatieve zin op.

Voorgenomen maatregel:

- Het kabinet zal een wetsvoorstel voorbereiden waarin zal worden voorgesteld om de verjaringstermijnen in de Awb in lijn te brengen met de termijnen in het strafrecht. *(zie noot 230)*

Hoorplicht

Voorafgaand aan de mogelijkheid om tot buitengerechtelijke bestraffing over te gaan, geldt zowel bij de bestuurlijke boete als bij de strafbeschikking vanaf een bepaald bedrag de plicht om de vermeende overtreder respectievelijk de verdachte te horen. Bij bestuurlijke strafbeschikkingen geldt die hoorplicht vanaf 2000 euro voor natuurlijke personen en vanaf 10.000 euro voor rechtspersonen. In de praktijk wordt de verdachte echter ook bij het opleggen van strafbeschikkingen van lagere bedragen bijna altijd gehoord, met name om de identiteit van de verdachte vast te stellen en om na te gaan of er verzet zal worden aangetekend. In dat laatste geval heeft het uitvaardigen van een strafbeschikking immers geen zin omdat het openbaar ministerie de zaak dan in beginsel toch aan de strafrechter zal moeten voorleggen.

In het bestuursrecht ligt de hoorgrens aanmerkelijk lager dan in het strafrecht: vanaf een boete van meer dan 340 euro dient de overtreder op grond van de Awb de gelegenheid te krijgen om zich tegen de tegen hem ingebrachte beschuldigingen te verweren voordat een boete wordt opgelegd. Als vervolgens tegen het boetebesluit bezwaar wordt aangetekend, wordt betrokkene bij deze heroverweging ongeacht de boetehoogte in beginsel nogmaals in de gelegenheid gesteld te worden gehoord.

De Afdeling advisering is van oordeel dat een zelfde drempel zou behoren te gelden in beide handhavingssystemen. Wat het kabinet betreft is er echter geen reden om aanpassingen door te voeren. Hier is sprake van verschillen die inherent zijn aan de verschillende systematiek van beide stelsels. Zo kan de overtreder bijvoorbeeld vanwege het verbod op reformatio in peius zonder risico bezwaar maken: de bestuurlijke boete kan niet hoger uitpakken. Dat geldt voor het strafrecht niet. Omgekeerd kent het strafrecht aanvullende rechtsbescherming in de vorm van de bijstand door een raadsman tijdens het horen.

Rechtsbijstand

Het opleggen van een strafbeschikking van meer dan 2.000 euro is alleen mogelijk als de betrokkene in de hoorfase is bijgestaan door een raadsman. De rechtsbijstand wordt gesubsidieerd (toevoeging) wanneer is voldaan aan de daarvoor geldende eisen bij en krachtens de Wet op de rechtsbijstand. Bij strafbeschikkingen van minder dan 2.000 euro geldt op grond van de beleidsregels van het openbaar ministerie dat bijstand door een advocaat alleen is vereist wanneer de strafbeschikking ter plekke wordt betaald, omdat daarmee tevens afstand wordt gedaan van de mogelijkheid van het doen van verzet. Rechtsbijstand kan ook dan worden gesubsidieerd.

Rechtsbijstand door een advocaat in de hoorfase is, ongeacht de hoogte van de voorgenomen bestuurlijke boete, geen voorwaarde voor het kunnen opleggen van die boete. Er is geen recht op gesubsidieerde rechtsbijstand in de hoorfase voorafgaand aan het opleggen van een bestuurlijke boete. Bij het aanwenden van rechtsmiddelen tegen een opgelegde bestuurlijke boete, derhalve in de fase van bezwaar, beroep en hoger beroep kan een rechtzoekende wel in aanmerking komen voor gesubsidieerde rechtsbijstand indien is voldaan aan de daarvoor geldende wettelijke vereisten. Gesubsidieerde rechtsbijstand wordt onder meer geweigerd als niet is voldaan aan het draagkrachtcriterium of wanneer de kosten van rechtsbijstand niet in redelijke verhouding staan tot het belang van de zaak. Dit betekent dat rechtsbijstand op basis van een toevoeging in beginsel wordt geweigerd als het financiële

belang van de rechtzoekende onder de 500 euro blijft. (zie noot 231)

Het moment waarop een aanspraak kan bestaan op gesubsidieerde rechtsbijstand ligt in het bestuursrecht kortom later dan in het strafrecht, namelijk als de boete al is opgelegd. Het bestuursrecht kent echter in vergelijking met het strafrecht één extra processtap (namelijk bezwaar) voordat de zaak eventueel aan de rechter wordt voorgelegd. Aangezien het maken van dit bezwaar kosteloos en risicoloos is (verbod op reformatio in peius), is er materieel gezien geen sprake van minder rechtsbescherming in de buitengerechtelijke afdoening in het bestuursrecht ten opzichte van die in het strafrecht. Ook wat rechtsbijstand betreft is er in de ogen van het kabinet geen reden tot herziening van het bestuursrecht.

Beroepstermijnen

In het strafrecht geldt sinds jaar en dag een termijn van veertien dagen om tegen een uitspraak van de rechtbank op te komen. Deze termijn is van openbare orde en begint te lopen hetzij op de dag na de einduitspraak, hetzij op het moment dat een omstandigheid zich heeft voorgedaan, waaruit de bekendheid voortvloeit met het vonnis.

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Wet OM-afdoening is aan de orde geweest welke termijn het meest geschikt zou zijn voor het doen van verzet tegen een strafbeschikking. Uiteindelijk is gekozen voor de termijn van twee weken, gelet op de bestaande systematiek van het strafrecht. Bij amendement is echter voor wat betreft de strafbeschikkingen van minder dan 340 euro toch aangesloten bij de systematiek van het bestuursrecht; zes weken maar dan wel, net zoals in het bestuursrecht, te rekenen vanaf het moment waarop de beschikking is verzonden. Of de betrokkene de beschikking daadwerkelijk heeft ontvangen, doet er daarbij niet toe.

De Afdeling advisering stelt voor om het verschil in beroepstermijnen (bij de bestuurlijke boete zes weken en bij de strafbeschikking twee weken) op te heffen. De Afdeling advisering merkt daarbij op dat als een zaak eenmaal is voorgelegd aan een rechter - en derhalve geen sprake meer is van buitengerechtelijke afdoening - wat betreft het vervolgetraject dan wel weer kan worden aangesloten bij de reeds bestaande termijnen in het strafrechtelijke en respectievelijk het bestuursrechtelijke stelsel.

In de ogen van het kabinet is het overigens de vraag of er gesproken kan worden van 'meer rechtsbescherming' bij een termijn van zes weken als daarbij ook de mogelijkheid bestaat dat betrokkene de beschikking niet heeft ontvangen ten opzichte van een termijn van twee weken waarbij ontvangst van of bekendheid met het vonnis wel zeker is. Los daarvan, erkent het kabinet dat er sprake is van een verschil tussen beide vormen van buitengerechtelijke afdoening dat vanuit het streven naar verantwoording en logica kritische beschouwing behoeft. Een eenvoudige oplossing is echter niet voorhanden omdat de beide buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteiten zijn ingebed in twee in basis en opzet verschillende stelsels. Het kabinet is van mening dat, vanwege het belang van interne consistentie binnen het bestuursrecht, het verkorten van de termijn waarbinnen betrokkene bezwaar dan wel beroep dient aan te tekenen tegen een boetebesluit naar twee weken in ieder geval niet aan de orde kan zijn. Zeker indien sprake is van verschillende beschikkingen naar aanleiding van één overtreding of feitencomplex zou dit tot zeer onoverzichtelijke en onwenselijke situaties leiden. Omgekeerd is het onwenselijk om binnen het strafrecht een andere termijn - en een ander aanvangsmoment van deze termijn - te hanteren dan de termijn die in het strafrecht te doen gebruikelijk is voor het aantekenen van verzet tegen de strafbeschikking.

Bij de evaluatie van de Wet OM-afdoening, die naar verwachting in de loop van 2018 zal zijn afgerond, wordt gekeken naar het functioneren in de praktijk van de regeling van de strafbeschikking. Hierbij wordt ook gekeken naar de mate waarin en de termijn waarbinnen verzet wordt ingesteld bij de verschillende typen strafbeschikking. Het kabinet wacht de evaluatie van de Wet OM-afdoening af alvorens een definitief standpunt in te nemen over de termijnen voor het aantekenen van verzet tegen een strafbeschikking.

Justitiële documentatie

In het strafrecht volgt een aantekening in de centraal bijgehouden justitiële documentatie vanaf het moment dat een zaak in behandeling is genomen door het openbaar ministerie. Wanneer de zaak is afgedaan, wordt de wijze van afdoening en de genomen beslissing vermeld in de justitiële documentatie. Dit geldt ook voor buitengerechtelijke afdoening met een strafbeschikking.

Geldboetes van minder dan 100 euro worden niet geregistreerd behoudens de uitzondering genoemd in het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens. *(zie noot 232)* In voornoemd besluit wordt ook bepaald welke instanties voor welke doeleinden de justitiële documentatie mogen raadplegen. *(zie noot 233)* Zo wordt voor de beoordeling van een aanvraag voor een Verklaring omtrent gedrag (VOG) de gehele justitiële documentatie verstrekt aan de Dienst Justis. De VOG kan alleen worden geweigerd wanneer het door de aanvrager gepleegde strafbare feit relevant is voor de desbetreffende positie of functie (risicoprofiel).

Bestuurlijke boetes worden, ongeacht de hoogte, niet aangemerkt als een 'justitieel gegeven'. Zij worden niet centraal geregistreerd en niet betrokken bij de afgifte van de VOG.

De Afdeling advisering stelt voor om het verschil weg te nemen. Hierbij zou volgens de Afdeling advisering "gedacht kunnen worden aan een nieuwe drempel (dan die van 100 euro) of een ander systeem voor registratie van geldboetes om te voorkomen dat te veel informatie wordt gedocumenteerd en daarmee de waarde van de justitiële documentatie vermindert". *(zie noot 234)* Daarbij dient in de ogen van de Afdeling advisering een afweging te worden gemaakt tussen de belangen die gediend zijn met een aantekening in de justitiële documentatie en de gevolgen die een dergelijke aantekening kan hebben voor de justitiabele.

Soms vormen deze gevolgen een legitieme overweging voor de wetgever om het punitieve bestuursrecht boven het strafrecht te verkiezen. Er is dan weliswaar behoefte om bestraffend op te kunnen treden, maar niet om de overtreding voor het overige te 'criminaliseren'. Dit verschil in de gevolgen van een opgelegde boete tussen beide stelsels is (naast de hoogte van de boete) overigens zeker relevant voor de vraag welke bestraffing als 'zwaarder' wordt ervaren door de overtreder.

Gelet alleen al op het grote aantal bestuursorganen dat bestuurlijke boetes kan opleggen, is het op voorhand duidelijk dat het eventueel betrekken van (bepaalde) bestuurlijke boetes bij de VOG-screening vanuit een oogpunt van bestuurlijke organisatie, inrichting van ict-voorzieningen en realisatie van bijbehorende wet- en regelgeving, uiterst complex zal zijn. Tot op heden waren de praktische implicaties, die overigens ook niet geheel vooraf te overzien zijn, de belangrijkste reden om (voorlopig) hiertoe niet te besluiten. *(zie noot 235)* Gezien echter het feit dat bestuurlijke boetes aan de andere kant steeds vaker zien op zware en complexe overtredingen, zou het kunnen betrekken van deze boetes bij de VOG-beoordeling helpen om veiligheidsrisico's beter in te kunnen schatten (en daarmee toekomstig dader- en

slachtofferschap te voorkomen). Sommige bestuurlijke boetes zijn immers onmiskenbaar relevant als antecedent voor bepaalde risicoprofielen. De minister voor Rechtsbescherming zal een eerste verkenning uitvoeren naar de (on)mogelijkheden om (bepaalde) bestuurlijke boetes op termijn te betrekken bij bepaalde VOG-screenings. Of bestuurlijke boetes op termijn daadwerkelijk bij de VOG-screening zullen en kunnen worden betrokken zal in belangrijke mate afhankelijk zijn van de gevoelde behoefte en bestaande mogelijkheden daartoe.

Voorgenomen maatregel:

- De minister voor Rechtsbescherming zal een eerste verkenning uitvoeren naar de (on)mogelijkheden om (bepaalde) bestuurlijke boetes op termijn te betrekken bij bepaalde VOG-screenings.
 - In eerste instantie zal deze verkenning zich richten op één soort bestuurlijke boete, die opgelegd wordt door één bestuursorgaan en die direct te koppelen is aan en relevantie heeft voor één specifiek screeningsprofiel.
- Afhankelijk van de uitkomsten van deze verkenning kan vervolgens worden besloten tot het opstellen van een afwegingskader en het doen van een kosten- en batenanalyse.

7. Overzicht aangekondigde maatregelen

In onderstaand overzicht staan de maatregelen opgesomd die in de paragrafen 5 en 6 van dit nader rapport zijn toegelicht. Voor de concrete uitwerking van de voorgenomen maatregelen zal door de verschillende vakdepartementen onder regie van de Ministers van Justitie en Veiligheid en voor Rechtsbescherming een implementatieplan op worden gesteld en uitgevoerd. (*zie noot 236*)

Maatregel ten aanzien van toekomstige keuzes voor een sanctiestelsel

In het IAK zal een overzicht worden opgenomen van alle factoren die relevant zijn voor de keuze voor een handhavingstelsel en de onderbouwing van die keuze.

Maatregelen ten aanzien van verschillen in boetehogtes

Wettelijke boetemaxima in bestuursrecht aan laten sluiten bij boetecategorieën strafrecht
De bestaande interdepartementale afspraak om bij de keuze voor de wettelijke maximumhoogte van een bestuurlijke boete aan te sluiten bij de boetecategorieën in het strafrecht zal in de Awb wettelijk worden verankerd.

De afstemming van de bestuurlijke boetehogtes op de strafrechtelijke boetecategorieën, brengt ook met zich dat zal worden gezien in hoeverre de huidige strafrechtelijke boetecategorieën daartoe aanpassing (verhoging of verfining) behoeven.
Bestaande boetestelsels waarvan de boetemaxima niet geënt zijn op de strafrechtelijke boetecategorieën zullen worden aangepast. (*zie noot 237*) Dit vergt wetswijziging en een zorgvuldige beoordeling van de desbetreffende boetestelsels en de specifieke normen die het betreft.

Afstemmen toekomstige wettelijke boetehogtes binnen bestuursrecht
Het afstemmen van de wettelijke boetemaxima binnen het bestuursrecht zal op basis van bestaande afspraken (de Boetewijzer) worden geïntensiveerd. Bovendien zullen deze

afspraken stevig(er) worden verankerd, in elk geval door het opnemen ervan in de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Afstemmen maximale boetehoogtes in toekomstige duale stelsels

Er zal een wetsvoorstel worden voorbereid om in de Awb te verankeren dat in een duaal stelsel de wettelijke maximumhoogte van de bestuurlijke boete in ieder geval niet hoger kan zijn dan de maximale financiële strafbedreiging in het strafrecht voor overtreding van dezelfde norm.

Afstemmen maximale boetehoogtes in bestaande duale stelsels

Om de bestaande duale stelsels die niet voldoen aan deze eis (dat de wettelijke maximumhoogte van de bestuurlijke boete niet hoger is dan de maximale financiële strafbedreiging in het strafrecht voor overtreding van dezelfde norm) aan te passen, zal een wetsvoorstel in procedure worden gebracht. Bij de vraag of het bestuursrechtelijke dan wel het strafrechtelijke wettelijke boetemaximum (of beide) aangepast wordt, (*zie noot 238*) dient de verantwoording van de onderlinge verhouding en de verhouding met vergelijkbare boetes als ijkpunt.

Afstemmen boetebeleid en requireerbeleid in bestaande duale stelsels

In duale stelsels stemmen het openbaar ministerie en het betrokken bestuursorgaan/de betrokken bestuursorganen hun boete- respectievelijk requireerbeleid op elkaar af.

Afstemmen boetebeleid en requireerbeleid in toekomstige duale stelsels

Bij een toekomstige keuze voor een duaal stelsel stellen het betrokken bestuursorgaan/de betrokken bestuursorganen en het openbaar ministerie het boete- respectievelijk het requireerbeleid in onderling overleg vast.

Vanwege de noodzaak van een goede onderlinge afstemming acht het kabinet een duaal stelsel in beginsel niet geschikt als er veel verschillende bestuursorganen betrokken zijn bij de handhaving en deze veel beleidsruimte/beleidsvrijheid krijgen tenzij nadere maatregelen worden getroffen om de afstemmingslast aanvaardbaar te maken.

Maatregelen ten aanzien van verschillen in rechtsbescherming

Schorsende werking van het instellen van rechtsmiddelen

Gelet op de bestaande verschillen binnen het bestuursrecht en de uitvoeringspraktijk ten aanzien van schorsende werking, zal het kabinet onderzoek laten doen naar de voor- en nadelen van het eventueel verlenen van schorsende werking in bezwaar aan (bepaalde) boetebesluiten.

Cumulatie griffierechten en schorsende werking

Het aantal voorlopige voorzieningen tegen boetebeschikkingen vanwege betalingsonmacht zal in kaart worden gebracht alsmede de uitkomsten van deze procedures.

Op basis van dit onderzoek zal worden gezien of er bij bepaalde bestuursorganen behoefte is aan nadere voorlichting over betalingsregelingen.

De ontwikkelingen zullen gedurende langere tijd worden gemonitord om te zien of aanvullende maatregelen nodig zijn.

Verjaringstermijnen

De verjaringstermijnen in de Awb zullen in lijn worden gebracht met de termijnen in het strafrecht.

Justitiële documentatie

De Minister voor Rechtsbescherming zal een eerste verkenning uitvoeren naar de (on)mogelijkheden om (bepaalde) bestuurlijke boetes op termijn te betrekken bij bepaalde VOG-screenings.

De Minister van Justitie en Veiligheid

(1) Bij ordeningswetgeving gaat het om regelgeving die een maatschappelijke ordening beoogt door aan het maatschappelijk verkeer randvoorwaarden te stellen. Dit type wetgeving vormt een middel om overheidsdoelstellingen - door de politiek op een bepaald moment bepaald - te verwerkelijken. Het gaat o.a. om milieuwetgeving, fiscale wetgeving, sociale zekerheidswetgeving en subsidieregels, verkeerswetgeving, onderwijswetgeving, zie Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 67, blz. 2, noot 4.

(2) Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, Handhaving door bestuurlijke boeten, advies aan de minister van Justitie, 12 januari 1994.

(3) F.C.M.A. Michiels, De boete in opmars, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994 (oratie VU), blz. 13-19.

(4) Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, Handhaving door bestuurlijke boeten, advies aan de minister van Justitie, 12 januari 1994, hoofdstuk 5.

(5) Zie de nota uit 2005 "De keuze tussen sanctiestelsels en de betekenis van de OM-afdoening daarbij", Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. 30.

(6) Voor een uitgebreide beschrijving van de ontwikkeling van de bestuurlijke boete en de opvattingen erover zie A. Mein, De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht, Boom/Lemma uitgevers, juni 2015.

(7) Stb. 2006, 330.

(8) Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VI, nr. 69, blz. 4.

(9) Er zijn vier soorten strafbeschikkingen: 1) de OM-strafbeschikking (art. 257a Sv), 2) de politiestrafbeschikking (art. 257b Sv), 3) de bestuurlijke strafbeschikking (art. 257ba Sv) en 4) de fiscale strafbeschikking (art. 76, eerste lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en art. 10:15 van de Algemene douanewet).

(10) Zie Kamerstukken II 2012/13, 33 400 VI, nr. 80, blz. 9-10: "Het kabinet acht het niet mogelijk - wellicht is dat wat de Eerste Kamer voor ogen heeft - om op voorhand in de Aanwijzingen vast te leggen in welke gevallen voor het strafrecht moet worden gekozen en in welke gevallen voor het bestuursrecht. Dat geldt ook voor het specifieke vraagstuk van de keuze tussen de bestuurlijke boete en de bestuurlijke strafbeschikking. (...) Het is waar dat de bestuurlijke boete en de bestuurlijke strafbeschikking qua mogelijkheden en bevoegdheden voor het bestuur onderling weinig verschillen, zodat uit dat oogpunt voorschriften die nu via een bestuurlijke boete worden gehandhaafd evengoed via een bestuurlijke strafbeschikking zouden kunnen worden gehandhaafd. Bedacht moet echter worden dat in geval van bezwaar of verzet van de overtreder tegen de opgelegde sanctie de route geheel anders is: in geval van bezwaar tegen een bestuurlijke boete blijft de zaak bij het bestuur en belandt die vervolgens bij de bestuursrechter; in geval van verzet tegen een strafbeschikking belandt de zaak bij het openbaar ministerie en de strafrechter. Dit zijn gevolgen die qua vereiste expertise en capaciteit niet «om het even» zijn. Een ander relevant

verschil is dat verzet tegen een strafbeschikking wèl en bezwaar en beroep tegen een bestuurlijke boete géén schorsende werking heeft. Het is verstandig om de ontwikkeling van de bestuurlijke strafbeschikking in de praktijk nauwgezet te volgen."

(11) Zo kunnen gemeenten bij de handhaving van overlastfeiten zowel voor een bestuurlijke boete als een strafbeschikking kiezen.

(12) Overigens betreft het hier niet slechts een observatie van de Afdeling. In het kader van de aanscherping van sancties in de sociale zekerheidswetgeving en in de arbeidswetgeving heeft de regering er expliciet op gewezen dat het tegenwoordig niet meer zo is dat bij ernstige feiten, waarbij hoge straffen ter afschrikking nodig zijn, alleen het strafrecht in aanmerking komt, Kamerstukken II 2011/12, 33 207, nr. 4, blz. 7.

(13) Zo is de voorheen op 10% van het benadelingsbedrag vastgestelde boete in de sociale zekerheidswetgeving verhoogd naar 100% van het benadelingsbedrag. Inmiddels heeft de Centrale Raad van Beroep geoordeeld dat het boeteregime in de Wet aanscherping niet tot evenredige sancties leidt, CRvB 24 november 2014, ECLI: NL:CRVB:2014:3754.

(14) Zo bedroeg de maximumboete voor een natuurlijke persoon op grond van de Arbeidstijdenwet bijvoorbeeld 11 250 euro; dit is nu 81 000 euro (zie art. 10:7, vijfde boetecategorie van artikel 23 van het Wetboek van Strafrecht). Wat bijvoorbeeld de Wet arbeid vreemdelingen betreft, kan erop worden gewezen dat de strafrechtelijke handhaving van de overtredingen van deze wet volledig is vervangen door de bestuursrechtelijke handhaving. Daarbij is het boetenormbedrag verhoogd van de oorspronkelijk 980 euro die in het strafrechtelijke traject gemiddeld pleegde te worden opgelegd naar thans (sinds de wet aanscherping) 12000 euro per vreemdeling wanneer de wet door een rechtspersoon wordt overtreden.

(15) Het meest recente voorstel in dit kader betreft de verdubbeling van de wettelijke boetemaxima die de ACM voor overtredingen van de wetten die onder het toezicht van de ACM vallen, zoals de Gas- en elektriciteitswet, de telecommunicatie-wetgeving en de Mededingingswet kan opleggen. De Afdeling heeft op 5 maart 2015 over dit voorstel advies uitgebracht, Kamerstukken II 2014/2015, 34 190, nr. 4.

(16) Deze algemene uitgangspunten zijn vervolgens in dezelfde nota geconcretiseerd aan de hand van een aantal indicatoren, Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. 30.

(17) Deze algemene conclusie is onlangs bevestigd in het onderzoek naar de ontwikkeling van de bestuurlijke boete door A. Mein, De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht, Boom/Lemma uitgevers, juni 2015.

(18) Zie ook de aanvulling op de nota in 2010, Kamerstukken I 2009/10, 32 123 VI, I.

(19) Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VI, nr. 69.

(20) Zie de brief aan de Tweede Kamer van 17 december 2012, Kamerstukken II 2012/13 33 400 VI, nr. 80, par. 4 (reactie op het rapport Referentiekader geldboetes) en de reactie van de Minister van VenJ van 27 juni 2013 op vragen van de vaste Kamercommissie van VenJ (naar aanleiding van hetzelfde rapport), Kamerstukken II 2012/13, 33 400 VI, C, paragraaf 4.

(21) Vgl. bijvoorbeeld richtlijn 2008/99 inzake de bescherming van het milieu door het strafrecht, Pb L328.

(22) Zie arrest van het Hof van 21 september 1989, ECLI:EU:C:1989:339, C-68/88, Commissie/Griekenland, punten 23-25). Deze rechtspraak is gecodificeerd in artikel 325 van het VWEU.

(23) Soms schrijft het EU-recht echter precies voor welke sancties opgelegd dienen te worden, zie bijv. Verordening 2988/95 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie. Overigens heeft de Europese Commissie in 2011 voorgesteld om een coherent EU-strafrechtbeleid te ontwikkelen, zie de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch Sociaal

Comité en het Comité van de Regio's, "Werken aan een strafrechtbeleid van de EU: effectieve uitvoering van EU-beleid waarborgen door middel van strafrecht", COM/2011/0573 def.

(24) De Afdeling merkt wel op dat het Hof in zijn jurisprudentie inmiddels specifieke leerstukken heeft ontwikkeld, bijvoorbeeld met betrekking tot de vraag wanneer een sanctie, die ter handhaving van het Europese recht is opgelegd, als punitief kan worden aangemerkt. Dit is in het bijzonder relevant in het kader van het ne bis in idem-vraagstuk. Bij de toepassing van hun sanctiestelsels in geval van handhaving van het Europese recht, dienen de lidstaten uiteraard rekening te houden met deze jurisprudentie. Zie hierover J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, derde druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, blz. 201 e.v. en de VAR-adviezen van C.L.G.F.H. Albers, "Bestraffend bestuur 2014", blz. 61-64 en M.L. van Emmerik en C.M. Saris, "Evenredige bestuurlijke boetes", blz. 145-153, beide opgenomen in *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief* (VAR-reeks 152).

(25) De volgende wetsvoorstellen zijn bestudeerd: Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (Kamerstukken II 2009/10, 32 438), Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht (Kamerstukken II 2012/13, 33 622), Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (Kamerstukken II 2011/12, 33 207), Wet bestuurlijke boete meldingsplichten rijkssubsidies (Kamerstukken II 2010/11, 32 838), Wet wijziging scheepvaartverkeerswet (Kamerstukken II 2010/11, 32 539), Wet basisregistratie personen (Kamerstukken II 2011/12, 33 219), Wijziging van de Wet op de studiefinanciering (Kamerstukken II 2010/11, 32 770), Wijzigingswet financiële markten 2014 (Kamerstukken II 2012/13, 33 632), Wet Aanpassing sanctiestelsel Algemene douanewet (W06.12.0043/III, niet openbaar).

(26) Dat de strafrechter daarbij bepaalde oriëntatiepunten (ontwikkeld door het Landelijk overleg van voorzitters van strafsectoren van de gerechtshoven en de rechtbanken) hanteert doet hier niet aan af. Het is steeds de rechter die een straf oplegt die hij passend acht.

(27) Zie het arrest van de Hoge Raad van 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434 en de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622. De Afdeling achtte de regeling waarin het alcoholslotprogramma is opgenomen onverbindend, omdat die in een substantieel aantal gevallen onevenredig kan uitwerken. De regeling houdt immers geen rekening met de uiteenlopende gevolgen van het programma voor verschillende personen en situaties.

(28) In 2014 stond de jaarvergadering van de VAR (Vereniging voor bestuursrecht) in het teken van de bestuurlijke boete en andere punitieve sancties met de focus op de rechtsbescherming daarbij, met de adviezen van C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik en mr. C.M. Saris, en F.J.P.M. Haas (VAR-reeks 152), zie ook noot 24.

(29) Overigens heeft deze studie een bredere strekking; daarin staat niet alleen de rechtsbescherming van de justitiabele in geval van punitieve sancties centraal, maar ook bestuursrechtelijke maatregelen die een vergaande inbreuk maken op de grond- en mensenrechten van de burgers (o.a. binnentreden van woningen, fouilleren in veiligheidsgebieden), T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak, Kluwer: Deventer 2014.

(30) Zie nog recentelijk het antwoord de Minister voor Wonen en Rijksdienst op de vraag met betrekking tot de gelijkwaardigheid van de stelsels in het kader van de behandeling van de wijziging van de Woningwet in verband met het versterken van het handavingsinstrumentarium, Kamerstukken 2013/14, 33 798, C, blz. 6 en het nader rapport

inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Wet rijonderricht motorrijtuigen 1993 (wijzigingen naar aanleiding van evaluatie, nascholing beroepschauffeurs, bestuursrechtelijke handhaving en enkele verbeteringen van 26 maart 2015, Kamerstukken II 2014/15, 34 182, nr. 4.

(31) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 125.

(32) Zie ook bijvoorbeeld J.H. Crijns, "Op zoek naar consistentie", RM Themis, 2014-6, blz. 263 e.v., die over het opheffen van verschillen tussen de rechtsbescherming bij de bestuurlijke boete en de strafbeschikking spreekt.

(33) Advies van 5 maart 2015, Kamerstukken II 2014/2015, 34190, nr. 4,

(34) Referentiekader geldboetes, Bröring, H. E., Uijl, M. D., Tollenaar, A., Kwakman, N. J. M. & Keulen, B. F. 2012 Groningen: WODC. (Serie Bestuursrecht & Bestuurskunde; no. 6, ook in Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 77.)

(35) Brief van de minister van Veiligheid en Justitie, kamerstukken II 2012/13, 33 400 VI, nr. 80.

(36) Zie de vraag hierover van de Eerste Kamerlid Witteveen: "Zou, in dit licht bezien, een lichte drempel in de vorm van een griffierecht dan niet toch de voorkeur verdienen, omdat het een algemene regeling betreft en niet van de afwegingen van de individuele officier afhankelijk is? Zou dit niet temeer interessant zijn, omdat dan kan worden aangesloten bij het systeem van artikel 8:41 Awb en zo een verdere harmonisatie tussen bestuursrecht en strafrecht kan worden verwezenlijkt?", Handelingen I 2005/06, nr. 36, blz. 1697 e.v. De regering was een voorstander van het stelsel waarin de rechter eventueel een hogere straf oplegt als vervanging van de griffierechten: "Er zijn andere mogelijkheden om het aanwenden van rechtsmiddelen in zaken waarin daarvoor geen aanleiding is, te ontmoedigen. In de WAHV geldt het voorschrift van de zekerheidsstelling (artikel 11 WAHV). Elders geldt in het bestuursrecht het systeem van de griffierechten (artikel 8:41, eerste lid, Awb). De onderzoekers van Strafvordering 2001 hebben voorgesteld in de procedure tot buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten, het derde spoor, in een drempel te voorzien in de vorm van een bescheiden bedrag dat bij wijze van griffiegeld of zekerheidsstelling door de verdachte moet worden betaald. In de overgang van de transactie naar een strafbeschikking had, tegen deze achtergrond, aanleiding gevonden kunnen worden om een stelsel van griffierechten in te voeren. Daar is in dit wetsvoorstel van afgezien: de toegang tot de strafrechter zou bij een stelsel van griffierechten naar verwachting meer gevaar lopen dan bij het voorgestelde, waarin het telkenmale aan de rechter is om in de concrete strafzaak te beoordelen of, en zo ja in welke mate, er aanleiding is om tot een hogere straf te komen dan in de strafbeschikking was opgenomen. Algemene praktijk is dat de meeste kantonrechters in de zaken waarin de verdachte een reëel verweer presenteert, afzien van het opleggen van een hogere straf na ongegrondbevinding van het verweer", Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. C, blz. 11. Hoewel de regering geen voornemens is om griffierechten in het strafrecht in te voeren, is thans in de Tweede Kamer het voorstel in behandeling over de eigen bijdrage van veroordeelden aan de kosten van de strafvordering en de slachtofferzorg, Kamerstukken II 2014/15, 34 067, nr. 2.

(37) De Afdeling heeft overigens reeds enkele keren aandacht gehad voor dit verschil tussen het strafrecht en het bestuursrecht en gewezen op de mogelijke convergentie, nu de positie van de rechtszoekende die geconfronteerd is met een bestuurlijk boetebesluit vergelijkbaar is met de positie van een rechtszoekende in het strafrecht, zie advies van 15 september 2011, Kamerstukken II 2011/12, 33 071, nr. 4 (wijziging van de Awb en de Wet griffierechten burgerlijke zaken in verband met de invoering van kostendekkende griffierechten) en Kamerstukken II 2011/12, 33 207, nr. 4, blz. 16-17 (aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving). Zie ook het advies van de Raad over het voorstel van wet bestuurlijke

boete overlast in de openbare ruimte, Kamerstukken II 2005/06, 30 101, nr. 4, blz. 14 en 16. Volledigheidshalve merkt de Afdeling op dat in sommige wetten waarbij punitieve sancties worden opgelegd sprake is van een stelsel van zekerheidsstelling (bijv. Wavh). Dit betekent dat de belanghebbende zekerheid stelt voorafgaande aan de procedure bij de rechter, namelijk tot het bedrag van de opgelegde boete.

(38) Art. 70, eerste lid, Sr.

(39) Wanneer de belanghebbende op de hoogte is gekomen van de mogelijkheid van een bezwaar- of beroepschrift in te dienen, dan wordt hij geacht dit zo spoedig mogelijk te doen. In de rechtspraak wordt in dergelijke gevallen een termijn van 14 dagen gehanteerd. Zie artikel 6:11 Awb over verschoonbare termijnoverschrijding.

(40) Het gebrek aan aantekening in justitiële documentatie in geval van boetes is reeds eerder in de parlementaire geschiedenis aan de orde geweest, echter zonder dat dit tot aanpassingen heeft geleid, zie de parlementaire behandeling van de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte, Kamerstukken II 2004/05, 30 101, nr. 6, blz. 26.

(41) Een financiële grens ligt echter minder voor de hand bij reparatoire sancties. Daar gaat het eerder om (ingrijpende) maatregelen zoals sluiting van een bedrijf dan om financiële sancties.

(42) Behoudens in gevallen waarin de keuze voor een bepaald sanctiestelsel uitdrukkelijk uit het Europese recht voortvloeit.

(43) Bedacht moet worden dat in de rechtspraak de enkelvoudige boete niet de hoogte van de vijfde categorie hoeft te hebben, maar dat door cumulatie al snel zeer hoge boetes kunnen worden opgelegd. Dat verandert door een dergelijke grens niet.

(44) Met inachtneming van de eisen omtrent de proportionaliteit van artikel 5:46 Awb.

(45) De bevoegdheid van de bestuursrechter op grond van artikel 8:72 van de Awb dat voorschrijft dat na vernietiging van het boetebesluit de bestuursrechter zelf in de zaak voorziet en een beslissing omtrent de (hoogte van de) op te leggen boete neemt, maakt dit niet anders. Deze bevoegdheid dient binnen het kader van de finale geschillenbeslechting en effectieve rechtsbescherming te worden geplaatst en komt niet voort uit het streven om de bestuursrechter een zelfstandige sanctiebevoegdheid toe te kennen en daarmee zijn traditionele bestuursrechtelijke rol te veranderen. Bovendien komt artikel 8:72a van de Awb pas in beeld nadat de bestuursrechter het besluit eventueel heeft vernietigd wegens onevenredigheid. Onderwerp van het bestuursrechtelijk geschil, ook al heeft deze betrekking op een punitieve sanctie, blijft de rechtmatigheidstoets van het boetebesluit. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 152.

(46) Een consistente lijn in het gebruik van de terminologie over de gehele linie in het bestuursrecht is moeilijk te ontwaren. Wél heeft de CRvB er uitdrukkelijk op gewezen dat de door de bestuursrechter te beoordelen vraag niet is of de boete niet onevenredig is, maar of er sprake is van een evenredige sanctie, CRvB 16 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2085.

(47) Zie bijv. ABRvS 17 april 2013, nr. 201209917/1/V6 en ABRvS van 24 december 2013, nr. 201304541/1/V6 wat betreft de boetes in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen.

(48) Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 mei 2012, nr. 201110180/V6, r.o. 2.3.1.

(49) Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 mei 2014, nr. 201308478/1/V6, r.o. 3.1.

(50) Zie bijvoorbeeld CRvB 30 juli 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2799, r.o. 4.3.

(51) Zie bijvoorbeeld ABRvS 2 mei 2012, nr. 201110180/1/V6, r.o. 2.3.1.

(52) De Afdeling ziet er op toe dat de rechter in eerste aanleg, wanneer het gaat om punitieve sancties, nieuwe gronden die eerst ter zitting worden aangevoerd bij de beoordeling betreft, zie ABRvS 1 december 2010, LJN BO5745, r.o. 2.5.1.

(53) Zie recentelijk HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:685, r.o. 3.4.3.

(54) De wet somt op welke bewijsmiddelen als wettig worden erkend (art. 339 Sv). Andere

bewijsmiddelen zijn dus niet erkend en kunnen niet bijdragen aan de bewijslast. Ook gelden in het strafrecht bewijsminima. Het OM draagt het bewijs aan, maar de rechter acht het feit als dan niet bewezen (art. 350 Sv).

(55) In het kader van een consistent landelijk straftoemingsbeleid hanteren de strafrechters bij straftoemeting bij bepaalde categorieën van delicten oriëntatiepunten, zie Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LVOS-afspraken, november 2014.

(56) De uitzondering daargelaten dat onder bijzondere individuele omstandigheden het heffen van griffierechten wel een dergelijke belemmering oplevert. Vgl. ABRvS 6 maart 2013, nr. 201110325, LJN BZ4443, JV 2013, nr. 154. In deze uitspraak oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat een vreemdeling die de griffierechten niet had voldaan, toch niet niet-ontvankelijk was, nu er omstandigheden waren die het onmogelijk, althans uiterst moeilijk maakte om gebruik te maken van de door de wet opengestelde rechtsgang in hoger beroep. De Afdeling nam daarbij in overweging dat de vreemdeling geen eigen vermogen had, geen inkomsten had anders dan te verkrijgen door arbeid in detentie. De maximale verdien capaciteit van de vreemdeling was derhalve onvoldoende om de verschuldigde griffierechten te voldoen.

(57) EHRM 19 juni 2001, Kreuz, nr. 28249/95, AA 2001, blz. 875, par. 60.

(58) ECRM 16 oktober 1995, nr. 21351/93, V-N 1997, blz. 825 e.v.

(59) CRvB 13 oktober 2010, LJN BO1242, r.o. 3.4 en 3.5. Zie ook EHRM 19 juni 2001, Kreuz, nr. 28249/95 en o.a. EHRM 4 mei 2006, Weissman e.a. t. Roemenië, nr. 63945/00.

(60) Dit was een expliciete overweging van de Awb-wetgever, Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, blz. 125. Zie ook Rapport "Grenzen van het griffierecht", Ministerie van Justitie, augustus 1996, blz. 8.

(61) Zie o.m. de verhoogde griffierechten voor rechtspersonen en de mogelijkheid tot reductie voor minder draagkrachtige rechtzoekenden.

(62) Art. 6:24 jo. 6:16 Awb.

(63) Zie bijvoorbeeld artikel 1:85 van de wet op het financieel toezicht: "1. Indien tegen een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete bezwaar of beroep wordt aangetekend, schorst dit de verplichting tot betaling van de boete totdat de beroepstermijn is verstreken of, indien beroep is ingesteld, op het beroep is beslist. 2. De schorsing van de verplichting tot betaling schorst niet de berekening van de wettelijke rente." Een maximumboete die op grond van deze wet kan worden opgelegd bedraagt 4 000 000 euro. Zie ook artikel 12p van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, waarin een uniforme regeling is opgenomen met betrekking tot schorsende werking van boetes op alle terreinen waarop de ACM boetes kan opleggen. Hoewel de regeling omtrent de schorsende werking van beroep van de Mededingingswet, de Loodsenwet en de Telecommunicatiewet hierbij als voorbeeld diende, heeft de nieuwe uniforme regeling in de Instellingswet een verslechtering voor de positie van de justitiabele ten opzichte van de drie genoemde wetten met zich gebracht. Anders dan het geval was in de Mededingingswet, de Loodsenwet en de Telecommunicatiewet heeft de schorsende werking in de nieuwe uniforme regeling allen betrekking op de bezwaarfase, zie Kamerstukken II 2012/13, 33 622, nr. 3, blz. 11.

(64) Volledigheidshalve wijst de Afdeling erop dat tegelijkertijd er wel - in zeker zin - een voorschot op de tenuitvoerlegging kan worden genomen. Ten aanzien van hoge geldboetes is conservatoir beslag mogelijk. Met betrekking tot vrijheidsstraffen werkt de voorlopige hechtenis feitelijk soms als het bij voorbaat ondergaan van de straf.

(65) Behoudens enkele uitzonderingen, art. 557 Sv.

(66) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, blz. 135.

(67) Zie T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, Adequate rechtsbescherming, blz. 66 met verwijzing naar ABRvS (vz.) 17 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX4378; ABRvS (vz.) 9 juli 2012,

ECLI:NL:RVS:2012:BX1798 en ABRvS (vz.) 9 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3045.

(68) De Raad wees er reeds op in zijn advies over het wetsvoorstel bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte: "Weliswaar wordt voorgesteld het lage tarief voor griffierecht (€ 37 voor beroep, € 102 voor hoger beroep) in deze zaken toe te passen, het is en blijft duurder dan het griffierechtloze strafrecht. Dit betekent ongelijke behandeling voor de burger die bestuursrechtelijk dan wel strafrechtelijk wordt bestraft voor een zelfde feit op dezelfde plaats en hetzelfde tijdstip. Overigens is het voorgestelde griffierecht relatief hoog bij een boete van gemiddeld € 40. Het is de vraag of de rechtsbescherming voldoende toegankelijk is naar de eisen van artikel 6 EVRM, zeker nu het instellen van bezwaar en beroep geen schorsende werking heeft. Naast het griffierecht dient derhalve ook de boete betaald te worden alvorens over het bezwaar dan wel beroep zal worden geoordeeld", Kamerstukken II 2004/05, 30 101, nr. 4, blz. 14.

(69) Vgl. CRvB 13 oktober 2010, LJN BO1242, r.o. 3.5.

(70) G.J.M. Corstens, Het Nederlands strafprocesrecht, Kluwer 2005, blz. 206.

(71) Art. 70, lid 1 onder 1, Sr.

(72) Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, blz. 31.

(73) Volgens de memorie van toelichting bij de Wet OM-afdoening maken de aard van fiscale delicten en de verdachten die daarbij in beeld zijn verplichte rechtsbijstand minder voor de hand te liggen. Daar komt bij dat in de praktijk van de buitengerechtelijke afdoening van fiscale strafzaken door de Belastingdienst, nog voordat de wet OM-afdoening in werking is getreden, advocaten slechts een bescheiden rol speelden, Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, blz. 31.

(74) Zie H.E. Bröring & G.T.J.M. Jurgens, 'De bestuurlijke boete is zo gek nog niet! Bespiegelingen over buitengerechtelijke beboeting in het bestuursrecht en het strafrecht naar aanleiding van de Wet OM-afdoening', NTB 2006/48, onder 2.2.

(75) Art. 6:24 Awb.

(76) Art. 6:8 Awb.

(77) Art. 8:79, lid 1, Awb.

(78) De bepalingen 6:7 tot en met 6:9 Awb zijn derhalve van openbare orde.

(79) Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 125-126.

(80) HR 11 december 2007, LJN BB3055.

(81) Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 12 (Amendement De Wit, SP). Dit amendement is verworpen, maar een ander amendement inhoudende dat in geval een strafbeschikking waarin een geldboete van niet meer dan € 340 is opgelegd, wegens een overtreding welke ten hoogste vier maanden voor toezending is gepleegd, de verzetstermijn verlengd wordt tot uiterlijk zes weken na toezending, is wel aangenomen (de tweede volzin van artikel 257e Sv), Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 13 (Griffith, VVD).

(82) Art. 2 Bjsjg.

(83) Art. 3 Bjsjg.

(84) Nota van toelichting bij het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens, Stb. 2004, nr. 130, blz. 27-28.

(85) Zie artikel 28 e.v. Wjsjg.

(86) Stcrt. 2015, 30280.

(87) Brief gedateerd 17 september met kenmerk 2015Z16585/2015D34100.

(88) Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VI, nr. 69.

(89) Zoals bijvoorbeeld duidelijk naar voren komt uit het recente amendement op de Wijziging van de Warenwet in verband met het verhogen van het maximum bedrag van de bestuurlijke boete en enkele andere wijzigingen waaronder regels inzake het aanprijzen van het aanbrengen van een tatoeage of piercing en wijziging van de Warenwet BES in verband

met het eenduidig regelen van de bevoegdheden van de toezichthouders en de eilandbesturen (Kamerstukken II 2014/15, 33 775, nr. 17).

(90) Bijvoorbeeld artikel 30, onderdelen i en j, Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (PbEU 2014, L 173).

(91) Dit geldt bijvoorbeeld voor boetes opgelegd op grond van de Wet arbeid vreemdelingen.

(92) Zo wordt op grond van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving in de sociale zekerheid naast een boete de vanwege de overtreding teveel ontvangen uitkering separaat teruggevorderd.

(93) Stcrt. 2015, 30280. Advies van 13 juli 2015, No. W03.15.0138/II.

(94) Kamerstukken II 2015/16, 34 300-VI, nr. 72 en Kamerstukken II 2015/16, 33 009, nr. 30.

(95) In de bijlage bij het advies worden daartoe enkele in het oog springende verschillen tussen het strafrecht en het (punitieve) bestuursrecht besproken en doet de Afdeling advisering enkele handreikingen om deze verschillen weg te nemen. In paragraaf 6 van onderhavig kabinetstandpunt wordt hier nader op ingegaan. In afwachting van de betere wettelijke afstemming van beide punitieve stelsels stelt de Afdeling advisering, als tussentijdse oplossing, voor om bij iedere nieuw te introduceren bestuurlijke boetebevoegdheid deze in absolute zin te begrenzen op de vijfde boetecategorie van het Wetboek van Strafrecht (thans 82.000 euro) waarboven dan altijd de strafrechter de straf zou moeten opleggen. In de brief van 8 januari 2016 (Kamerstukken II 2015/16, 34 300 VI, nr. 72, p. 3-4) heeft de minister van Veiligheid en Justitie reeds aangegeven waarom deze aanbeveling niet zal worden overgenomen.

(96) Dit criterium wordt nader besproken in paragraaf 3 en is geïntroduceerd in de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestel (Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VI, nr. 69).

(97) Onder meer: Notitie De keuze tussen sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoeningen daarvoor (Kamerstukken II 2005/06, 29 849, nr. 30) (Nota keuze sanctiestelsel 2005), Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel (Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VI, nr. 69) (Nota keuze sanctiestelsel 2008), Aanvulling op de nota in 2010 (Kamerstukken I 2009/10, 32 123 VI, I), Kabinetsreactie op rapport Referentiekader geldboetes (Kamerstukken II 2012/13, 33 400 VI, nr. 80) (Nota keuze sanctiestelsel 2012).

(98) Referentiekader geldboetes, Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht (Referentiekader geldboetes), Kamerstukken II 2011/12, 33 000 VI, nr. 77.

(99) Nota keuze sanctiestelsel 2012.

(100) Op grond van artikel 5:46, eerste lid, Awb en artikel 89 Grondwet dient de wet in formele zin de maximale boete te bepalen.

(101) Zie Aanwijzing 5.43 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

(102) Stcrt. 2015, 30280. Advies van 13 juli 2015, No. W03.15.0138/II, p. 9.

(103) F.C. Bakker, Jaarbericht Raad voor de Rechtspraak 2016.

(104) O.a. M.L. van Emmerik en C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', in: VAR-preadvies Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief (VAR-reeks 152), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, p. 145-153; M.L. van Emmerik en C.M. Saris, 'Evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht', JBplus 2015, p. 220-242; E.H.M. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter, Preadviezen VAR 2015, (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58; T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht?', NJB 2015, 1583; H. Nummerdor-Buijs en J.C. de Wit, 'De bestuurlijke boete in de Participatiewet na de

uitspraken van de Centrale Raad van Beroep gezien vanuit het perspectief van de wetgever, het bestuursorgaan, de rechter en de burger', Gemeentestem 2016/101 en M. Schreuder-Vlasblom, 'De identiteit van het bestuursrecht', NTB 2016/53.

(105) Geen Fraudeur, toch een boete. Een onderzoek naar de Fraudewet in de praktijk, Nationale ombudsman 2014, rapportnummer 2014/159.

(106) Zie ook Jaarverslag 2016 van de Raad van State, p. 32 en p. 61.

(107) O.a. ABRvS 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3340; ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138, AB 2016/339 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; ABRvS 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1421, AB 2015/291 m.nt. C. Saris en E.C. van der Maden en ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3950, AB 2015/191 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

(108) O.a. ABRvS 9 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2962, JBO 2016/313 m.nt. D. van der Meijden; ABRvS 27 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:137; ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:211.

(109) CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754, AB 2015/8 m.nt. R. Stijnen.

(110) De CRvB matigt boetes afhankelijk van de vraag of er al dan niet sprake is van opzet of grove schuld volgens percentages aflopend van 100% (opzet), 75% (grove schuld), 50% (geen opzet of grove schuld) naar 25% (andere redenen voor verminderde verwijtbaarheid), CRvB van 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754 en CRvB 23 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1801. Ook matigt de CRvB boetes vanwege financiële draagkracht, o.a. CRvB 11 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:8, USZ 2016/78 m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

(111) ABRvS 11 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1277, AB 2016/301 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; CRvB 25 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3134, AB 2015/425 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik en Cbb 28 februari 2012, ECLI:NL:CBB:BV8605, JB 2012/134 m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

(112) Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de CRvB 13 van december 2016

(ECLI:NL:CRVB:2016:5094 Gst.2017/72 m.nt. J.C. de Wit). In dat geval kreeg een bijstandsgerechtigde die zelf aangifte had gedaan bij de politie van de hennepkwekerij die zij na haar afwezigheid in haar woning aantrof, samengevat, desalniettemin een bestuurlijke boete van 1120 euro en een terugvordering van 1466 euro omdat zij de veronderstelde inkomsten van die kwekerij niet had opgegeven als inkomen.

(113) Kamerstukken II, 2012-13, 33 400 VI, nr. 80, p. 8.

(114) Zie noot 97.

(115) Zoals al in de Nota keuze sanctiestelsel 2008 is verwoord (p. 2): "Bij de keuze voor een sanctiestelsel staat de effectiviteit van de handhaving centraal." Zie ook de Nota keuze sanctiestelsel 2012 (p. 7).

(116) A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), Proportionaliteit in het publiekrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 11.

(117) A.P. Klap, 'De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor de bestuursrechtelijke handhaving', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), Proportionaliteit in het publiekrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 187.

(118) In artikel 3:4, tweede lid, Awb is het evenredigheidsbeginsel ook opgenomen.

(119) Artikel 5:46, derde lid, Awb luidt: "Indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, legt het bestuursorgaan niettemin een lagere bestuurlijke boete op indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is."

(120) "Bij de beoordeling van de evenredigheid van de in concreto op te leggen of opgelegde boete moeten bestuur en rechter zo nodig rekening houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. In voorkomende gevallen kan daarbij, in lijn met artikel 24 WvSr, ook de draagkracht van de overtreder een rol spelen." (Kamerstukken II 2003/04, 29

702, nr. 3, p. 140-145).

(121) Van Emmerik en Saris 2014, p. 186.

(122) O.a. CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754, AB 2015/8 m.nt. Stijnen; ABRvS 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:211, AB 2016/310 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

(123) Zie noot 97.

(124) Nota keuze sanctiestelsels 2005, p. 7.

(125) Een archetype van een besloten context waarin sprake is van een bestaande specifieke rechtsbetrekking is de warenmarkt waar men vergunningsplichtig is en een marktmeester toeziet of men een geldige vergunning heeft en men zich aan de daaraan verbonden voorwaarden houdt (Nota keuze sanctiestelsel 2008, p. 7).

(126) "De regering wil de maatschappelijke norm dat misbruik een ernstige zaak is en streng bestraft moet worden, beter tot uitdrukking laten komen. Dit moet een duidelijk signaal afgeven dat de samenleving fraude niet accepteert en dat fraude niet mag lonen."

(Kamerstukken II 2012/13, 33 207, nr. 3, p. 3).

(127) Kamerstukken II 2012/13, 33 207, nr. 3, p. 7.

(128) In de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude is bepaald dat in beginsel vanaf een benadelingshandeling van 50.000 euro het feit zodanig ernstig is dat de overstap naar het strafrecht in ieder geval geïndiceerd is.

(129) Nota keuze sanctiestelsel 2008, p. 8 en 15.

(130) Nota keuze sanctiestelsel 2008, p. 9 en 15.

(131) Nota keuze sanctiestelsel 2012, p. 8.

(132) Hier speelt bijvoorbeeld ook een rol dat er verschillen zijn in de verhoging die wordt opgelegd wanneer een sanctie niet tijdig wordt betaald. In het strafrecht en de Wvvh zijn vaste bedragen en percentages vastgesteld waarmee de oorspronkelijke boete wordt verhoogd, terwijl dit bij de bestuursrechtelijke boete alleen de wettelijke rente is.

(133) Zo kan in het strafrecht iemand als er problemen zijn bij de inning van een boete in vervangende hechtenis genomen worden (artikel 24c Sr).

(134) Zo geeft de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) aan dat de omgang met medische dossiers specifieke kennis en deskundigheid vergt. Verder valt te denken aan de kennis van complexe financiële producten waar (alleen) de Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten over beschikken of bijvoorbeeld het beoordelen van technische specificaties rond het winnen van gas waar de ingenieurs van Staatstoezicht op de mijnen bij uitstek voor zijn toegerust.

(135) Artikel 7, onderdeel c, van de WED. In het bestuursrecht bestaat in sommige wetten ook de mogelijkheid tot tijdelijke stillegging van de werkzaamheden (artikel 17b Wet arbeid vreemdelingen (Wav), artikel 28a Arbeidsomstandighedenwet, artikel 8:3a Arbeidstijdenwet (Atw), artikel 18i Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wmm) en artikel 22 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi)) maar dan is er sprake van een herstelsanctie (zie ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1803 r.o. 10.3 voor de Wmm).

(136) Richtlijn 2008/99/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht.

(137) Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, Rechtshandhaving, Den Haag: Sdu 1988.

(138) Zie de nota's Recht in beweging, Kamerstukken II 1990/91, 21 829, nr. 1-2 en Met vaste hand, Kamerstukken II 1990/91, 22 045, nr. 1-2.

(139) Deze algemeen aanvaarde definitie van de term 'handhavingstekort' is ontleend aan het rapport van de Commissie Michiels, Handhaven op niveau, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 36 en 57.

(140) Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, Handhaving door bestuurlijke

boeten, (CTW 94/1 - 12 januari 1994).

(141) "Voorstelbaar is dat feiten weliswaar niet eenvoudig constateerbaar zijn, maar dat dit bezwaar kan worden ondervangen door de aanwezigheid van een gespecialiseerde opsporingsdienst die aan de handhaving adequaat gestalte kan geven." (Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 58, p. 9).

(142) In een bijlage bij het wetsvoorstel Vierde tranche Awb worden 54 boetewetten opgesomd.

(143) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 117-118. Overigens is met de Wet OM-afdoening in 2008 de (bestuurlijke) strafbeschikking geïntroduceerd waardoor ook in het strafrecht een buitengerechtelijke afdoeningsmogelijkheid bestaat (in het navolgende hierover meer).

(144) 'Criminal charge' is een autonoom begrip. Voor de toepasselijkheid van het verdrag is niet van belang of een bepaalde sanctie naar nationaal recht als strafrechtelijk of bestuursrechtelijk wordt gekwalificeerd. Beslissend is slechts of de sanctie materieel het karakter van een straf heeft. "Volgens het Öztürk-arrest (EHRM 21 februari 1984) hangt dit vooral af van de al dan niet algemene aard van de overtreden norm en het karakter van de sanctie, in het bijzonder of deze bestraffend en afschrikwekkend is.(...) Inmiddels is in Nederland (...) onomstreden, dat het opleggen van een bestuurlijke boete in (zo goed als) alle gevallen een 'criminal charge' oplevert. Ook de nationale jurisprudentie gaat daar van uit (zie voor de fiscale boete HR 22 juni 1988, NJ 1988, 955; voor de verkeersboeten HR 10 november 1992, NJ 1993, 181)." (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 123).

(145) Zoals het legaliteitsbeginsel (artikel 5:4 Awb), het ne bis in idem-beginsel (artikel 5:43 Awb), het zwijgrecht en de cautie (artikel 5:10a Awb) en de 'volle' rechterlijke toetsing van de evenredigheid van opgelegde boetes (artikel 8:72a Awb).

(146) C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014. Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht?', in: C.L.G.F.H. Albers e.a., Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief? (preadviezen VAR 152), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, p. 9.

(147) Te denken valt bijvoorbeeld aan een samenloop met een andere bestuursrechtelijke sanctie gericht op herstel (dwangsom of bestuursdwang) of een samenhang met een beschikking waarmee naar aanleiding van de overtreding in een aanpassing van de toekenning van een recht wordt voorzien.

(148) Met de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving ('Fraudewet I') werd de voorheen op 10% van het benadelingsbedrag vastgestelde boete in de sociale zekerheidswetgeving verhoogd naar een maximale boete ter hoogte van 100% van het benadelingsbedrag. In het onderliggende Boetebesluit socialezekerheidswetten werd vervolgens bepaald dat dit de gefixeerde standaardboete was. Met de Fraudewet II (Stb. 2016, 318) en de wijziging van het Boetebesluit (Stb. 2016, 342) werden vervolgens deze boetes genuanceerd met de codificatie van de uitspraak van de CRvB van 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754.

(149) Wet van 23 december 2015 tot wijziging van een aantal wetten op het terrein van het Ministerie van Economische Zaken en het terrein van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, houdende een verhoging van voor de Autoriteit Consument en Markt geldende boetemaxima, Stb. 2016, 22.

(150) De maximumboete voor een natuurlijke persoon op grond van de Atw bedroeg voorheen 11.250 euro, tegenwoordig is dit 81.000 euro. In de Wav is de strafrechtelijke handhaving volledig vervangen door bestuursrechtelijke handhaving. Daarbij is het boetenormbedrag verhoogd van de oorspronkelijke 980 euro die in het strafrechtelijke traject pleegde te worden opgelegd naar thans 12.000 euro per vreemdeling als de wet door een

rechtspersoon wordt overtreden en deze bedragen kunnen cumuleren (ABRVs 4 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM3245, AB 2010/183 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen).

(151) Ter onderbouwing van de verhoging van de boetes op grond van bijvoorbeeld de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving is het te behalen voordeel met een overtreding expliciet genoemd, Kamerstukken II 2011/12, 33 207, nr. 3.

(152) Kamerstukken II 2014/15, 33 775, nr. 17.

(153) Nota keuze sanctiestelsel 2008, p. 7.

(154) Deze mogelijkheid zou in het strafrecht 'pas' in 2015 worden geïntroduceerd door de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit (Stb. 2014, 445).

(155) Het feit dat met de overtreding grote winsten te behalen zijn, was in de Wet bescherming namen en graden (Stb. 2017, 97) het belangrijkste argument om zeer hoge bestuurlijke boetemaxima op te nemen (Kamerstukken II 2015/16, 34 412, nr. 4, p. 6-7). Art. 1:83 Wft bepaalt, voor zover hier van belang, dat een toezichthouder een bestuurlijke boete kan opleggen van ten hoogste driemaal het bedrag van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen. Ook EU-richtlijnen kunnen voorschrijven dat de hoogte van een boete gerelateerd moet zijn aan de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Zie bijvoorbeeld art. 59, tweede lid, onderdeel e, van Richtlijn (EU) 2015/849 (Vierde Antiwitwasrichtlijn).

(156) Naast gemeenschapstrouw en de leer van het nuttig effect dienen ook de eisen van effectiviteit, non-discriminatie, proportionaliteit en afschrikwekkendheid in acht te worden genomen bij het voorzien van handhaving in het kader van implementatie. Deze eisen zijn door het Hof van Justitie sinds 1977 ontwikkeld als algemene beginselen van gemeenschapsrecht en ook van toepassing op handhaving in al zijn eventuele onderdelen zoals toezicht, opsporing en sanctionering via het bestuursrecht, het strafrecht en het civielrecht (HvJ EG, 2 februari 1977, C-50-76 (Amsterdam Bulb BV tegen Produktschap voor Siergewassen), Jur. 1977 p. 137 en HvJ EG, 10 april 1984, C-14/83 (Von Colson en Kamann), Jur. 1984 p. 1891; HvJ EG, 21 september 1989, C-68/88 (Commissie tegen Helleense Republiek, ofwel Griekse maïs), Jur. 1989 p. 2965).

(157) Zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-210/00, Jur. 2002, p. I-6453 (Käserei Champignon Hofmeister/Hauptzollamt Hamburg-Jonas), AB 2002/392, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt. Deze zaak betrof een verordening die precies aan de lidstaten voorschreef met welke sanctie zij dienden te reageren op overtredingen van de Europese landbouwregels (naast terugvordering van ten onrechte ontvangen restituties, moesten lidstaten ook een boete voor de helft van dat bedrag worden opgelegd).

(158) Bijvoorbeeld artikel 83 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming.

(159) Op grond artikel 30, onderdelen i en j, Verordening (EU) nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (PbEU 2014, L 173) is Nederland verplicht om op bepaalde overtredingen een maximumboete te stellen (die hoger is dan de maximumboete in het strafrecht). De maximumboete voor ernstige overtredingen gaat omhoog van 4 miljoen euro naar 5 miljoen euro, waarbij de maximumboete bij herhaalde overtredingen wordt verdubbeld naar 10 miljoen euro. Voor grote ondernemingen wordt voor ernstige overtredingen een maximumboete ingevoerd die gerelateerd is aan de omzet. Deze boete bedraagt maximaal 10 procent van de netto-omzet. In gevallen waarbij Europese regels nog hogere boetes vereisen, kan de maximale boete worden verhoogd tot 20 miljoen euro of, in het geval de maximumboete aan de omzet is gerelateerd, 15 procent van de netto-omzet.

(160) "In de Wv, de Arbeidstijdenwet (Atw) en de Arbeidsomstandighedenwet is er tot nu toe voor gekozen herhaalde recidive strafrechtelijk af te handelen. Uit de ervaringen bij de

Wav blijkt echter dat de strafoplegging door de rechter niet heeft geleid tot een strengere sanctietoepassing dan de bestuursrechtelijke sanctietoepassing bij recidive. Soms zijn zelfs lagere straffen opgelegd. Herhaalde recidive wordt daarom bij de Wav, Atw en Arbeidsomstandighedenwet overgeheveld naar het bestuursrecht." Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (Kamerstukken II 2011/12, 33 207, nr. 3, p. 19).

(161) Titel 5.4 van de Awb.

(162) Het gaat om bijvoorbeeld het zwijgrecht, de cautie en de 'volle' toetsing van de evenredigheid van opgelegde boetes. Artikel 8:72a Awb bepaalt dat de rechter standaard zelf in de zaak voorziet na vernietiging van een boetebeschikking. Dit impliceert een volle toetsing (zelf in de zaak voorzien is immers zelf het besluit nemen). In hoofdstuk 6 van het algemene deel van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vierde tranche Awb wordt de jurisprudentiële lijn (onder verwijzing naar bijvoorbeeld ABRS 4 juni 1996, JB 1996, 172 en CRvB 1 november 2001, JB 2001, 329) bevestigd (Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 127-128).

(163) Artikel 5:1, tweede lid, Awb.

(164) Wijziging van de socialezekerheidswetten in verband met de regeling van de bestuurlijke boete (Stb. 2016, 318).

(165) Zie artikel 83, tweede lid, van de Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PB 2016, L 119).

(166) Het gaat om ongeveer 350 verschillende strafbare feiten van geringe ernst of eenvoudige aard in verschillende wetten (bijlage 2 bij het Besluit OM-afdoening).

(167) Kamerstukken II 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 1.

(168) Referentiekader geldboetes, p. XIV.

(169) Deze maatregelen worden niet alleen aangekondigd in de Nota keuze sanctiestelsel 2012 maar ook in Kamerstukken II 2012/13, 33 000 VI, nr. 77 en Kamerstukken II 2012/13, 33 400 VI, nr. 114.

(170) Boetewijzer, p. 2.

(171) De Afdeling advisering is kritisch in haar advies ten aanzien van de boetehogtes die worden geïntroduceerd in - kort gezegd - de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen en in de Geneesmiddelenwet. De Afdeling advisering zoomt vooral in op de verhouding tussen de voorgestelde maximum boetehoogte in het bestuursrecht (150.000 euro) ten opzichte van de maximale strafbedreiging in het strafrecht (20.250 euro of een gevangenisstraf van één jaar) en op het feit dat dat hoge bestuursrechtelijke maximum ook geldt voor lichtere administratieve overtredingen. In het nader rapport wordt voor deze laatste categorie een wettelijk maximum van 33.500 euro aangekondigd alsmede het verhogen van de maximumboete in het strafrecht tot 82.000 euro (Kamerstukken II 2015/16, 34 429, nr. 4).

Ondanks een kritisch advies van de Afdeling advisering (Kamerstukken II 2015/16, 34 412, nr. 4, p. 6-7) is in de Wet bescherming namen en graden (Stb. 2017, 97) het boetemaximum verhoogd van 405 euro naar maximaal 820.000 euro (of 10% van de omzet).

(172) "Dualiteit kan aan de orde zijn indien onder één wettelijke norm een grote verscheidenheid aan gedragingen valt die vaak als 'licht' zijn te betitelen, maar die soms een ernstiger feit vormen bijvoorbeeld in termen van de aangerichte schade. Dat geldt bijvoorbeeld bij wetten waarbij de overtredingen vormen van financiële fraude inhouden, of milieuwetten met algemeen geformuleerde normen. (...) Soms wordt dualiteit ook wenselijk geacht om het mogelijk te maken over te stappen naar het strafrecht indien sprake is van

recidive." (Nota keuze sanctiestelsel 2008, p. 13).

(173) Referentiekader geldboetes bevat een illustratieve tabel (p. 213).

(174) Het ontnemen van genoten voordeel uit een overtreding kan een dergelijke afwijking rechtvaardigen. Bij de Belastingdienst is die rechtvaardiging aanwezig. Die rechtvaardiging bestaat eruit dat de bestuurlijke vergrijpboete en de strafrechtelijke geldboete zijn gemaximeerd op een percentage van het belastingnadeel. Te denken valt ook aan het mededingingsrecht waarin bij een overtreding door een ondernemersvereniging de maximumboete is gesteld op 10% van de gezamenlijke omzet van de in de vereniging verenigde ondernemingen en de hoogte van boetes op grond van de Mededingingswet gerelateerd worden aan de duur van het kartel (artikel 57 Mededingingswet) en in geval van recidive 100% kunnen worden verhoogd.

(175) Overigens zal bij een wettelijk gefixeerd boetestelsel een bestuursorgaan geen boete(hoogte)beleid opstellen omdat het bestuursorgaan dan, in beginsel, is gehouden aan de op wettelijk niveau gemaakte afweging over de juiste hoogte van de boete. Dit wil overigens niet zeggen dat er zich geen omstandigheden kunnen voordoen die maken dat de gefixeerde boete gematigd dient te worden omwille van het evenredigheidsbeginsel.

(176) Hierbij valt te denken aan omstandigheden als recidive, misbruik van een vertrouwenspositie, een (vermoeden van een) combinatie met andere strafbare feiten dan wel het begaan van de feiten in georganiseerd verband. In het nader rapport bij de Wet fraude toeslagen en fiscaliteit (Kamerstukken II 2013/14, 33 754, nr. 4) staat hierover bijvoorbeeld het volgende: "Bij toeslagfraude wordt het strafrecht bijvoorbeeld ingezet indien het belopen nadeel fors is of indien degene die de toeslagfraude heeft begaan geen verhaal biedt. Dit is in overeenstemming met de Richtlijnen aanmelding en afhandeling fiscale delicten, douane- en toeslagendelicten die luiden: «Het opleggen van een bestuurlijke boete is geen adequaat alternatief voor het strafrecht indien deze boete, anders dan door verjaring, niet geïnd kan worden. Dit aspect moet daarom meewegen bij de beslissing of een zaak strafrechtelijk aangepakt moet worden. Strafrechtelijke aanpak zal vooral geïndiceerd zijn bij een verdachte die zich heeft ingespannen om verhaal onmogelijk te maken»."

(177) Artikel 5:44, tweede en derde lid, Awb. Op 8 mei 2017 heeft Advocaat-Generaal Keus een conclusie genomen over deze voorlegplicht en de gevolgen van eventuele veronachtzaming ervan (ECLI:NL:CBB:2017:130).

(178) Vergelijk de Aanwijzing sociale zekerheidsfraude (Stcrt. 2016, 12609). Strafrechtelijke interventie vindt op grond van deze aanwijzing in beginsel pas plaats wanneer er sprake is van een benadelingsbedrag van 50.000 euro of meer.

(179) Nota keuze sanctiestelsel 2008, p. 12. Zie ook H.E. Bröring en B.F. Keulen, Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 29 en 54.

(180) Zie bijvoorbeeld artikel 44a van de Drank- en Horecawet.

(181) Dergelijke nadere maatregelen zijn bijvoorbeeld getroffen in het sanctiestelsel op grond van de sociale uitkeringswetten (zie paragraaf 3 van de nota van toelichting van het Besluit van 19 september 2016, houdende wijziging van het Boetebesluit socialezekerheidswetten in verband met de mogelijkheid van een waarschuwing en een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (Stb. 2016, 34)).

(182) Stcrt. 2015, 30280. Advies van 13 juli 2015, No. W03.15.0138/II, p. 3.

(183) Bij de bestuurlijke strafbeschikking milieu- en keurfeiten is het bestuursorgaan beschikkingsbevoegd. Bij de bestuurlijke (politie)strafbeschikking overlast is de buitengewoon opsporingsambtenaar (BOA) in dienst van het bestuursorgaan beschikkingsbevoegd.

(184) Nota keuze sanctiestelsel 2008, p. 10.

- (185) Nota keuze sanctiestelsel 2012, p. 9-10.
- (186) Stcrt. 2015, 30280. Advies van 13 juli 2015, No. W03.15.0138/II, p. 8.
- (187) De Awb maakt onderscheid tussen 'lichte' en 'zware' boetes waarbij de scheidslijn ligt bij 340 euro (artikel 5:53 Awb).
- (188) In bestuursrechtelijke kring werd in 2014 zelfs positief geoordeeld over de bestuursrechtelijke waarborgen afgezet tegen het strafrecht. Bröring schrijft hierover: "Illustratief is de stemming op de VAR-jaarvergadering van 2014, waar door de overgrote meerderheid werd uitgesproken dat het bestuursrecht wat betreft de rechtsbescherming niet onderdoet voor het strafrecht en op onderdelen, bijvoorbeeld op het punt van gelijke behandeling en de motivering van beslissingen, zelfs beter scoort.(...)", H.E. Bröring en B.F. Keulen, Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 15.
- (189) Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2014/15, 27 858, nr. 318.
- (190) Zie ook Jaarverslag 2016 van de Raad van State, p. 32 en p. 61.
- (191) Zoals de ABRvS het formuleert 4 juni 1996 (ECLI:NL:RVS:1996:ZF2229): "(...)indien, zoals in het nu voorliggende geschil, sprake is van het beoordelen van de oplegging van een sanctie waarbij het bevorderen van de naleving van rechtsnormen door middel van toevoeging van extra leed, ter afschrikking, voorop staat. Dan dient de bestuursrechter een uitzondering te maken op de zojuist beschreven terughoudendheid bij de toetsing van de door het bestuursorgaan verrichte afweging van belangen, en artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht aldus toe te passen dat hij beoordeelt of evenredigheid bestaat tussen de ernst van de verweten overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie."
- (192) O.a. M.L. van Emmerik en C.M. Saris, 'Evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht', JBplus 2015 en Jaarverslag 2016 van de Raad van State, blz. 30 - 32.
- (193) Artikel 8:72a Awb.
- (194) Zij het dat hij daarbij beperkt wordt door het verbod op reformatio in peius hetgeen wil zeggen dat betrokkene in het bestuursrecht door het aantekenen van bezwaar of beroep niet in een nadeligere positie kan worden gebracht.
- (195) Stcrt. 2015, 30280. Advies van 13 juli 2015, No. W03.15.0138/II, p. 9.
- (196) Beleidsregels zijn immers een vorm van zelfbinding. Omgekeerd kunnen over de band van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel burgers wel rechten ontleen aan beleidsregels.
- (197) O.a. ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9509, r.o. 2.11 en ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138, AB 2016/339 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, r.o. 4.1.
- (198) ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447 m.nt. H.E. Bröring, r.o. 4.3. Overigens betrof deze uitspraak geen geschil over een bestuurlijke boete maar over de sluiting van een pand onder aanzegging van bestuursdwang en de inherente afwijkingsbevoegdheid op grond van artikel 4:84 Awb.
- (199) ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4552, AB 2012/151 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en bijvoorbeeld in de fiscaliteit HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN6324, NTFR 2011,945, m.nt. Jansen.
- (200) Op grond van artikel 339 Sv: eigen waarneming van de rechter; verklaringen van de verdachte; verklaringen van een getuige; verklaringen van een deskundige; schriftelijke bescheiden.
- (201) Stcrt. 2015, 30280. Advies van 13 juli 2015, No. W03.15.0138/II, p. 13.
- (202) Vgl. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 en 1819. In deze zaken had de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak eerder advocaat-generaal Keus verzocht om een conclusie te nemen.
- (203) HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN6324, BNB 2011/206 m.nt. P.G.H. Albert;

ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3446, AB 2014/412 m.nt. R. Stijnen; CRvB 20 april 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1429, r.o. 4.5; CRvB 1 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1877 en CRvB 1 juni 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2068, AB 2016/418 m.nt. E.C.G. Okhuizen, r.o. 4.5.

(204) Zie artikel 8:45 Awb en artikel 8:60 Awb.

(205) Nederland is bijvoorbeeld onlangs veroordeeld in een zaak over een terugvorderingsbeschikking (herstelsanctie) vanwege het verzwijgen van extra inkomsten wegens schending van artikel 6 EVRM. Dit vanwege het afwijzen van een herhaald aanbod om getuigenbewijs te leveren om het bestaan van een afspraak met UWV over bijverdiensten te bewijzen (EHRM 15 maart 2016, AB 2016/132, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik). Uitspraken waarbij wel getuigen zijn gehoord: Rechtbank Oost-Nederland, 23 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ1142 en ECLI:NL:RBONE:2013:BZ1147.

C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014', in: C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik & C.M. Saris, F.J.P.M. Haas, Boetes en andere bestraffende sancties; een nieuw perspectief? (preadvies VAR 152), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 85 en 86.

(206) Het bedrag dat moet worden betaald is voor natuurlijke personen 168 euro en voor rechtspersonen 333 euro. Als tegelijk met het beroep ook een voorlopige voorziening wordt gevraagd, is wederom griffierecht verschuldigd en gelden deze zelfde bedragen. Voor boetes onder de 340 euro geldt voor natuurlijke personen op grond van de Regeling een verlaagd griffierecht (bijlage 3 van de Awb) een griffierecht van 46 euro evenals voor bepaald type zaken (o.a. uitkering, huursubsidie/huurtoeslag, belastingaangifte).

(207) In alle sociale zekerheidswetten (bijvoorbeeld artikel 17a, tiende lid, van de Algemene Kinderbijslagwet, artikel 27a, twaalfde lid, van de Werkloosheidswet etc.), in artikel 19d, zevende lid van de Wav en in artikel 34, elfde lid, van de Arbeidsomstandighedenwet worden uitzonderingen op dit verbod gemaakt. In de praktijk maakt de bestuursrechter echter niet of nauwelijks gebruik van deze mogelijkheid.

(208) Dat kan anders zijn als er een derde opkomt tegen de boetehoogte bijvoorbeeld naar aanleiding van een verzoek tot handhaving.

(209) Kamerstukken II 1984/85, 18 835, nr. 3, p. 6 en Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 125.

(210) In jurisprudentie is bepaald dat het niet betalen van het griffierecht geen verzuim oplevert in de zin van artikel 8:41, zesde lid, Awb en betrokkene derhalve wel ontvangen kan worden in zijn (hoger) beroep als hij aannemelijk kan maken dat het netto-inkomen waarover hij beschikt lager is dan 90% van de bijstandsnorm voor een alleenstaande en dat hij voorts geen vermogen heeft waaruit het verschuldigde griffierecht kan worden betaald. In dat geval wordt er vanuit gegaan dat het voor hem onmogelijk of uiterst moeilijk is om gebruik te maken van een rechtsgang (o.a. ABRvS 12 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2730, USZ 2016/438 m.nt. T. Barkhuysen en P.M.J.J. Swagemakers; CRvB 13 februari 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:282, AB 2015/103 m.nt. R. Stijnen).

(211) In een Belgische zaak uit 2007 stond (onder meer) een fiscale boete centraal en diende betrokkene een flink bedrag te betalen teneinde toegang te krijgen tot de appelrechter. Het EHRM constateerde wel een schending, maar niet omdat het categorisch van oordeel was dat een griffierecht niet acceptabel zou kunnen zijn bij een procedure over een fiscale boete. Het kwam tot een schending omdat het griffierecht te hoog was (EHRM 25 september 2007, Loncke t. België, appl. no. 20656/03).

(212) In de jurisprudentie wordt aangenomen dat 6 EVRM zich slechts verzet tegen heffing van een zodanig bedrag aan griffierecht, dat dit - mede gelet op de voor de betrokkene in het geding zijnde belangen - een wezenlijke belemmering van de toegang tot de rechter vormt (zie bijvoorbeeld HR 10 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9393).

- (213) EHRM 19 juni 2001, EHRC 2001, 54 m.nt. A.W. Heringa (Kreuz t. Polen).
- (214) Artikel 4:87 en artikel 6:16 Awb.
- (215) EHRM 23 juli 2002, EHRC 2002, 88, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Janosevic t. Zweden). Wel dient een afweging te worden gemaakt tussen de nadelige gevolgen van de invordering voor de belanghebbende enerzijds en de belangen van de Staat bij onmiddellijke invordering van de boete anderzijds. Aan dit vereiste is in Nederland voldaan, doordat invorderingsmaatregelen in het concrete geval altijd in overeenstemming moeten zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die eveneens een belangenafweging vergen. EHRM 23 juli 2002, EHRC 2002, 88, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (Janosevic t. Zweden). Bij invorderingsgeschillen wordt deze belangenafweging door de bestuursrechter zorgvuldig getoetst (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBAMS:2016:9126). Zie ook EHRM 30 juni 2009, Schneider t. Frankrijk, nr. 49852/06 waarin een verplichte vooruitbetaling van een verkeersboete geen schending werd bevonden van het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter. De CRvB vertaalt de kern van deze zaak in zijn uitspraak van 13 oktober 2010 (ECLI:NL:CRVB:2010:BO1242, AB 2011/44 m.nt. H.E. Bröring) als volgt: "Ook ten aanzien van een financiële drempel voor de toegang tot de rechter in punitieve zaken heeft het EVRM in een concreet geval geoordeeld dat daardoor geen disproportionele belemmering werd opgeworpen."
- (216) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 140-145.
- (217) Ter illustratie: de CRvB heeft bepaald dat betrokkene in staat moet zijn om een opgelegde boete op grond van de Wet werk en bijstand binnen maximaal 24 maanden af te betalen (CRvB 11 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:12, AB 2016/152 m.nt. R. Stijnen). Op 16 mei 2017 heeft de CRvB (ECLI:NL:CRVB:2017:1816) ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van een bestuurlijk boete - in het bijzonder ten aanzien van de vraag of de boete evenredig is - bepaald dat in beginsel voor de bepaling van de fictieve (minimum) draagkracht wel steeds van 10% van de toepasselijke bijstandsnorm moet worden aangehouden.
- (218) Handelingen EK 2008/09, 29 702, E, p. 5.
- (219) Hierover meer onder het kopje 'Cumulatie griffierechten en schorsende werking'.
- (220) Voorbeelden: de Pensioenwet, de Wet bescherming persoonsgegevens en de Telecommunicatiewet. Artikel 12p van de Instellingswet ACM schrijft voor dat de werking van ACM boetebesluiten van rechtswege wordt geschorst indien bezwaar wordt aangetekend. Ook de Wft kent schorsende werking toe aan het instellen van bezwaar.
- (221) Afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, schort de NZa de betalingsverplichting in het geval van bezwaar en beroep op. Ook het Agentschap Telecom (AT) geeft te kennen in de praktijk aan het instellen van bezwaar en beroep schorsende werking te verlenen.
- (222) Enerzijds zou het toekennen van schorsende werking gedurende de bezwaarfase van (bepaalde) boetebeschikkingen immers ontegenzeggelijk tot een (tijdelijke) verbetering van de rechtspositie van de vermoedelijke overtreder leiden; de bezwaarmaker blijft tot de beslissing op bezwaar immers gevrijwaard van invorderingsmaatregelen. Anderzijds zullen bestuurlijke boetes waartegen bezwaar is gemaakt op een later moment invorderbaar worden, hetgeen de slagvaardigheid van de handhaving vermindert en dat terwijl juist dit lik-op-stuk-karakter de bestuurlijke boete een effectief handhavingsinstrument maakt. Zeker als een bestuursorgaan nu de mogelijkheid heeft een boete te verrekenen (bijvoorbeeld bij kortdurende uitkeringen), dan zou het invoeren van schorsende werking extra invorderingskosten/een incassorisico met zich brengen. Ook zal van het toekennen van schorsende werking aan het instellen van bezwaar naar verwachting een aanzuigende werking uitgaan. Het maken van bezwaar levert dan immers uitstel van betaling terwijl er geen kosten aan verbonden zijn. Dit te meer omdat het maken van bezwaar ook niet kan

leiden tot een hogere boete vanwege het verbod op reformatio in peius.

(223) Zoals op grond van de jurisprudentie is vereist (bijvoorbeeld ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV9509, r.o. 2.11).

(224) Zo heeft de Inspectie SZW beleid vastgesteld over het aanbieden en de inhoud van betalingsregelingen:

https://www.inspectieszw.nl/organisatie/werkwijze/toezicht_en_handhaving/sancties/boete/betalingsregeling.

(225) De Rechtbank Amsterdam heeft op 21 december 2016 (ECLI:NL:RBAMS:2016:9126) en op 12 april 2017 (ECLI:NL:RBAMS:2017:2330), onder verwijzen naar het advies van Afdeling advisering, zelfs bepaald dat als de verzoeker zijn betalingsonmacht aan de hand van financiële stukken kan onderbouwen, het bestuur een zwaarwegend belang dient te hebben om hangende de bezwaarprocedure tot invordering van de boete over te gaan. Zie verder over betalingsregelingen ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3251, AB 2016/292 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, r.o. 4.5 en ABRvS 1 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:538.

(226) Rechtbank 's-Hertogenbosch 17 oktober 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB7378; Rechtbank Rotterdam 12 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ4829 en Rechtbank Amsterdam 21 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9126.

(227) Dit past ook binnen de Rijksincassovisie waarin het kabinet prioriteit geeft aan het beter afstemmen van de incasso door overheidspartijen, met oog op de mogelijkheden en omstandigheden van mensen met schulden. De versterking van de positie van mensen met schulden staat daarbij centraal (Kamerstukken II 2016/17, 24 515, nr. 382).

(228) Voor boetes hoger dan 340 euro geldt een verjaringstermijn van vijf jaar en voor lagere boetes drie jaar (artikel 5:45 Awb). Het strafrecht kent meer verjaringstermijnen: drie jaar, zes jaar, twaalf jaar en twintig jaar, afhankelijk van de zwaarte van de overtreding (artikelen 23 en 70 tot en met 73 Sr).

(229) Dit geldt niet voor de fiscaliteit waarbij wordt afgeweken van artikel 5:45 Awb. De fiscale boete sluit voor wat de verjaringstermijn betreft aan bij de termijn waarbinnen men nog een aanslag kan opleggen (voor aanslagbelastingen 5 jaar, voor buitenland 12 jaar en voor aangiftebelastingen 5 jaar na het desbetreffende tijdvak).

(230) De wijze van uitvoering van de motie-Van Oosten met betrekking tot de verjaring van het recht tot tenuitvoerlegging van opgelegde straffen (Kamerstukken II 2017/18, 34775 VI, nr. 50) wordt daarbij betrokken.

(231) Is het financiële belang gelegen onder de 500 euro maar boven de 250 euro, dan kan de rechtzoekende in aanmerking komen voor rechtsbijstand in de vorm van het geven van eenvoudig rechtskundig advies (zie artikel 12, tweede lid, onderdeel b, van de Wet op de rechtsbijstand en artikel 4, eerste en tweede lid, van het Besluit rechtsbijstand- en toevoegcriteria).

(232) Artikel 4 van het Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens.

(233) Op grond van de Wet Bibob worden aan bevoegde bestuursorganen op aanvraag de justitiële en politiegegevens verstrekt van betrokkene. De toepassing van de wet is beperkt tot bij of krachtens de wet aangewezen besluiten en rechtshandelingen. Vanuit de overweging dat er steeds meer wetgeving is op grond waarvan bepaalde gedragingen niet meer strafrechtelijk worden afgedaan maar met een bestuurlijke boete, is sinds juli 2013 in de Wet Bibob opgenomen dat onder het begrip 'strafbaar feit' ook wordt verstaan een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. De daarvoor benodigde gegevens worden ad hoc opgevraagd uit de administratie van de verschillende bestuursorganen (bijvoorbeeld van een gemeente of van een zelfstandig bestuursorgaan als de Kansspelautoriteit).

(234) Stcrt. 2015, 30280. Advies van 13 juli 2015, No. W03.15.0138/II, p. 11.

(235) "Enerzijds lijkt op dit moment het betrekken van bestuurlijke boeten daarmee disproportioneel veel inzet te vergen. Anderzijds is in de afgelopen twee decennia de verhouding tussen het bestuursrecht en het strafrecht ingrijpend veranderd. Waar voorheen oplegging van bestraffende sancties als reactie op overtredingen het exclusieve domein van het strafrecht was, neemt handhaving van regelgeving door het (bestraffend) bestuursrecht sinds het midden van de jaren negentig een belangrijke, zelfstandige positie in. Gezien deze ontwikkeling sluit ik het betrekken van bestuurlijke boeten in de VOG-screening in de toekomst zeker niet uit en zal daarom ten aanzien van dit vraagstuk een vinger aan de pols houden." (Kamerstukken II 2015/16, 34 300 VI, nr. 78).

(236) Voor zover de initiatieven ook consequenties hebben voor decentrale overheden gebeurt dit mede onder regie van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

(237) Alleen daar waar een bijzondere rechtvaardiging bestaat voor een afwijkende (vormgeving van de) maximale boetehoogte zal beargumenteerd kunnen worden afgeweken van dit voornemen.

(238) Tenzij er sprake is van een verplicht voorgeschreven boetemaximum op grond van Unierecht, zie p. 17.