

Bestraffende sancties in de Awb

L.J.J. Rogier*

I Inleiding

Bij de behandeling van het wetsvoorstel vierde tranche Awb in de Eerste Kamer waren enkele kamerleden van mening 'dat de bestuurlijke boeteregeling, de bestuurlijke punitieve sanctie, zich bijna onopgemerkt als een olievlek in ons rechtsbestel verspreidt en zich daarin nestelt met het gevaar het privaatrecht en het strafrecht te overschaduwten ten detrimente van de rechtsbescherming van de burger'.¹ Deze parlementariërs vergaten dat de strafrechtelijke boete oorspronkelijk van bestuurlijke aard was en dat ze, afgezien van de fiscale boete, aanvankelijk geheel naar het strafrecht is overgeheveld. Pas in de loop van de negentiger jaren van de vorige eeuw zijn er weer verscheidene boetebevoegdheden in het bestuursrecht opgenomen. In die zin is er dus niets nieuws onder de zon.²

Dat neemt niet weg dat de bestuurlijke boete een straf is in de zin van het EVRM die maakt dat het hier gaat om een bijzondere soort bestuursrecht, om 'bestuursstrafrecht'.³ En eigenlijk is de berechting van strafbare feiten ingevolge artikel 113 van de Grondwet opgedragen aan de rechterlijke macht.⁴ De bestuurlijke boete is derhalve in strijd met de Grondwet. Dat probleem is nog steeds niet opgelost, maar ik laat het hier verder terzijde.

Hierna ga ik in op de vraag hoe de bestuurlijke boete in de Awb is terecht gekomen, in het bijzonder hoe ze daarin is afgebakend van het strafrecht. Andere mogelijk punitieve bestuurlijke sancties, zoals de intrekking van een begunstigende beschikking, blijven buiten beschouwing.⁵

* Prof. mr. L.J.J. Rogier is hoogleraar bestuursrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 EK 2007-2008, 29 702, B, p. 10.

2 Aldus F.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling*, Preadvies voor de Vereniging voor administratief recht, VAR-reeks 114, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1995, p. 86.

3 Zie voor de betekenis van deze term A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, 'Bestuursstrafrecht', in: H. de Doelder en L.J.J. Rogier (red.) *Bestuursstrafrecht*, SI-EUR reeks nr. 3, Sanders Instituut/ Gouda Quint Arnhem 1994, p. 21-59 en A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. EUR) SI-EUR, Sanders Instituut/ Goud Quint, Arnhem 1998, p. 105-136.

4 Zie daarover o.a. P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht* (oratie EUR), Gouda Quint 1998, p. 29-33 en L.J.J. Rogier, *Straffend bestuur* (oratie EUR), Gouda Quint 2001.

5 Zie daarover o.a. B.J. van der Griend, *Het oogmerk als ijkpunt. Bestuurlijke sancties in bestuursrechtspraak en wetgevingsadvisering*, Raad van State, Den Haag 2003 en C.L.G.F.H. Albers, 'De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie', *NTB* 2009, p. 173-184.

Ik richt mij op de redenen die zijn aangevoerd voor de algemene regeling van de bestuurlijke boete in de Awb en op de materiële en processuele afbakening van de bestuurlijke boete ten opzichte van het strafrecht. De materiële aspecten van afbakening betreffen het begrip 'overtreding' en de criteria die bepalen welke gevallen voor bestuurlijke beboeting in aanmerking komen. Ook de definitie van 'overtreder' is bepalend voor de afbakening, omdat daarmee wordt bepaald wiens gedragingen onder de Awb vallen (het daderschap). De processuele afbakening wordt bepaald door het zogenaamde una via-beginsel, dat aangeeft op welk moment een van beide wegen, de strafrechtelijke of de bestuursrechtelijke, is afgesloten.

Het proces van invoering van de bestuurlijke boete in de Awb is door mij ingedeeld in vier fasen. De eerste fase heeft betrekking op de periode tot 1999 voorafgaande aan het voorontwerp vierde tranche. De tweede fase heeft betrekking op het voorontwerp vierde tranche. De derde fase ziet op het wetsvoorstel vierde tranche dat in 2004 aan de Tweede Kamer is voorgelegd. En de laatste fase begint toen de vierde tranche op 1 juli 2009 in het staatsblad verscheen. Ik sluit af met enkele conclusies.

2 De periode voorafgaande aan het voorontwerp vierde tranche

Reeds bij de invoering van de derde tranche Awb, die onder meer voorzag in een algemene regeling van wat toen nog gewoon bestuursdwang en dwangsom heette, leeft de vraag of een algemene regeling voor de bestuurlijke boete in de Awb moet worden opgenomen.

2.1 Algemene regeling in de Awb

In maart 1993 vraagt de toenmalige minister van Justitie, Hirsch Ballin, de Commissie Scheltema, die belast is met de voorbereiding van de regelgeving voor de Awb, aandacht voor de uitbouw van het bestuurlijke sanctierecht in de Awb met de bestuurlijke boete. In het verleden lag in de bestuursrechtelijke wetgeving het accent vooral op reparatoire sancties en waren punitieve sancties primair een taak voor het strafrecht. Het kabinet is van oordeel dat het bestuur in alle gevallen over de mogelijkheid dient te beschikken om zelf een punitieve sanctie op te leggen, indien strafrechtelijk optreden niet is aangewezen. De minister vraagt de commissie een algemene regeling voor een bestuurlijke boete in hoofdstuk 5 Awb te ontwerpen om een aantal vragen die zich nu bij afzonderlijke boeteregelingen voordoen niet telkens opnieuw, maar in één keer te beantwoorden. Een tweede reden voor een algemene regeling in de Awb is volgens de minister het vraagstuk van samenloop tussen bestuurlijke sancties onderling en tussen bestuurlijke en strafsancities, dat zich steeds meer opdringt.⁶

In mei 1993 vraagt dezelfde minister de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten (CTW) advies uit te brengen over de wenselijkheid en mogelijk-

⁶ E.M.H. Hirsch Ballin e.a., *Aantrekkelijke gedachten*, De Algemene wet bestuursrecht, congres over de Algemene wet bestuursrecht, Vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde, RU Groningen, 1993, p. 17. Zie ook TK 1994-1995, 23 700, nr. 8 antwoorden 6.9 en 6.14.

heid om op grotere schaal dan tot dan toe de bestuurlijke boete in te zetten naast of in plaats van de gebruikelijke strafrechtelijke handhaving en om aanbevelingen te doen over de wijze waarop een en ander wettelijk zou moeten worden vormgegeven.

In haar in januari 1994 uitgebrachte rapport benadrukt de CTW, dat ontlasting van het strafrechtelijk apparaat niet de enige of voornaamste reden is om te zoeken naar mogelijkheden voor een ruimere toepassing van bestuursrechtelijke handhaving in het algemeen en de bestuurlijke boete in het bijzonder. Voorop staat ook bij haar de gedachte van de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving.

De CTW stelt verder dat zij niet de intentie heeft om algemene regels voor de bestuurlijke boete op te stellen, omdat het voornemen om een algemene regeling op te nemen in de Awb al bestaat. Toch meent de commissie dat, gelet op de waarborgen voor degene aan wie de boete wordt opgelegd, aan regeling van een aantal onderwerpen reeds behoefte bestaat. Zij stelt twee concepten voor een boeteregeling op. Haar voorkeur gaat uit naar een model waarin de strafrechtelijke weg in beginsel is geblokkeerd, terwijl de hoogte van de boete per geval in een bijlage bij de wet is gefixeerd (model A). In het andere model (model B) legt de wet, net zoals in het strafrecht, slechts de hoogte van de op te leggen boete vast. Hier blijft naast de bestuurlijke boete strafrechtelijke vervolging mogelijk, zij het dat beide sancties niet tegelijkertijd mogen worden opgelegd.⁷

In februari 1994 bespreekt Michiels in zijn oratie 'De boete in opmars?'⁸ de wenselijkheid van het op grote schaal invoeren van de bestuurlijke boete. Hij bepleit daarbij terughoudendheid. In een later geschrift licht hij dat als volgt toe: 'De boete is een scherp wapen. Behoedzaam gebruik door de wetgever en bestuur is gewenst. Waar het risico aanzienlijk is dat die behoedzaamheid niet kan worden gegarandeerd, kan dat scherpe wapen beter niet worden gegeven. Het zou ongewild gaten in de was veroorzaken.'⁹ In zijn oratie besteedt Michiels ook aandacht aan de belangrijkste elementen van een boeteregeling die deels in de Awb, deels in de bijzondere wetten een plaats moeten krijgen. Hij concludeert dat als de bestuurlijke boete in vele wetten wordt ingevoerd er snel een algemene regeling moet komen in de Awb, waarin in elk geval de procedure bij oplegging en invordering en de bestemming van de ingevorderde bedragen zou moeten worden geregeld.¹⁰ Bij de behandeling van de derde tranche van de Awb in de Tweede Kamer in 1996 onderschrijft de toenmalige minister van Justitie Sorgdrager nog eens de noodzaak van de bestuurlijke boete naast of in de plaats van strafrechtelijke sancties. Er was volgens haar dringende behoefte aan algemene wetgeving op dat gebied en zij zou daarmee dan ook zo snel mogelijk komen.¹¹

7 Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, *Handhaving door Bestuurlijke Boeten*, Den Haag 12 januari 1994, Ministerie van Justitie.

8 F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?* (oratie VU) W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994.

9 F.C.M.A. Michiels, 'Het handhavingstekort en de bestuurlijke boete', in: H. de Doelder, M.E. Meijer en D. Otto, *De bestuurlijke boete in perspectief*, SI-EUR-reeks nr. 20, Sanders Instituut/ Gouda Quint Arnhem 1999, p. 63-75.

10 Michiels a.w. p. 43.

11 Bijl. Hand. TK 31 januari 1996, p. 49-3651, 3652, en 3670.

Hartmann en Van Russen Groen opteren in het gezamenlijk deel van hun dissertaties in 1998 voor een zelfstandige wettelijke regeling van de bestuurlijke boete in een Wet Bestuursstrafrecht. De voorbereiding, oplegging en tenuitvoerlegging van de sanctiebeschikking wordt daarin als gevolg van het bestraffende karakter van de bestuursstrafrechtelijke sanctie op een specifieke wijze genormeerd. De Awb zal volgens hen door het opnemen van een regeling van bestuursstrafrechtelijke sancties aan zijn doelstellingen en functie voorbijgaan.¹² Hartmann schrijft elders dat hij van mening is dat vooral de materiële aspecten, zoals de strafuitsluitingsgronden van de voorziening van groot belang zijn. De rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn volgens hem dan ook het beste gediend bij een aparte wettelijke regeling.¹³

2.2 Criteria voor afbakening

Verschillende schrijvers noemen voor de invoering van bestuurlijke boeten ter afbakening van het strafrecht vergelijkbare criteria. Bij de invoering van de Wet Mulder, de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV) pleit De Doelder reeds voor criteria als ook andere strafbare feiten worden overgebracht naar het bestuursrecht: overtredingen moeten makkelijk opgespoord kunnen worden en in aanmerking komen voor vaste tarieven; de omstandigheden waaronder het feit is gepleegd moeten van minder belang zijn; registratie om recidive te bepalen moet onnodig zijn; duidelijke wetgeving is gewenst met weinig vragen; de overtredingen moeten ook weinig papier vragen en van dwangmiddelen moet geen sprake hoeven te zijn.¹⁴ Bos vindt dat de bestuurlijke boete slechts de voorkeur heeft wanneer bij die wijze van afdoening niet evenveel of meer juridische (en praktische) belemmeringen worden ondervonden dan bij de strafrechtelijke.¹⁵

Volgens Michiels lenen zich voor afdoening met een bestuurlijke boete gevallen waarin de bestaande sancties ontoereikend of inadequaat zijn. Het gaat dan om bepaalde categorieën eenmalige overtredingen, overtredingen met onomkeerbare gevolgen, zoals lozingen van schadelijke stoffen, de eerste overtreding in een (potentiële) reeks, waartegen niet met een dwangsom kan worden opgetreden en om overtredingen waartegen optreden met een reparatoire sanctie bezwaarlijk is, zoals – soms – het afbreken van bouwwerken. Uit een oogpunt van doelmatigheid valt er veel voor de boete te zeggen als voor de handhaving een hoge mate van specialistische kennis is vereist. Verder is decriminalisering volgens hem een goede zaak bij overtredingen die geen strafrechtelijk stigma verdienen. Bestuurlijk punitief optreden is volgens Michiels minder geschikt in situaties waarin

12 A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen a.w. p. 128-133.

13 Zie ook A.R. Hartmann, 'De wettelijke regeling van de bestuurlijke boete naar vorm en inhoud', in: H. de Doelder, M.E. Meijer en D. Otto (red.), *De bestuurlijke boete in perspectief*, SI-EUR-reeks, nr. 20, Sanders Instituut/ Gouda Quint 1999, p. 39-62.

14 H. de Doelder, 'Van Strafrecht naar bestuursrecht', in: H. de Doelder e.a. (red.), *De Wet Mulder in perspectief*, Arnhem 1990, p. 89-92.

15 J.T.K. Bos, *De bestuurlijke boete, raakvlakken van bestuurs- en strafrecht*, Preadvies Vereniging voor administratief recht (VAR) 1995, Handhaving van het bestuursrecht, VAR-reeks 114, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1995, p. 134.

bestuursorgaan en overtreder in een voortdurende en inhoudsvolle relatie tot elkaar staan.¹⁶

Richtinggevend voor later zijn de criteria die de CTW opstelt. De commissie wijst er op dat de strafrechtelijke procedure door de waarborgen waarmee zij is omkleed, relatief zwaar, tijdrovend en kostbaar is. Uit een oogpunt van een doelmatige inzet van de beschikbare middelen dient gezocht te worden naar vormen van handhaving, die meer in overeenstemming zijn met de aard en ernst van de overtredingen waarom het in veel bestuursrechtelijke wetgeving gaat. Bestuurwetten komen in aanmerking voor bestuurlijke beboeting wanneer aan de volgende criteria is voldaan:

- a. de wettelijke norm heeft een geringe normatieve lading;
- b. de overtreding van de wettelijke norm pleegt in de regel geen letsel aan personen of schade aan goederen te veroorzaken;
- c. de wettelijke norm is zodanig duidelijk in de wet of in de nadere regelgeving omschreven dat in de praktijk gemakkelijk kan worden vastgesteld dat een overtreding heeft plaatsgevonden;
- d. de ambtenaar of dienst die belast is met de handhaving beschikt over voldoende expertise om aan die handhaving adequaat gestalte te geven; en
- e. voor de handhaving van de norm zijn geen vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangmiddelen nodig.

Daarnaast kunnen naar de mening van de CTW nog enige aanvullende criteria een rol spelen, zoals dat de overtreding zich leent voor vaste afdoeningstarieven.¹⁷

2.3 Daderschap

Over wie in de Awb als overtreder moet worden aangemerkt om een bestuurlijke boete of andere sanctie op te leggen en of in vergelijking met het strafrecht afwijkingen nodig zijn met betrekking tot het leerstuk van het daderschap wordt in deze fase nog niet gesproken, al zijn er in de bestuursrechtelijke jurisprudentie al wel ontwikkelingen waar te nemen met betrekking tot het functionele daderschap.¹⁸

Uit de jurisprudentie is inmiddels ook duidelijk dat de bijzondere wetgever in beginsel zelf kan bepalen dat bepaalde boeten kunnen worden opgelegd aan centrale of decentrale overheden die beboetbare feiten plegen, ook als zij dat doen in de uitoefening van een exclusieve overheidstaak.¹⁹ Maar zelfs bij lichte overtredingen kan men volgens Michiels het strafrecht dan niet altijd geheel aan de kant zetten, alleen al omdat bij diverse regelingen ook het bestuur overtreder kan zijn en dus moet kunnen worden gecontroleerd en zo nodig bestraft.²⁰

16 Michiels, oratie p. 29-30.

17 CTW a.w. hoofdstuk 5.

18 Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 juni 1998, AB 1999, 44.

19 Zie HR 3 maart 1998 (RAwb 1998, nr. 142 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen) over een geval waarin de staat als kentekenhouders van een defensievoertuig werd beboet.

20 Michiels, oratie p. 42.

2.4 Una via

Michiels is van mening dat per regeling en per soort overtreding moet worden gezien of de boete een nuttige en verantwoorde aanvulling van het bestuurlijke sanctiepakket kan zijn in plaats van of naast de strafrechtelijke boete.²¹

De CTW stelt met het oog op het hiervoor genoemde model B, waarin naast de bestuurlijke boete strafrechtelijke sanctionering mogelijk blijft en het aan het bestuur is overgelaten om een keuze te maken tussen een van beide stelsels een zogenaamde 'una via (één weg)-regeling' voor. Als voor een overtreding aan iemand reeds een strafrechtelijke sanctie is opgelegd, kan hem voor dezelfde overtreding niet ook nog eens een bestuurlijke boete worden opgelegd en omgekeerd.

De keuze voor een van beide wegen dient op enig moment definitief te zijn. Het kan niet zo zijn dat als de ene weg uiteindelijk niet tot het opleggen van een sanctie leidt de overheid het dan nog eens lang een andere weg kan proberen, aldus de CTW. De regel luidt als volgt:

'De bevoegdheid tot het opleggen van een boete vervalt indien van de overtreding op grond waarvan de boete kan worden opgelegd, tegen de overtreding een strafvervolgning is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting een aanvang heeft genomen, dan wel het recht tot strafvervolgning is vervallen ingevolge artikel 74 van het Wetboek van Strafrecht of artikel 37 van de Wet op de Economische delicten.'²²

Omdat de bestuurlijke boetebevoegdheid in model B was beperkt tot overtredingen die zijn opgenomen in de Wet op de economische delicten (WED) wordt alleen voor deze wet een spiegelbeeldige una via-bepaling voorgesteld:

'Het recht tot strafvervolgning op de voet van deze wet vervalt indien op grond van enige andere wet reeds een bestuurlijke boete is opgelegd.'²³

De regering erkent in haar reactie op het CTW-rapport dat model A het voordeel van de eenvoud heeft, maar zij acht model B een bruikbaar alternatief. Het zou bijvoorbeeld van dienst kunnen zijn indien behoefte bestaat om rekening te houden met omstandigheden van het concrete geval, zoals recidive, de ernst van het feit, het berokkende nadeel of behaalde voordeel.²⁴

3 Voorontwerp vierde tranche

Ondanks de toezegging van minister Sorgdrager duurt het nog drie jaar voordat er een voorontwerp voor een vierde tranche Awb, waarin een algemene regeling voor de bestuurlijke boete is opgenomen, het licht ziet.

21 Michiels, oratie p. 43.

22 Art. 14 lid 3, Model B, CTW-rapport p. 95.

23 Art. II Model B: wijziging artikel 5, lid 2 WED.

24 TK 1993/94, 23 400 VI, nr. 48.

3.1 Algemene regeling in de Awb

Eerst in 1999 is naar de mening van de Commissie Scheltema voldoende ervaring opgedaan met de reeds ingevoerde bijzondere boeteregelingen om een algemene regeling voor de Awb te kunnen ontwerpen.²⁵

Volgens Albers toont de Commissie Scheltema zich met name vanwege pragmatische redenen een voorstander van sanctionering met bestuurlijke boeten. Zij betoont zich geen voorstander van het opnemen van de bestuurlijke boete in de Awb. Het bestuursprocesrecht is daarop volgens haar onvoldoende toegesneden. Evenals Hartmann en Van Russen Groen is zij van mening dat voor de oplegging van punitieve bestuursrechtelijke sancties een aparte wettelijke regeling zou moeten worden getroffen.²⁶

De regering gaat intussen met voortvarendheid door met voorstellen tot invoering van de bestuurlijke boete in bijzondere bestuurswetten. Zij acht het aannemelijk dat de bestuurlijke boete in een grote behoefte voorziet en verwacht dat het niveau van naleving bij de toepassing daarvan daadwerkelijk baat heeft.²⁷ Daarmee raakt de principiële discussie over het nut en de noodzaak van de bestuurlijke boete steeds meer op de achtergrond en spitst de vraag naar de bestuurlijke boete zich toe op de noodzaak van een algemene regeling.

3.2 Criteria voor afbakening

Welke gedragingen voor bestuurlijke sanctionering in aanmerking komen wordt overgelaten aan de bijzondere bestuurswetgever. Het voorontwerp beperkt zich tot de regel dat 'een bestuurlijke sanctie slechts wordt opgelegd wegens een gedraging die in strijd is met hetgeen voorafgaand aan de gedraging bij of krachtens wettelijk voorschrift is bepaald'.²⁸ Over de vraag hoe het begrip 'gedraging' moet worden opgevat is de toelichting betrekkelijk summier. Aangegeven wordt dat een ruime invulling wordt voorgestaan, zodat daaronder zowel een nalaten als het laten voortbestaan van een verboden toestand vallen.²⁹ Er bestaat volgens de Commissie Scheltema geen behoefte aan een algemene regeling in de Awb voor onvoltooide delicten. Ook in het strafrecht is poging tot overtreding niet strafbaar. En aan het opleggen van bestuurlijke boeten bij voorbereidingshandelingen bestaat helemaal geen behoefte. De mogelijkheden van het bestuursrecht zijn in dit opzicht bewust beperkt gehouden. In deze beperkingen ligt volgens de commissie tevens een aanwijzing aan de bijzondere wetgever besloten.³⁰

25 Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, Sdu Uitgevers, Den Haag 1999, p. 29.

26 C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten, Balanceren op een magische lijn?* (diss. UM), Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht, Sdu Den Haag, 2002, p. 153 en 413-414 en 446.

27 TK 1999-2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 8-9.

28 Voorontwerp art. 5.0.4 lid 2.

29 Voorontwerp p. 105.

30 Voorontwerp p. 100.

Naar de opvatting van Corstens zou een bestuurlijke boeteregeling beperkt moeten blijven tot eenvoudige gevallen van wetsovertredingen van geringe ernst die veel voorkomen en waarin de norm helder is.³¹

Ter beantwoording van de vraag aan welke criteria gedragingen moeten voldoen die voor bestuurlijke beboeting in aanmerking komen benadrukt de Commissie Scheltema dat de bestuurlijke boete vooral bedoeld is voor relatief eenvoudige delicten. De commissie verwijst verder naar de CTW en naar de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke rechtshandhaving (Commissie Michiels). De laatste commissie benadrukt dat in de praktijk juist een combinatie van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke middelen de beste kans op resultaat biedt.³² Volgens Albers is het opvallend dat de geringe ernst door de Commissie Scheltema niet als een criterium van bijzondere waarde lijkt te worden genoemd. De ernst komt pas aan bod na opsomming van een aantal criteria die voornamelijk pragmatisch van aard zijn.³³

In 2001 wijs ik er op dat de geringe ernst van de overtreding niet wordt bepaald door de hoogte van de boete, gelet op de enorme bedragen die op grond van o.a. de Mededingingswet kunnen worden opgelegd. Ik bepleit dat de strafbevoegdheid van het bestuur vooral verband houdt met de doelen die het bestuur nastreeft. Voor een bestuurlijke straffende sanctie dient volgens mij geen plaats te zijn als deze niets toevoegt aan de doeleinden die ook met een herstellende sanctie kunnen worden bereikt.³⁴

3.3 Daderschap

Het voorontwerp kent een beperkter daderschap dan het strafrecht. Slechts de overtreder kan worden beboet. Overtreder is degene die de overtreding pleegt of medepleegt.³⁵ Doen plegen en uitlokking zijn uitgesloten en evenals bij overtredingen in het strafrecht is ook medeplichtigheid uitgesloten. 'Doen plegen' wordt overigens voor een groot deel opgevangen door het leerstuk van het functionele daderschap. Aan de figuur van medeplegen kan volgens de Commissie Scheltema wel behoefte bestaan. Dit kan in een bestuursrechtelijke context bijvoorbeeld van belang zijn als een groep werknemers gezamenlijk een machine gebruikt op een wijze die onnodig gevaarlijk is voor derden.³⁶

De VAR-werkgroep Vierde tranche Awb acht echter onduidelijk in hoeverre bij medeplegen, zoals in de strafrechtelijke doctrine is aangenomen, opzet ten aanzien van het deelnemen is vereist. In een strafrechtelijke context dient bij medeplegen namelijk veelal sprake te zijn van 'dubbel opzet' (opzet op de eigenlijke beboetbare gedraging en opzet op de gedraging van het medeplegen).³⁷ Knigge wijst er in dit

31 G.J.M. Corstens, 'Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb', *NJB* 2000, afl. 24, p. 233-238.

32 Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke rechtshandhaving, *Handhaven op niveau*, Deventer 1998.

33 Albers a.w. p. 153.

34 Rogier, oratie 2001, p. 12-14 en 18.

35 Art. 5.0.1 lid 2.

36 Voorontwerp p. 107.

37 VAR-werkgroep Vierde tranche Awb, *De Vierde tranche Awb, Commentaar en vraagpunten*, Boom Juridische uitgever, Den Haag 2000, p. 36.

verband op dat door het ontbreken van uitlokking en medeplichtigheid de druk om het medeplegen in het bestuursrecht functioneel (dat wil zeggen: ruim) uit te leggen zou kunnen toenemen.³⁸

Het voorontwerp voorziet in een aparte regeling voor rechtspersonen: 'Indien een overtreding is gepleegd door een rechtspersoon, wordt onder overtreder mede verstaan degene die tot de overtreding opdracht heeft gegeven of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven.'³⁹ Dit artikel bakent strikt genomen niet het aantal of soort gedragingen dat onder het bestuursstrafrecht valt af van het strafrecht, maar regelt alleen de 'bestuursstrafbaarstelling' van natuurlijke personen die namens een rechtspersoon handelen naar analogie van artikel 51 WvSr. Knigge wijst er op dat hier wordt afgeweken van artikel 51 WvSr, dat gebaseerd is op een onderscheid tussen *daderschap* van de rechtspersoon en *aansprakelijkheid* van de opdrachtgever of de feitelijk leidinggever.⁴⁰ De VAR-werkgroep vindt dat onvoldoende duidelijk is in hoeverre dit leerstuk ook op strafrechtelijke wijze wordt ingevuld. 'Waarom wordt hier niet het derde lid van artikel 51 WvSr van overeenkomstige toepassing verklaard?'⁴¹

Wat publiekrechtelijke rechtspersonen betreft zou volgens de Commissie Scheltema aansluiting moeten worden gezocht bij de strafrechtelijke 'Pikmeer-jurisprudentie', waaruit blijkt dat sanctieoplegging aan decentrale overheidslichamen in beginsel mogelijk is, tenzij de gedraging werd verricht ter uitvoering van een exclusieve overheidstaak.⁴² De daarvoor ingestelde Commissie Roelvink spreekt zich overigens uit voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van zelfstandige onderdelen van de staat, ongeacht of er sprake is van een exclusieve overheidstaak.⁴³ Al met al heeft het bestuursstrafrecht op basis van deze voorstellen derhalve betrekking op een beperktere groep daders en daarmee op minder gedragingen dan het strafrecht, met uitzondering wellicht van overheidsrechtspersonen.

3.4 Una via

Het voorontwerp bevat ook een una via-regeling voor de Awb, die vergelijkbaar is met de hiervoor genoemde door de CTW voorgestelde regeling.⁴⁴ Een spiegelbeeldige bepaling wordt voorgesteld voor de strafwet in de vorm van een tweede lid in artikel 243 WvSv, waarin aan het opleggen van een bestuurlijke boete dan wel een 'kennisgeving van niet-beboeting' door het bestuur hetzelfde rechtsgevolg wordt toegekend als aan een kennisgeving van niet verdere vervolging door de officier van justitie.

Deze bepalingen zijn vrijwel gelijklopend aan wat er reeds in bijzondere wetgeving is te vinden. Maar aan het voorgestelde Awb-artikel zijn twee leden toegevoegd. Het gaat om regels waaruit blijkt dat afstemming door het bestuur met het

38 G. Knigge, 'De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', *RM Themis*, 2000/3, p. 83-96.

39 Art. 5.0.1 lid 3.

40 T.a.p., p. 94.

41 T.a.p., p. 36.

42 Voorontwerp p. 109.

43 Commissie Roelvink, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, Den Haag 2002.

44 Voorontwerp art. 5.4.2.1.

openbaar ministerie is geboden en die tot dan toe slechts in lagere regelgeving, richtlijnen of convenanten waren te vinden. Het tweede lid voorziet in een informatieplicht voor het bestuur aan het OM. En het derde lid geeft een voorrang-regeling voor het openbaar ministerie. Maar voor de inhoudelijke afbakening met het strafrecht zijn deze nieuwe bepalingen niet van belang.

De VAR-werkgroep vraagt zich af of bij de toepassing van de una via-regeling naar de puur feitelijke gedraging moet worden gekeken of dat 'gedraging' hier moet worden geïnterpreteerd in het licht van de strekking van de geschonden voorschriften. In het eerste geval beschermt de bepaling ook het dubbel beboeten van een gedraging die in de termen van meerdere wettelijke bepalingen met verschillende strekking is te vatten.⁴⁵ Ik wijs in dat verband bovendien op wat ik heb genoemd 'model C', waarbij gedragingen die zowel strafrechtelijk strafbaar zijn gesteld als bestuursrechtelijk beboetbaar, ook nog eens onder de bepalingen van het commune strafrecht kunnen vallen.⁴⁶ Wanneer van de feitelijke gedraging wordt uitgegaan heeft een una via-regeling immers een ruime strekking.

4 Wetsvoorstel vierde tranche

Na enkele vergeefse eerdere aankondigingen verschijnt op 22 juli 2004 dan eindelijk het wetsvoorstel Vierde tranche Awb.⁴⁷ Het is gebaseerd op het voorontwerp, maar het wijkt daarvan op onderdelen ook af.

4.1 Algemene regeling in de Awb

De regering benadrukt dat het wetsvoorstel de bestuurlijke handhaving codificeert en systematiseert. Daardoor wordt het voor bestuursorganen eenvoudiger om bestuurlijke handhavingsinstrumenten in te zetten. Het is aannemelijk dat dit bijdraagt aan het terugdringen van het handhavingstekort, maar een dergelijk effect laat zich volgens haar niet goed op voorhand kwantificeren.⁴⁸ Kennelijk acht de regering het pleit voor de bestuurlijke boete nu wel gewonnen.

Merkwaardigerwijs lopen er parallel aan dit wetgevingstraject ook nog enkele andere boetetrajecten, waardoor er mogelijk meerdere systemen naast elkaar kunnen gaan ontstaan. Mevis wijst daarop in een artikel in *Ars Aequi* met de treffende titel 'De bestuurlijke boete in Absurdistan'.⁴⁹ Naast het bestaande gewone strafrecht, de WAHV en de gefiscaliseerde parkeerboete ('naheffing') zijn de zogenaamde OM-afdoening en specifiek voor gemeentebesturen de bestuurlijke boete bij 'kleine ergernissen' en de bestuurlijke boete bij fout parkeren, in ontwikkeling.⁵⁰ De

45 T.a.p. p. 41.

46 L.J.J. Rogier, 'Una via', in: L.J.J. Rogier (red.), *Commentaren op het voorontwerp algemene wet bestuursrecht Vierde tranche*, SI-EUR-reeks nr. 22, Sanders Instituut/ Gouda Quint Arnhem 2000.

47 TK 2003/04, 29 702.

48 TK 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 28.

49 P.A.M. Mevis, 'De bestuurlijke boete in Absurdistan', AA 54 (2006), nr. 7/8, p. 580-587.

50 Zie over de laatste twee wetsvoorstellen A.R. Hartmann, 'De gemeente als gebruiker van het strafrecht', in: A.R. Hartmann en G.J. Kelsen, *Gemeenten en/in strafrecht*, Reeks Juridische Kwaliteitszorg Lokaal Bestuur, Sdu, Den Haag 2008.

voorlaatste twee voorstellen zijn inmiddels tot wet verheven.⁵¹ Het laatste voorstel heeft het niet gehaald in de Eerste Kamer.

De regering benadrukt echter dat de bestuurlijke boete zoals die in de Awb zal worden opgenomen haar eigen plek in het sanctiestelsel zal behouden.⁵² Ze onderschrijft niet het pleidooi van Knigge en anderen om de algemene regeling van de bestuurlijke boete in de Awb meer te laten aansluiten bij algemene leerstukken van strafrecht. De regering is van mening dat de betreffende bepalingen in het WvSr vooral zijn gericht tot de rechter, terwijl de bepalingen inzake de bestuurlijke boete zich vooral tot het bestuur moeten richten. Bovendien is de bestuurlijke boete vooral bedoeld voor relatief eenvoudige feiten. Daarop is het WvSr volgens haar niet of onvoldoende toegeschreven.

De regering is ook geen voorstander van een aparte Wet op het Bestuursstrafrecht. Bestuurlijke boetes maken deel uit van het bestuursrecht, zij het dat gelet op het bestraffende karakter daarvan een aantal bijzondere regels nodig is. Voor zover daaraan behoefte bestaat, is regeling in de Awb passend. Een aparte Wet Bestuursstrafrecht zou het recht maar onoverzichtelijk maken.⁵³

4.2 Criteria voor afbakening

De regels voor 'gedragingen' zijn identiek aan die in het voorontwerp. Maar ten aanzien van de criteria die een rol spelen bij de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving is de memorie van toelichting uitvoeriger dan het voorontwerp. De toelichting sluit wel aan bij de vijf reeds door de CTW genoemde en door de Commissie Scheltema aangehaalde criteria, maar laat er daarvan – overigens zonder nadere toelichting – één vallen: de duidelijkheid van de norm. De andere vier (normatieve lading; schade aan personen of goederen; specialistische deskundigheid en ingrijpende dwangmiddelen) komen in andere bewoordingen terug. Vooropgesteld is dat, voor zover voor een adequate handhaving vrijheidsstraffen nodig zijn, uitsluitend het strafrecht in aanmerking komt. Dat vloeit rechtstreeks uit de Grondwet voort.⁵⁴ De toelichting voegt vier nieuwe, vooral pragmatische, criteria toe: de verwachting dat in de meeste gevallen geen beroep bij de rechter zal worden ingesteld; de verwachting dat (toch) veelvuldig strafrechtelijke middelen zullen moeten worden ingezet (bijvoorbeeld het opmaken van een proces-verbaal wegens het niet opvolgen van een ambtelijk bevel); de onwenselijkheid van plaatselijke verschillen; en de eis van specifieke uitleg van een algemeen leerstuk op een van beide rechtsgebieden (zoals bij internationale rechtshulp in het strafrecht).

Deze criteria geven de bijzondere wetgever en het bestuur aanknopingspunten om binnen een bepaald rechtsgebied en in een bepaald geval een weloverwogen keuze te kunnen maken voor strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke handhaving of

51 *Stb.* 2006, 330 en 2008, 44. De wet 'kleine ergernissen' (officieel: Bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte) is zo veel mogelijk aangepast aan de Vierde tranche.

52 *EK* 2007/08, 29 702, C, p. 23.

53 *TK* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 124-127 en *TK* 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 22.

54 Art. 113, derde lid Grondwet.

een combinatie van beide, aldus de regering.⁵⁵ Het zijn derhalve ook aanwijzingen voor de toepassing van het *una via-beginsel*.

Later brengt de regering een nota uit over de uitgangspunten bij de keuze tussen het bestuursrecht en het strafrecht, waarin wordt getracht op basis van vele van de hiervoor genoemde criteria tot een eenduidiger beleid te komen. De regering zet uiteen dat voor de keuze tussen beide sanctiestelsels bepalend is het onderscheid tussen de zogenaamde 'besloten context' en de 'open context'. In de besloten context is het uitgangspunt dat de verantwoordelijkheid voor de handhaving is gelegd bij het betrokken bestuursorgaan dat met de uitvoering van de wet is belast. Van een besloten context is sprake als een gespecialiseerd bestuursorgaan met de uitvoering van specifieke wetten is belast en uit dien hoofde heeft te maken met een afgebakende doelgroep, waarbij tussen dat orgaan en de doelgroep verbanden zijn ten behoeve van de uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen. Een open context kenmerkt zich door de toepasselijkheid van regels op een ieder, ongeacht de uitoefening van bepaalde activiteiten en ongeacht de hoedanigheid van burgerschap of bedrijf. In een open context is strafrechtelijke handhaving het uitgangspunt.⁵⁶ De nota is veel genuanceerder dan hier wordt aangegeven, maar ik merk op dat op basis van deze uitgangspunten veel vaker door de wetgever gekozen kan en had kunnen worden voor model A.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer wijst minister Hirsch Ballin er bovendien op 'dat er sprake moet zijn van een doordachte *complementariteit* van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving'. Dat woord zal daarna nog vaak terugkeren in de parlementaire stukken. Het gaat dus niet meer alleen om een keuze tussen beide sanctiestelsels maar (ook) om de aanvulling en ondersteuning van het ene stelsel door het andere.⁵⁷ In de Awb zelf vindt dit alles geen neerslag.

4.3 Daderschap

Het wetsvoorstel volgt het voorontwerp in de omschrijving van de overtreder. Dat is ook hier degene die de overtreding pleegt of medepleegt.⁵⁸ De regering neemt daarvoor de overwegingen van de Commissie Scheltema grotendeels over. Ten aanzien van het 'medeplegen' voegt ze daar aan toe dat, net als in het strafrecht,⁵⁹ in het bestuursrecht personen, die geen adreessaat zijn van de geschonden norm omdat de daarvoor noodzakelijke kwaliteit ontbreekt (bijvoorbeeld die van vergunninghouder) als medepleger en dus als overtreder worden aangeduid, als zij een handeling verrichten waarmee een deel van de delictomschrijving wordt vervuld, mits de geadresseerde ook deelneemt aan de overtreding.

55 TK 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 29.

56 Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel, 31 oktober 2008, EK 2008/09, 31 700 VI, D.

57 Bijl. Hand. TK 6 juni 2007, p. 77-4068.

58 Art. 5.0.1 lid 2.

59 MvT p. 79.

De bepaling over de rechtspersoon wijkt af van die in het voorontwerp. Het wetsvoorstel bepaalt aanvankelijk dat artikel 51 WvSr van overeenkomstige toepassing is, maar in het voorstel aan de Eerste Kamer staat slechts dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. In de Nota van wijziging van de Aanpassingswet Vierde tranche is dat weer veranderd in de thans vigerende tekst waarbij het tweede en derde lid van artikel 51 WvSr van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Daardoor kunnen bestuurlijke sancties net als strafrechtelijke sancties worden opgelegd aan entiteiten die zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelnemen, maar geen natuurlijke persoon, noch rechtspersoon zijn, zoals een maatschap of vennootschap onder firma. Voorts kunnen, net zoals in het strafrecht, bestuurlijke sancties worden opgelegd aan degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven, dan wel aan hen samen.⁶⁰

Over de strafbaarheid van overheidsrechtspersonen wordt nauwelijks meer gerept. Onder verwijzing naar het rapport van de Commissie Roelvink merkt de regering op dat de aansprakelijkheid van onderdelen van de staat in het bijzonder zou kunnen spelen met betrekking tot het milieu en arbeidsomstandigheden. Op het terrein van ordeningswetgeving worden al op ruime schaal bestuurlijke boeten toegepast.⁶¹

Minister Hirsch Ballin laat de Tweede Kamer weten dat de rechtsontwikkeling op dat punt verder aan de rechter wordt overgelaten.⁶²

4.4 Una via

De una via-regeling in het wetsvoorstel is ook vrijwel identiek aan die in het voorontwerp.⁶³ Aan het eerste lid onder b van het desbetreffende concept-artikel is toegevoegd dat ook wanneer in fiscale boetezaken een transactie is aangegaan geen bestuurlijke boete wordt opgelegd voor dezelfde gedraging. Aan het derde lid is toegevoegd dat bij gedragingen die door het bestuur aan de officier van justitie moeten worden voorgelegd, niet alleen als de officier van justitie de verdachte heeft meegedeeld van vervolging af te zien, maar ook als van een transactie is afgezien, de bevoegdheid van het bestuur om een boete op te leggen herleeft. Naar mijn mening blijft het echter merkwaardig dat een mededeling van het bestuur aan de overtreder dat geen bestuurlijke boete wordt opgelegd de officier van justitie verhindert te vervolgen, terwijl een mededeling van de officier van justitie aan het bestuur dat hij van vervolging afziet, het bestuur niet verhindert alsnog een boete op te leggen.⁶⁴ De regering ziet daar echter geen probleem in, omdat de medede-

60 TK 2007/08, 31 124, nr. 8, p. 19.

61 MvT p. 82.

62 Bijl. Handelingen TK 6 juni 2007, p. 77-4070. Op 27 april 2006 is overigens een *Initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en andere wetten in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen* bij de Tweede Kamer ingediend (TK 2005/06, 30 538), dat bij het schrijven van deze tekst nog steeds bij de Tweede Kamer in behandeling was.

63 Art. 5.4.1.5 en de aanvulling van art. 243 WvSv met een tweede lid.

64 Zie verder ook A.R. Hartmann en L.J.J. Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel vierde tranche Awb', *NJB* 2004, afl. 46, p. 1877-1882.

ling van de officier aan het bestuur is gericht en niet aan de overtreder.⁶⁵ Maar de regeling is ook verder bepaald niet volmaakt. Niet in het artikel staat bijvoorbeeld dat de mededeling van het bestuur dat geen bestuurlijke boete wordt opgelegd het gerechtshof niet kan verhinderen met toepassing van artikel 12i WvSv alsnog tot vervolging te bevelen.⁶⁶

5 De wet

Op 25 juni 2009 wordt de Vierde tranche Awb vastgesteld en op 1 juli 2009 worden deze wet en de Aanpassingswet Awb van kracht.⁶⁷

5.1 Algemene regeling in de Awb

Na het van kracht worden van deze wetten verstommen de principiële discussies over de keuze tussen het strafrecht en het bestuursrecht. De gemeenten, die harts-tochtelijk hebben gepleit voor een eigen bestuurlijke boetebevoegdheid, kiezen uit financiële overwegingen in groten getale voor de OM-afdoening. En de praktijk in de bijzondere delen van het bestuursrecht gaat voort op de paden die zijn gebaad door de aan de vierde tranche voorafgaande en inmiddels aan de Awb aangepaste wetgeving. In die aanpassingswetgeving is in een aantal gevallen bewust afgeweken van de vierde tranche. Veelal zijn daar valide argumenten voor aangedragen, maar soms lijkt afwijking toch minder goed verdedigbaar.⁶⁸ Het is nog te vroeg om conclusies te trekken, maar grotere problemen dan voorheen lijken zich daardoor bij de afbakening tussen de bestuurlijke boete en het strafrecht vooralsnog niet voor te doen.

5.2 Criteria voor afbakening

De keuze van onderwerpen die voor bestuurlijke beboeting in aanmerking komen en de keuze voor model A of model B wordt aan de bijzondere wetgever overgelaten. Als leidraad voor die keuze dient vooral de nota die de regering op 31 oktober aan de Eerste Kamer heeft gezonden. Tegelijk wordt de nadruk steeds meer gelegd op de vraag waar strafrecht en bestuursrecht elkaar kunnen aanvullen en versterken: de complementariteit. De Awb blijft daarbij als zodanig buiten beeld.

De Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte wijkt op belangrijke punten af van de algemene regeling in de Awb. Maar de wet blijkt voor de praktijk een doodgeboren kindje.

De WAHV, die deels als voorbeeld heeft gediend voor de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte en die ook op belangrijke punten afwijkt van het boetestelsel van de Awb, wordt, zo kondigde de minister van Justitie bij de behan-

65 TK 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 50.

66 Art. 5.4.1.8 (5:47) ziet slechts op gevallen waarin door het bestuur een boete is opgelegd en het gerechtshof tot vervolging beveelt.

67 *Stb.* 2009, 264, 265 en 266.

68 Zie Sandra van Heukelom-Verhage en Martijn Scheltema, 'Aanpassingswetgeving bij de vierde tranche; eenheidsstreven bereikt?', *NJB* 2008, p. 1636-1642.

deling van de vierde tranche in de Tweede Kamer al aan, op den duur geïntegreerd in het systeem van de OM-afdoening. Maar ten tijde van de behandeling van de wet in de Eerste Kamer is daar vanwege het complexe invoeringstraject van de OM-afdoening voorlopig nog geen sprake van.⁶⁹

De OM-afdoening is afgebakend van de Awb, want deze heet blijkens het opschrift van Titel IVa WvSv 'Vervolging door een strafbeschikking' en de hoofdstukken 2 tot en met 8 en 10 van de Awb zijn niet van toepassing bij vervolging.⁷⁰ Ik blijf dat merkwaardig vinden, want het OM is een bestuursorgaan en 'beschikking' is een bij uitstek bestuursrechtelijk begrip. Maar daarmee wil ik niet zeggen dat de Awb automatisch op de OM-afdoening van toepassing zou moeten zijn.

5.3 Daderschap

Het in vergelijking met de strafwet beperkte daderschapsbegrip in hoofdstuk 5 Awb (plegen en medeplegen) maakt dat ingevolge de Awb minder 'daders' voor dezelfde gedraging kunnen worden beboet dan krachtens de strafwet kunnen worden gestraft. Onder de Awb kunnen alleen de pleger en de medepleger worden beboet. Wanneer model B van toepassing is kunnen voor dezelfde gedraging onder het strafrecht behalve de pleger en medepleger, ook degene die doet plegen, de uitlokker en – wanneer het om een misdrijf gaat – de medeplichtige worden bestraft. De Awb neemt dus maar een deel van de strafrechtelijke daders en hun gedragingen voor haar rekening, al zal dat gelet op de kwantiteit van de gedragingen waar het om gaat, het overgrote deel zijn.

Met het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 51 WvSr in de Awb is de bestuurlijke sanctionering van de functionele dader en de feitelijk leidinggevende van de rechtspersoon mogelijk geworden op dezelfde manier als in het strafrecht. Of de sanctionering van overheidsrechtspersonen op dezelfde manier mogelijk is als in het strafrecht wordt – zoals hiervoor is aangegeven – aan de jurisprudentie overgelaten.⁷¹

5.4 Una via

De una via-bepaling in de Awb beoogt dubbele bestraffing via het strafrecht en via het bestuursrecht te voorkomen. Ze heeft blijkens de huidige redactie ook betrekking op de strafbeschikking.⁷²

Maar de bepaling roept – zoals we hiervoor al zagen – de nodige vragen op. De rechter heeft inmiddels al een gat moeten repareren. Over een voorwaardelijk sepot zweeg en zwijgt de huidige regeling namelijk, net zoals haar voorgangers in de bijzondere wetgeving. De Centrale Raad van Beroep overwoog in een geval

69 Bijl. Hand. TK 6 juni 2007, p. 77-4088 en EK 2007/08, 29 702, C, p. 23.

70 Artikel 1:6, aanhef en onder a Awb.

71 Zie over dit onderwerp recent: A.P.W. Duijkersloot en A.R. Hartmann, *De Aangesproken Staat: verantwoordelijkheid en immuniteit van de overheid*, preadvies voor de Staatsrechtconferentie, Utrecht 2009.

72 In het vigerende art. 5:44 Awb is de strafrechtelijke transactie namelijk vervangen door de strafbeschikking.

waarin nog een bijzondere una via-regeling van kracht was, dat zowel bij de transactie (thans de strafbeschikking) als bij het voorwaardelijk sepot door de officier van justitie voorwaarden worden opgelegd die bij niet-nakoming ervan kunnen leiden tot verdere vervolging. Daarmee heeft een strafrechtelijke interventie plaatsgevonden, waarna naar het oordeel van de Raad voor het bestuursorgaan geen vrijheid meer bestaat om via de bestuursrechtelijke weg een boete op te leggen. De Raad komt tot de conclusie dat het voorwaardelijk sepot zodanig vergelijkbaar is met de transactie (thans strafbeschikking) dat het voorwaardelijk sepot voor de toepassing van het una via-beginsel gelijk moet worden gesteld.⁷³

6 Conclusies

Bijna tien jaar na het voorontwerp van de Commissie Scheltema is een algemene regeling voor de bestuurlijke boete opgenomen in de Awb. In de eerste discussies daarover werd ook het nut en de noodzaak van de bestuurlijke boete in het algemeen besproken. Inmiddels is de bestuurlijke boete al in zo veel wetten opgenomen dat deze vraag niet meer aan de orde is. Zij zal haar eigen plaats in het sanctiestelsel naast het strafrecht wel behouden.

De keuze voor de bestuurlijke boete wordt per bijzondere wet aan de wetgever overgelaten. Aanvankelijk lag het accent bij die keuze vooral op de ernst van de overtreding en op de normatieve lading van de bepaling die werd overtreden. Tegenwoordig moet volgens de regering als uitgangspunt voor die keuze de 'besloten' (bestuursrecht) of 'open' context (strafrecht) van de rechtsbetrekking tussen de burger en de overheid dienen. Tegelijk wordt steeds meer nadruk gelegd op de complementariteit van strafrecht en bestuursrecht.

Het daderschap is in de Awb beperkter dan in het strafrecht. Overtreder is alleen de pleger en medepleger. Daardoor kunnen ingevolge de Awb minder daders voor dezelfde gedraging worden beboet dan krachtens het strafrecht kunnen worden bestraft. Maar dat lijkt bij een ruime uitleg van het functionele daderschap geen probleem. Het functionele daderschap en de strafbaarheid van rechtspersonen is identiek aan het strafrecht. Of ook de beboeting van overheidsrechtspersonen op dezelfde manier mogelijk is als in het strafrecht wordt aan de jurisprudentie overgelaten.

De Awb laat ook de keuze tussen alleen bestuurlijke bestraffing (model A) of het mogelijk laten zijn van zowel bestuurlijke bestraffing als strafrechtelijke vervolging (model B) aan de bijzondere wetgever over. Voor het geval waarin beide wegen open staan, bevat de Awb een una via-bepaling op grond waarvan de bestuurlijke weg op enig moment is afgesloten als het strafrecht toepassing vindt. In de strafwet is een spiegelbeeldige bepaling opgenomen op grond waarvan de strafrechtelijke weg is afgesloten als de bestuursrechtelijke weg is gevolgd. De regeling is bepaald niet volmaakt en de rechter heeft inmiddels al een gat moeten dichten. In de praktijk zal het succes van de regeling echter vooral afhangen van de bereidheid tot samenwerking tussen het bestuur en het openbaar ministerie. Alsdan is de bestuurlijke boete geen gevaar voor het strafrecht, maar vullen bestuursrecht en strafrecht elkaar aan.

⁷³ CRvB 8 juli 2007, AB 2009, 379 m.nt. H.E. Bröring.