

Toepassing art. 80a RO o.g.v. hoogte straffen, ontbreken klacht over niet-toepassing lex mitior-beginsel en strafmotivering Hof.

HR 22-12-2015, ECLI:NL:HR:2015:3685, m.nt. P.A.M. Mevis

Instantie

Hoge Raad (Strafkamer)

Datum

22 december 2015

Magistraten

Mrs. A.J.A. van Dorst, E.S.G.N.A.I. van de Griend, E.F. Faase

Zaaknummer

14/05344

Conclusie

A-G mr. T.N.B.M. Spronken

Noot

P.A.M. Mevis

Annotatorprofiel

Redactie

[P. Mevis](#)

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Materieel strafrecht / Algemeen

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2015:3685, Uitspraak, Hoge Raad (Strafkamer), 22-12-2015

ECLI:NL:PHR:2015:2118, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 08-09-2015

Beroepschrift, Hoge Raad, 23-06-2014

Wetingang

Art. 80a RO

Essentie

Het hof heeft de verdachte ter zake van feitelijk leiding geven aan door een rechtspersoon meermalen gepleegde misdrijven uit de Coördinatiewet sociale verzekeringen (feit 1), de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (feit 2) en de belastingwetgeving (feit 4 en feit 5) veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van 5 maanden en een taakstraf van 180 uren. Gelet op die straffen, die in elk geval ook zijn opgelegd voor de misdrijven onder 4 en 5, en in aanmerking genomen dat het hof voor wat betreft de feiten onder 2 heeft ‘gelet op het uit art. 28c Wet LB 1964 voortvloeiende mildere sanctieregime’ en het middel niet klaagt dat het hof ten onrechte geen toepassing heeft gegeven aan het lex mitior-beginsel, gaat de HR voorbij aan de kennelijk aan de conclusie van de A-G ten grondslag liggende stelling dat het hof — gelet op dat beginsel — voor de feiten 1 en 2 afzonderlijke straffen in de vorm van geldboetes had moeten opleggen. De HR verklaart de verdachte op grond van art. 80a RO niet-ontvankelijk.

Partij(en)

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, van 8 september 2014, nummer 21/002916-14, in de strafzaak tegen: F. Adv.: mr. R.J. Baumgardt, te Spijkenisse.

Conclusie

Conclusie A-G mr. T.N.B.M. Spronken:

1.

Verdachte is bij arrest van 8 september 2014 door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van vijf maanden, met een proeftijd van twee jaren en een taakstraf van honderdtachtig uren, subsidiair negentig dagen hechtenis, met aftrek van het voorarrest naar de maatstaf van twee uren taakstraf per in voorarrest doorgebrachte dag.

2.

Het hof heeft deze straf opgelegd, nadat de Hoge Raad bij arrest van 25 maart 2014 (ECLI:NL:HR:2014:696) het eerdere arrest van het hof van 26 september 2012^[3] uitsluitend wat betreft de strafoplegging heeft vernietigd en de zaak in zoverre heeft teruggewezen naar het hof. De bewezenverklaring en kwalificaties van het hof zijn in stand gebleven.

3.

De verdachte is schuldig bevonden aan het leidinggeven aan de niet-naleving van verschillende regelingen op het gebied van sociale zekerheidswetgeving en belastingwetgeving door zijn taxibedrijven in de periode van 31 augustus 2001 tot en met 22 oktober 2003. De feiten waarvoor het hof na terugwijzing een straf heeft opgelegd, zijn bij arrest van het hof van 26 september 2012 als volgt gekwalificeerd:

1. feitelijk leiding geven aan het door een rechtspersoon opzettelijk een der in artikel 10 van de Coördinatiewet sociale verzekeringen bedoelde verplichtingen niet en niet juist en niet volledig nakomen, meermalen gepleegd;
2. feitelijk leiding geven aan het door een rechtspersoon opzettelijk overtreden van artikel 58, lid 2 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen, meermalen gepleegd;
4. subs. feitelijk leiding geven aan het door een rechtspersoon opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist en onvolledig doen, terwijl het feit er toe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, meermalen gepleegd.
5. subs. feitelijk leiding geven aan het door een rechtspersoon opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist en onvolledig doen, terwijl het feit er toe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, meermalen gepleegd.

4.

Mr. R.J. Baumgardt, advocaat te Spijkenisse, heeft namens betrokkene een middel van cassatie voorgesteld.

5.

Het *middel* bevat de klacht dat het hof de strafoplegging ontoereikend heeft gemotiveerd, omdat het hof onvoldoende tot uitdrukking heeft gebracht in hoeverre het de straf heeft gematigd wegens de overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, EVRM.

(...)

10.

De eerste opmerking die ik naar aanleiding van het middel wil maken is, dat ten overstaan van het hof, zoals hiervoor is opgemerkt, de overschrijding van de redelijke termijn niet door de verdediging aan de orde is gesteld, zodat ik zou kunnen volstaan met de conclusie dat in cassatie hierover niet met vrucht kan worden geklaagd.^[3]

11.

Omdat het hof ambtshalve rekening heeft gehouden met de schending van de redelijke termijn in zijn straftoemeting, meen ik dat in cassatie wel geklaagd kan worden over een motiveringsgebrek dat aan de door het hof aan de redelijke termijn verbonden strafvermindering kleeft. Maar ook in dat geval maakt het middel weinig kans. In onderhavige zaak heeft het hof ten opzichte van de op 26 september 2012 opgelegde straf (waarin het grootste deel van de overschrijding van de redelijke termijn tot dan toe al was verdisconteerd) strafvermindering toegepast. Dat het hof daarbij niet precies heeft aangegeven welk deel van de strafverlaging zijn grondslag vindt in de schending van de redelijke termijn hoeft niet tot cassatie te leiden als de verdachte bij een klacht hierover niet een toelichting geeft, waarom hij een rechtens te respecteren belang bij vernietiging van de bestreden uitspraak op deze grond heeft. Een dergelijke toelichting wordt in het cassatiemiddel niet gegeven, zodat het cassatieberoep, gezien art. 80a RO, niet ontvankelijk zou kunnen worden verklaard.^[4]

12.

Ik concludeer echter ambtshalve tot vernietiging van het bestreden arrest omdat het hof daarin, in weerwil van het arrest van de Hoge Raad waarin de zaak werd teruggewezen, wederom een straf heeft opgelegd die in strijd is met het *lex mitior* beginsel, waarover in cassatie merkwaardigerwijs niet wordt geklaagd.

13.

Bij arrest van 25 maart 2014 heeft de Hoge Raad deze zaak teruggewezen naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. De Hoge Raad casseerde, omdat het middel waarin werd geklaagd dat het hof in zijn arrest 26 september 2012 ten onrechte geen toepassing had gegeven aan het mildere strafregime, dat inmiddels ten aanzien van het onder 2 bewezenverklaarde feit was gaan gelden, terecht was voorgesteld.

14.

In zijn voorafgaande conclusie schreef Jörg:^[5]

“20.

[...] Opzettelijke overtreding van art. 58 lid 2 Wet SUWI werd ten tijde van het bewezenverklaarde gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren en een geldboete van de vierde categorie, hetzij met een van deze straffen (art. 84 lid 3 (oud) Wet SUWI). Ingevolge art. 50 Invoeringswet Wet financiering sociale verzekeringen en krachtens het Besluit van 10 december 2007 tot wijziging datum handhaving informatieverplichtingen werkgevers^[17] heeft deze strafbepaling gegolden tot 1 januari 2009.

Sindsdien is art. 28c van de Wet op de loonbelasting 1964 van toepassing. Deze bepaling, opgenomen onder ‘Hoofdstuk IV. Wijze van heffing’, ziet op de inhoudingsplichtige die de in art. 28 aanhef en onderdeel g (voorheen f) bedoelde opgave niet, onjuist, onvolledig dan wel niet binnen de gestelde termijn heeft verstrekt. Deze nalatigheden vormen een verzuim terzake waarvan de inspecteur de inhoudingsplichtige een boete kan opleggen, met dien verstande dat de bevoegdheid daartoe vervalt door verloop van één jaar na het einde van het kalenderjaar waarin die opgave had moeten worden verstrekt (tweede lid). Tot 30 juni 2009 kon een boete worden opgelegd tot ten hoogste € 1.134; sinds 1 juli 2009 wordt in lid 1 gesproken van een bestuurlijke boete en met ingang van 1 januari 2010 is het maximum van de op te leggen bestuurlijke boete verhoogd tot € 1.230.^[18] welk boetemaximum per 1 januari 2013 is gehandhaafd.^{[19][6]}

21.

Het huidige maximum van € 1.230 heeft allicht als gunstiger te gelden dan een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren en/of een geldboete van de vierde categorie, welke categorie ten tijde van het bewezenverklaarde een maximum kende van € 11.250.^[20] Uit de vermelding van de toepasselijke wettelijke voorschriften, noch uit de strafmotivering en strafoplegging volgt dat het Hof de thans gunstigere bepalingen heeft toegepast. In zoverre is het middel derhalve terecht voorgesteld.”

15.

De Hoge Raad oordeelde:

“3.3

Nu uit het in de conclusie van de waarnemend Advocaat-Generaal onder 20 genoemde wettelijk kader blijkt dat de regels van het sanctierecht ten gunste van de verdachte zijn veranderd, had het Hof het uit art. 28c Wet op de loonbelasting 1964 voortvloeiende mildere sanctieregime behoren toe te passen (vgl. HR 11 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8193, NJ 2012/79, rov. 2.8). Voor zover het middel erover klaagt dat uit de beslissing van het Hof niet blijkt dat het Hof toepassing heeft gegeven aan dit mildere sanctieregime, is het terecht voorgesteld.”

16.

Het hof heeft na terugwijzing de straf wel gematigd, maar heeft wederom gekozen voor een voorwaardelijke gevangenisstraf en een taakstraf:

“[...] Zoals de Hoge Raad bij arrest van 25 maart 2014 heeft overwogen zijn de regels van het sanctierecht ten gunste van de verdachte voor zover het feit 2 betreft veranderd en had het hof het uit artikel 28c van de Wet op de loonbelasting 1964 voortvloeiende mildere sanctieregime behoren toe te passen. Uit de beslissing van het hof van 26 september 2012 is niet gebleken dat het hof toepassing heeft gegeven aan dit mildere sanctieregime.

Gelet op het uit artikel 28c Wet op de loonbelasting 1964 voortvloeiende mildere sanctieregime en op het tijdsverloop sinds de pleegdata van de delicten, is het hof van oordeel dat een voorwaardelijk gevangenisstraf voor de duur van 5 maanden en een taakstraf voor de duur van 180 uren passend en geboden is.”

17.

De door het hof gekozen strafsoorten komen onder het huidige, voor verdachte gunstigere (uitsluitend bestuursrechtelijke) sanctieregime niet meer in aanmerking. De gevangenisstraf en de taakstraf, ongeacht in welke modaliteit, worden door de wetgever als zwaarder beschouwd dan de geldboete. Ik meen dan ook dat de door het hof na terugwijzing opgelegde straf niet toelaatbaar is, voor zover die betrekking heeft op feit 2.

18.

Wat had het hof dan moeten doen? In zijn noot bij het door de Hoge Raad aangehaalde arrest van 11 oktober 2011^[7.] schrijft Keijzer dat hem niet zo goed duidelijk is geworden wat de Hoge Raad in dit arrest bedoelt met het toepassen van 'het mildere sanctieregime', omdat dat regime bestaat uit de oplegging van bestuurlijke boetes. Hij vraagt zich af of de Hoge Raad bedoeld heeft dat het hof in een dergelijk geval zou moeten volstaan met het opleggen van een geldboete 'van ten hoogste het bedrag van de maximale bestuurlijke boete die de inspecteur had mogen opleggen'. Die lezing verdraagt zich volgens Keijzer echter niet echt met de bewoordingen van art. 1 lid 2 Sr, dat de 'voor de verdachte gunstigste bepalingen' moeten worden toegepast. In feite is immers de strafbaarstelling opgeheven en is daarvoor een bestuurlijke maatregel in de plaats gekomen.

19.

In zijn vordering tot cassatie in belang der wet, leidend tot het *post-Scoppola*-arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BP6878), schetste Knigge de door Keijzer genoemde optie ook al:

“10.1.3.

Denkbaar is dat de opheffing van de strafbaarstelling gepaard gaat met de invoering van een niet-strafrechtelijk handhavingsregime dat milder is. Zo kan een strafbaar feit worden 'omgezet' in een beboetbaar feit en kan de maximaal op te leggen bestuurlijke boete daarbij lager zijn dan de maximumboete die de strafwet bedreigde. Reden voor ontslag van rechtsvervolging zal deze wetswijziging niet opleveren. In de noodzaak van wetshandhaving is immers geen verandering gekomen. Wel vloeit uit art. 7 EVRM voort dat de verdachte van de mildere wijze van sanctioneren moet kunnen profiteren. Dat betekent niet, althans niet per se, dat de strafrechter de bestuursrechtelijke boetebepalingen moet toepassen. Aan de verdragsverplichting kan ook worden voldaan door (met toepassing van de oude strafbepaling) een boete op te leggen die niet hoger is dan zou zijn opgelegd als van de bestuurlijke boetebedreiging was uitgegaan. Voor die pragmatische benadering biedt, naar voorshands mag worden aangenomen, de rechtspraak van het EHRM de ruimte. [...]"

20.

Ik kan mij in de suggestie van Knigge vinden en meen dat het hof na terugwijzing ten aanzien van feit 2 hooguit een geldboete had mogen opleggen tot ten hoogste een bedrag van € 1.134, zijnde het laagste strafmaximum in de periode tussen de pleegdatum en de datum waarop 'a final judgment is rendered'. ^[8.] De grondslag voor die geldboete blijft dan art. 58, tweede lid, jo. artikel 84, derde lid, (oud) SUWI.

21.

Bij de toepassing van een gunstiger sanctieregime ten aanzien van feit 2, zou artikel 58 Sr mijns inziens analoog kunnen worden toegepast, als ware er sprake van delicten waarop ongelijksoortige straffen zijn gesteld, tenzij voor alle delicten een geldboete zou worden opgelegd. Ik ga er dan wel vanuit dat feit 2 voor de berechting nog wel als misdrijf heeft te gelden, zoals artikel 84, vijfde lid, (oud) SUWI bepaalde.

22.

Ik heb me nog afgevraagd of de Hoge Raad de strafmotivering zo zou kunnen lezen dat het hof na terugwijzing rekening heeft gehouden met het mildere strafregime ten aanzien van feit 2, zoals blijkt uit de strafmotivering en uitsluitend voor de andere drie feiten een voorwaardelijke gevangenisstraf en een taakstraf heeft opgelegd.

23.

De feiten onder 4. subsidiair en 5. subsidiair werden ten tijde van het delict en worden thans nog steeds in artikel 69, eerste lid, AWR bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een geldboete van de vierde categorie of, indien dit bedrag hoger is, ten hoogste eenmaal het bedrag van de te weinig geheven belasting. De na terugwijzing opgelegde straf past ruimschoots binnen dit strafmaximum.

24.

Ten aanzien feit 1 doet zich echter hetzelfde probleem voor als ten aanzien van feit 2. Bewezen is verklaard dat de verdachte in de periode van 31 augustus 2001 tot 1 februari 2003 leiding heeft gegeven aan het door drie rechtspersonen niet nakomen van de verplichting om opgave te doen van het door hun werknemers genoten loon. Deze verplichting was vervat in artikel 10, tweede lid, Coördinatiewet Sociale Verzekering (CSV). Het 'opzettelijk' niet nakomen van deze verplichting was een misdrijf en werd in artikel 17a, tweede lid, CSV bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of een geldboete van de vierde categorie of, indien dit hoger was, ten hoogste eenmaal het bedrag van de te weinig geheven premie.

25.

Bij de Invoeringswet Wet financiering sociale verzekeringen (*Stb.* 2005, 37) is de CSV ingetrokken. De Memorie van Toelichting houdt ten aanzien van het vervallen van artikel 10 CSV in: [\[9.1\]](#)

“De verplichtingen van de werkgever, neergelegd in artikel 10 van de CSV, om een administratie te voeren (eerste lid) en om loonopgave te doen aan UWV (tweede lid), met inachtneming van door Onze Minister te stellen regels, kunnen komen te vervallen. Overeenkomstige bepalingen zijn reeds neergelegd in de AWR en Wet LB 1964. Het derde lid van artikel 10 is overbodig geworden door het vervallen van het eerste en tweede lid. De bepalingen inzake de boete respectievelijk de straf op overtreding van artikel 10 in de artikelen 12a tot en met 12e respectievelijk paragraaf 6 (artikel 17a) van de CSV kunnen eveneens komen te vervallen.”

26.

Thans is de verplichting om bepaalde gegevens op te geven aan de inspecteur gegrond op artikel 28, eerste lid, aanhef en onder d, Wet op de loonbelasting 1964 jo. artikel 7, eerste lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR). Degene die verplicht is tot het verstrekken van gegevens en dat niet, onjuist, of onvolledig doet, wordt ingevolge artikel 68, eerste lid, aanhef en onder a, AWR gestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de derde categorie. Dat het hof bij de strafoplegging toepassing heeft gegeven aan dit onmiskenbaar voor de verdachte gunstigere sanctieregime, blijkt evenmin uit zijn arrest van 8 september 2014.

27.

Indien onder 1. zou zijn tenlastegelegd en bewezenverklaard dat het niet voldoen aan de verplichting tot verstrekking van gegevens ertoe strekte dat te weinig belasting zou worden geheven, zou het hogere strafmaximum van artikel 69, eerste lid, AWR hebben gegolden. Dat is in deze zaak echter niet het geval.

28.

Ik rond af. Het voorgestelde cassatiemiddel faalt. Ambtshalve kom ik tot de conclusie dat het hof bij de bepaling van de straf ten aanzien van feit 1 en feit 2 ten onrechte geen toepassing heeft gegeven aan het *lex mitior*-beginsel, zodat het arrest wat betreft de opgelegde straf niet in stand kan blijven.

Uitspraak

Hoge Raad:

2. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep

2.1.

Het Hof heeft de verdachte ter zake van 1. ‘feitelijke leiding geven aan het door een rechtspersoon opzettelijk een der in artikel 10 van de Coördinatiewet sociale verzekeringen bedoelde verplichtingen niet en niet juist en niet volledig nakomen, meermalen gepleegd’, 2. ‘feitelijke leiding geven aan het door een rechtspersoon opzettelijk overtreden van artikel 58, lid 2 van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen, meermalen gepleegd’ alsmede 4. ‘feitelijke leiding geven aan het door een rechtspersoon opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist en onvolledig doen, terwijl het feit er toe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, meermalen gepleegd’ en 5. ‘feitelijke leiding geven aan het door een rechtspersoon opzettelijk een bij de belastingwet voorziene aangifte onjuist en onvolledig doen, terwijl het feit er toe strekt dat te weinig belasting wordt geheven, meermalen gepleegd’ veroordeeld tot een gevangenisstraf van 5 maanden, voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren, en een taakstraf van 180 uren, subsidiair 90 dagen hechtenis. Gelet op die straffen, die in elk geval ook zijn opgelegd voor de misdrijven onder 4 en 5, en in aanmerking genomen dat het Hof blijkens zijn strafmotivering wat betreft de feiten onder 2 heeft ‘gelet op het uit artikel 28c Wet op de loonbelasting 1964 voortvloeiende mildere sanctieregime’ alsmede dat het middel niet klaagt dat het Hof ten onrechte geen toepassing heeft gegeven aan het *lex mitior*-beginsel, gaat de Hoge Raad voorbij aan de kennelijk aan de conclusie van de Advocaat-Generaal ten grondslag liggende stelling dat het Hof — gelet op dat beginsel — voor de feiten onder 1 en 2 afzonderlijke straffen in de vorm van geldboetes had moeten opleggen.

2.2.

De Hoge Raad is van oordeel dat de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen omdat de partij die het cassatieberoep heeft ingesteld klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep dan wel omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden.

2.3.

De Hoge Raad zal daarom — gezien art. 80a van de Wet op de rechterlijke organisatie — het beroep niet-ontvankelijk verklaren.

3. Beslissing

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie niet-ontvankelijk.

Noot

Auteur: P.A.M. Mevis

1.

De verdachte is bij het in cassatie bestreden arrest voor vier vergelijkbare misdrijven tegen de sociale zekerheids- en belastingwetgeving bij één straf veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van vijf maanden en 180 uur taakstraf. De feiten zijn gepleegd in de periode augustus 2001 t/m oktober 2003 en waren dus al redelijk oud toen de verdachte in eerste aanleg bij vonnis van 4 januari 2007 bij verstek veroordeeld werd tot tien maanden gevangenisstraf waarvan vier voorwaardelijk, overigens ter zake van vijfmaal een gelijksoortig vergrijp. Bij de veroordeling in het eerste hoger beroep werd in het arrest van 29 september 2012 in de straftoemeting ter zake van vier bewezenverklaarde feiten (al) overgestapt van een deels onvoorwaardelijke naar een geheel voorwaardelijke vrijheidsstraf (zes maanden) in combinatie met een taakstraf van 240 uur. De appelrechter liet er geen misverstand over bestaan dat de ernst van de bewezen feiten nog steeds een (deels) onvoorwaardelijke vrijheidsstraf 'van aanzienlijke duur' zou rechtvaardigen. Slechts de overschrijding van de redelijke termijn tot dan toe en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte hadden het hof toch van een (deels) onvoorwaardelijke gevangenisstraf doen afzien. Het arrest werd gecasseerd.

2.

Belangrijker is dat deze ene straf voor *al* deze feiten op het moment van het arrest in hoger beroep in september 2012 zo niet meer opgelegd had kunnen worden. Ten aanzien van feit 2 van de bewezenverklaring is de situatie per 1 januari 2009 in die zin gewijzigd dat dit feit nog slechts met een geldboete kon worden gesanctioneerd en wel uitsluitend in een traject van bestuurlijke sanctionering waarin het voorheen strafbare feit is omgevormd tot een (belasting)verzuim van een 'inhoudingsplichtige', te beboeten door de inspecteur binnen de bestuurlijke sanctioneringsprocedure uit de belastingwetgeving. Bij het bewezenverklaarde feit 1 is nog steeds sprake van een — elders in het strafrecht — voorzien strafbaar feit. Het gaat om het strafbaar feit van art. 68 lid 1 onder a AWR dat inmiddels een overtreding is geworden (art. 72 AWR): zie de conclusie van de A-G Spronken voor bovenstaand arrest onder 26. Tegen die overtreding is hechtenis of geldboete bedreigd, en dus geen (voorwaardelijke) gevangenisstraf, zoals het hof wel heeft opgelegd. Omdat hechtenis is toegelaten kan het hof ter zake van die overtreding op grond van art. 9 lid 2 Sr 'in plaats daarvan' ook taakstraf opleggen. I.c. is ook voor feit 1 taakstraf opgelegd, zij het kennelijk niet 'in plaats van' hechtenis. Alleen voor de feiten 4 en 5 is er voor de sanctietoepassing niets aan de hand.

3.

De Hoge Raad heeft het hof deze 'wijziging van wetgeving' ten aanzien van feit 2 (opvallend genoeg niet ten aanzien van feit 1) onder de aandacht gebracht bij zijn eerste arrest in deze zaak van 25 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:696. Daarin werd het arrest van het hof van 29 september 2012 ten aanzien van de strafoplegging vernietigd. Na cassatie heeft het hof op 8 september 2014 het thans in cassatie bestreden arrest gewezen. Daarin is de sanctiemodaliteit gehandhaafd: één straf voor de vier feiten, te weten een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf, in combinatie met een taakstraf. De duur van zowel de voorwaardelijke gevangenisstraf als van de taakstraf zijn verder verminderd. Uit de conclusie van de A-G voor bovenstaande beslissing blijkt, dat het hof er geen blijk van heeft gegeven hoe het eerdere arrest van de Hoge Raad is verwerkt. In het bijzonder blijkt niet waarom, gegeven dat arrest, het hof de thans opgelegde, in de sanctiemodaliteit van voorwaardelijke gevangenisstraf en taakstraf gehandhaafde straf, voor feit 2 (en feit 1) toch mogelijk heeft geacht. Of, in de woorden van de Hoge Raad, er blijkt niet dat het hof toepassing heeft gegeven aan het *lex mitior*-beginsel. De Hoge Raad casseert niet, maar niet omdat het hof het zo goed gedaan heeft.

4.

De aard en wijze waarop de Hoge Raad aan de rechter na (eerste) cassatie de wijze van verwerking van de aangeduide wetswijziging bij feit 2 meegaf, vraagt enige nadere aandacht. In het arrest definieert de Hoge Raad de wetswijziging als een wijziging in 'de regels van het sanctierecht ten gunste van de verdachte', waarmee het hof (slechts) in de sanctietoemeting rekening had moeten houden. De kwalificatie van het bewezenverklaarde kon volgens de Hoge Raad,

ondanks de wetswijziging, kennelijk in stand blijven. In zoverre kan, volgens de Hoge Raad, de oude, in het strafrecht afgeschafte strafbepaling worden toegepast. Uit de bestuurlijke sanctionering na de wetswijziging volgt in deze benadering dan immers dat de wetgever geen wijziging heeft gebracht in de strafwaardigheid van de gedraging. De overgang naar bestuurlijke sanctionering is dan de overgang naar een andere afdoeningsmodaliteit, niet een gewijzigd inzicht in de strafwaardigheid in de zin van slechts 'een binnen het strafrecht te berechten gedraging'. De overgang is dan, ondanks de afschaffing van de strafbepaling, geen 'verandering in de wetgeving' in de zin van art. 1 lid 2 Sr.

5.

Uitgaande van het uitgangspunt van de Hoge Raad rijst de in de conclusie van de A-G Spronken voor bovenstaand arrest onder 18 opgeworpen vraag wat het hof dan had moeten doen ten einde (slechts) het 'mildere sanctieregime' als de voor de verdachte gunstigere regeling bij feit 2 te verwerken. Het antwoord op de vraag is door Keijzer en Knigge verkend in de in de conclusie aangehaalde noot onder HR 25 oktober 2011, *NJ* 2012/79, gepubliceerd onder *NJ* 2012/80, respectievelijk in de conclusie voor HR 12 juli 2011, *NJ* 2012/78, m.nt. Keijzer. Uit de laatste alinea van r.o. 2.1. in bovenstaand arrest (en in feite reeds uit de bewoordingen van r.o. 2.8 uit *NJ* 2012/79) blijkt dat de Hoge Raad van de door Knigge aangedragen modaliteit uitgaat. Zie ook N/L/R, aant. 9 bij art. 1 Sr, suppl. 169 (oktober 2016). Die modaliteit komt er op neer dat, nu door de wetswijziging een mildere sanctie is voorzien, de strafsoort en -maat uit die nieuwe sanctiebepaling uit het bestuursstrafrecht uiteindelijk worden toegepast. Tot zodanige toepassing kan echter de strafrechter na een zodanige wetswijziging nog steeds overgaan. De zaak blijft dus bij de strafrechter, die de nieuwe strafsoort (i.c. uitsluitend geldboete) oplegt. Het maximum daarvan is niet de voorheen tegen het strafbare feit bedreigde boete, maar het maximum van de bestuurlijke boete uit de nieuwe regeling. Kennelijk is dit de aangewezen weg om te garanderen dat, nu de wetgever niet van een gewijzigd inzicht in de strafwaardigheid is uitgegaan, de verdachte ter zake van zijn gedragingen toch gestraft wordt. In zoverre verschilt de aanpak dan niet van de lijn in de jurisprudentie in geval de sanctienorm binnen het strafrecht zelf wordt gewijzigd, dus zonder 'overgang' naar een bestuurlijke boete (welk type wijziging zich i.c. bij feit 1 heeft voorgedaan; nog steeds strafrecht, maar geen misdrijf meer en dus geen gevangenisstraf mogelijk). Alleen kan, vanwege die overgang naar een andere sanctiemodaliteit, daarbij niet (bestendige jurisprudentie ter zake van) art. 1 lid 2 Sr worden toegepast, maar moet worden teruggegrepen op het meer algemene *lex mitior*-beginsel. In 'totaal' betekent dat in een situatie als in bovenstaande zaak voor feit 2, dat na een dergelijke wetswijziging de strafrechter de zaak afdoet en kwalificatie volgens de (oude) wettelijke bepaling geschiedt (op dit punt is er immers geen 'gewijzigd inzicht'; er is geen reden om — op dit punt — de nieuwe bepaling als voor de verdachte gunstiger toe te passen). De strafrechter legt ook de — na wetswijziging nog steeds in art. 9 Sr voorziene — strafsoort op. Dit echter binnen de grenzen van de strafmaat van de nieuwe bepaling, want die is op dit punt wel gunstiger voor de verdachte.

6.

Men kan over het eerste onderdeel van de benadering van de Hoge Raad ook anders denken. Omvat een wetswijziging waarin de sanctionering van een gedraging 'overgaat' van strafrechtelijke afdoening naar bestuursrechtelijke sanctionering niet meer dan alleen de vraag naar de strafwaardigheid? Het verschil in afdoening vertaalt zich ook in aspecten als de justitiële documentatie, het eventueel in het openbaar terecht moeten staan, e.d. Of dat normatief tot toepassing van uitsluitend het nieuwe recht moet leiden, is daarbij ook afhankelijk van de normatieve reikwijdte van het inhoudelijk nog wat onderontwikkelde *lex mitior*-beginsel. Wat daarvan zij: de door de Hoge Raad voorgestane aanpak is ook niet per se nodig. In feite is het recht tot verdere strafvervolgung van het OM voor feit 2 uit bovenstaande strafzaak binnen de klassieke strafrechtelijke procedure door de wetswijziging komen te vervallen. Als het OM op die grond niet-ontvankelijk wordt verklaard in de verdere strafvervolgung, doet die einduitspraak niet alleen recht aan de wetswijziging. Zij impliceert tegelijkertijd dat nog niet inhoudelijk over het feit is geoordeeld. Na zo'n uitspraak kan daardoor aan de gewezen verdachte vervolgens, als inhoudingsplichtige, door de bij de wetswijziging inmiddels aangewezen bestuurlijke autoriteit en binnen het nieuwe procedurele kader van de bestuurlijke boete, een sanctie (van de juiste soort en maat) worden opgelegd. In een zodanige constellatie is het belang van strafrechtelijke rechtshandhaving in brede zin door (voortzetting van de) bestraffing gegarandeerd. Dat een dergelijke zaak in de praktijk bij zodanige overheveling gemakkelijk tussen de wal en het schip van de bureaucratie kan verdwijnen, is een andere zaak en — om het eens in die termen te zeggen — geen rechtens te beschermen belang waarop de benadering van de Hoge Raad in normatief opzicht zou kunnen of moeten steunen.

7.

Aan deze exercitie komt de Hoge Raad in bovenstaande zaak echter niet toe; hij meent immers, zij het gemotiveerd, dat het cassatieberoep niet-ontvankelijk is. Zijn motivering in de laatste alinea van r.o. 2.1. zal voortkomen uit het feit dat de A-G concludeert tot ambtshalve vernietiging van de uitspraak. Daarmee trekt dit onderdeel niet alleen inhoudelijk, maar ook naar vorm enige aandacht.

8.

Voor wat betreft de inrichting: de bovenstaande beslissing is een voorbeeld van een zekere correctie op het gebruik van art. 80a RO in combinatie met het zeer terughoudende gebruik van de mogelijkheid tot ambtshalve cassatie. Aan de ene kant staat aan 'toepassing van art. 80a RO op zichzelf niet in de weg dat het Parket bij de Hoge Raad ambtshalve heeft geconcludeerd tot vernietiging', zo overweegt de Hoge Raad in zijn bijgesteld overzicht van de art. 80a RO-jurisprudentie in HR 14 juni 2016, NJ 2016/430, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen r.o. 2.2. onder f. Anderzijds kan zelfs de Hoge Raad in de summierië beschouwing van de zaak met betrekking tot de vraag of deze zich leent voor art. 80a RO-afdoening redenen vinden voor ambtshalve cassatie. Maar dat hoeft natuurlijk niet. Mede daarom is ook vanwege het parket bij de Hoge Raad naar voren gebracht dat in het gebruik van art. 80a RO gemakkelijk elke reactie van de Hoge Raad op een in de conclusie uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, leidend tot de slotsom dat ambtshalve zou moeten worden gecasseerd, geheel achterwege blijft. Dan blijft ook onduidelijk waarom de Hoge Raad aan een ambtshalve opgeworpen punt voorbij gaat. Is er geen gebrek? Of is het niet belangrijk genoeg? Dat is in voorkomende gevallen dan eerder een belemmering voor, dan een bijdrage aan de rechtsvorming en aan het op efficiënte wijze verkrijgen van een beslissing in zaken waarin een beslissing van de Hoge Raad nodig lijkt. Zie Vellinga in: 'Gehoord de Procureur-Generaal' (Fokkensbundel), p. 327-328. Het feit dat de Hoge Raad bovenstaande beslissing noemt in zijn overzichtsarrest van 14 juni 2016 duidt er op dat we met bovenstaande beslissing niet met een incident te maken hebben, maar dat de Hoge Raad de boodschap begrepen heeft. Voor — in elk geval de discussie over mogelijke gronden van — ambtshalve cassatie betekent dat een verruiming, ook al eindigt de zaak met niet-ontvankelijkheid op de voet van art. 80a RO. Voor 'partijen' is dat bevredigender.

9.

Daarmee is nog niet gezegd dat de inhoudelijke beslissing in bovenstaande zaak zo bevredigend is. De A-G concludeert zonder al te veel omwegen tot (ambtshalve) vernietiging omdat de strafmotivering niet in orde is en het lex mitior-beginsel niet of verkeerd is toegepast. Dat laatste blijkt ook uit het feit dat de Hoge Raad de stelling van de A-G vertaalt naar de stelling dat het hof 'voor de feiten onder 1 en 2 afzonderlijke straffen in de vorm van geldboetes had moeten opleggen'. Die stelling staat zo niet in de conclusie van de A-G. Men zou die ook zo kunnen lezen dat met de beslissing van het hof aan de verdachte een straf is opgelegd voor de feiten 1 en 2 die de wet voor die feiten niet (meer) toelaat, een klassieke grond voor ambtshalve cassatie. De weergave van de conclusie door de Hoge Raad lijkt ten aanzien van feit 1 in zoverre ook juridisch-inhoudelijk onjuist nu tegen dat feit nog steeds ook hechtenis bedreigd is en daarmee vervolgens ook een taakstraf mogelijk is, zij het alleen ter vervanging van die hechtenis. In elk geval heeft de A-G kennelijk weinig behoefte om veel woorden vuil te maken aan het antwoord op de vraag of de verdachte, gegeven de geconstateerde gebreken in het arrest van het hof en ondanks dat daarop in de cassatieschriftuur geen beroep is gedaan, voldoende belang heeft bij het cassatieberoep. Dat belang is, nu het de aan de verdachte opgelegde straf betreft, voor haar kennelijk evident. Zo niet voor de Hoge Raad. Hij gaat om drie redenen aan het cassatieberoep voorbij. Het hof heeft, blijkens de strafmotivering, wel 'gelet' op het mildere sanctieregime dat door de wetswijziging van toepassing is. De Hoge Raad let voorts op de straffen die i.c. 'ook' voor de misdrijven onder 4 en 5 ten laste zijn gelegd, zodat in elk geval voor de totale bewezenverklaring niet alleen straffen zijn opgelegd die de wet niet (meer) toelaat. Ten slotte let hij op het feit dat in het middel niet is geklaagd over dit punt van verkeerde sanctietoepassing bij de feiten 1 en 2. Ondanks het feit dat het op zichzelf te begrijpen is dat de Hoge Raad bij deze stand van zaken bovenstaande strafzaak niet nog een keer wil casseren, valt op elk van die argumenten naar zijn aard wel wat af te dingen. Het in verband met de wetswijziging belangrijkste: had een meer koninklijke weg met gelijke uitkomst niet voor de hand gelegen? Als de Hoge Raad duidelijk had gemaakt dat de strafrechter na de wetswijziging voor feit 2 alleen nog een geldboete had kunnen opleggen, was het dan te vermetel geweest om te beslissen dat het hof (dat de wetswijziging onder ogen heeft gezien, maar geen geldboete heeft opgelegd) in elk geval voor feit 2 kennelijk van het opleggen van (die) straf heeft afgezien en dus kennelijk art. 9a Sr heeft toegepast, met verwerping van het cassatieberoep voor het overige? Bespaart toepassing van art. 80a RO i.c. werkelijk zoveel werklast dat dit het wat onbevredigende gevoel dat de aanpak van de Hoge Raad achterlaat, kan rechtvaardigen? Is die aanpak niet te zeer ingegeven door het feit dat er in cassatie niet over het gebrek wordt geklaagd en wellicht ook een zekere ergernis bij de Hoge Raad dat een dergelijke strafzaak hem bereikt? Het lijkt er toch op dat het hof ten onrechte of te gemakkelijk aan een relevante wetswijziging voorbij is gegaan, welke nota bene in de eerdere cassatiebeslissing nadrukkelijk onder de aandacht was gebracht. Daardoor is in elk geval voor feit 2 een straf opgelegd die de wet niet (meer) toelaat. Het blijft de vraag of vervolgens in cassatie aan een dergelijk gebrek voorbij kan worden gegaan op de gronden die de Hoge Raad in r.o. 2.2. noemt. Tegelijkertijd is het wel de vraag of de Hoge Raad ook zo afhoudend had gereageerd als de verdachte inmiddels niet reeds van de in eerste instantie opgelegde en kennelijk niet-disproportionele onvoorwaardelijke vrijheidsstraf was 'vrijgesteld' wegens de al eerder opgetreden overschrijding van de redelijke termijn.

Voetnoten

[1.]

In het arrest zelf staat in de kop kennelijk abusievelijk 21 augustus 2012, maar op p. 38 van het arrest staat als datum van uitspraak 26 september 2012.

[3.]

HR 17 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2578, *NJ* 2008/358, m.nt. P.A.M. Mevis, rov. 3.9: "Opmerking verdient dat in cassatie niet met vrucht kan worden geklaagd over de overschrijding van de redelijke termijn als gevolg van het tijdsverloop vòòr de bestreden uitspraak:a. Wanneer de zaak in laatste feitelijke aanleg in tegenwoordigheid van de verdachte en/of diens raadsman is behandeld en ter terechtzitting een dergelijk verweer niet is gevoerd, [...]"

[4.]

HR 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3092, *NJ* 2015/136, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen, rov. 2.3.

[5.]

Conclusie van 28 januari 2014, ECLI:NL:PHR:2014:203, punt 14 t/m 21.

[[17]]

Stb. 2007, 527.

[[18]]

Vgl. de conclusie van AG Hofstee bij HR 11 oktober 2011, *LJN* BQ8193, *NJ* 2012/79, waarnaar de Hoge Raad in zoverre heeft verwezen.

[[19]]

Stb. 2012, 669.

[6.]

Per 1 januari 2015 is het boetemaximum verhoogd tot € 1.319 (*Stcrt.* 2014, 36639)

[[20]]

Thans kent de vierde categorie ingevolge art. 23, vierde lid, *Sr* overigens een maximum van € 20.250.

[7.]

HR 25 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8193, *NJ* 2012/79, m.nt. N Keijzer gepubliceerd onder *NJ* 2012/80.

[8.]

EHRM 17 september 2009, nr. 10249/03, *Scoppola tegen Italië*, *EHRC* 2009/123 m. nt. Spronken en Peristeridou, § 109.

[9.]

Kamerstukken II 2003/04, 29531, 3, p. 8. Aanvankelijk wilde de wetgever slechts enkele bepalingen uit de CSV laten vervallen. Later is besloten de gehele CSV in te trekken en de resterende relevante bepalingen onder te brengen in andere wetten.