

De conflictoplossende rol van bestuursorganen in het bestuursstrafrecht

Author(s)

van der Vorm, Benny; Mein, Arnt

Publication date

2021

Document Version

Author accepted manuscript (AAM)

Published in

Conflictoplossing: het domein van rechters?

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van der Vorm, B., & Mein, A. (2021). De conflictoplossende rol van bestuursorganen in het bestuursstrafrecht. In M. Dubbelaar, L. Glas, A. Terlouw, & M. ter Voert (Eds.), *Conflictoplossing: het domein van rechters?: Een vergelijkende studie naar rechterlijke en alternatieve conflictoplossing in verschillende rechtsgebieden* (pp. 255-278). Wolters Kluwer.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please contact the library: <https://www.amsterdamuas.com/library/contact/questions>, or send a letter to: University Library (Library of the University of Amsterdam and Amsterdam University of Applied Sciences), Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

11 De conflictoplossende rol van bestuursorganen in het bestuursstrafrecht

*Benny van der Vorm en Arnt Mein**

1 INLEIDING

Het bestuursrecht heeft een stevige plaats verworven in het handhavingsrecht. Een belangrijk kenmerk van dit (punitieve) bestuursrecht is dat de afdoening van overtredingen in eerste instantie buitengerechtelijk plaatsvindt, namelijk door bestuursorganen en niet door bestuursrechters. Vaak wordt in dit verband gesproken van bestuursstrafrecht. De term 'bestuursstrafrecht' is sterk verbonden met 'Rotterdam'. Het zijn met name L.J.J. Rogier en A.R. Hartmann geweest die dit specifieke rechtsgebied hebben geduid en nader vorm hebben gegeven.¹ Van origine werd dit rechtsgebied opgevat als een gebied dat zich bevond tussen het bestuurs- en strafrecht en derhalve een zelfstandig rechtsgebied was. Waar dit rechtsgebied eerst uitsluitend betrekking had op bestuurlijke bestraffende sancties, met als bestuurlijke boete het belangrijkste voorbeeld, zien wij een ontwikkeling waarin het bestuursstrafrecht thans ruimer wordt opgevat en ook bestuurlijke herstelsancties eronder worden geschaard.² Naar onze mening is het bestuursstrafrecht door deze ontwikkeling tamelijk diffuus geworden. Wij zullen ons in deze bijdrage uitsluitend richten op de oplegging van de bestuurlijke boete.

In het bestuursstrafrecht zijn verschillende conflictoplossers betrokken: (zelfstandige) bestuursorganen, officieren van justitie³, bestuursrechters en strafrechters. In deze bijdrage zullen wij ons concentreren op de

* Mr. dr. drs. B. van der Vorm is universitair docent straf(proces)recht aan de Universiteit Utrecht. Mr. dr. A.G. Mein is lector *Legal Management* en aan de Hogeschool van Amsterdam.

¹ Zie bijvoorbeeld L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992; L.J.J. Rogier, *Straffend bestuur* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 2001; A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law* (oratie Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2011.

² Vgl. A.R. Hartmann & H.J.B. Sackers, 'Rubriek Bestuursstrafrecht', *Delikt en Delikwent* 2020, afl. 4, p. 22.

³ Het Openbaar Ministerie is aan te merken als een gedeconcentreerd bestuursorgaan, zie: L.J.J. Rogier, 'Het OM als bestuursorgaan', in: E. Bleichrodt e.a. (red.), *Onbegrensd strafrecht* (Liber amicorum Hans de Doelder), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 349-359.

conflictoplossende rol van bestuursorganen in het bestuursstrafrecht. Bij de conflictoplossende rol van bestuursorganen in het bestuursstrafrecht denken wij meteen aan de toepassing van de bestuurlijke boete. Immers, in het financieel-economische bestuursrecht is een belangrijke rol weggelegd voor de bestuurlijke boeten. De introductie van de bestuurlijke boete begin jaren negentig van de vorige eeuw heeft in het (financieel-economisch) bestuursrecht een omvangrijke praktijk doen ontstaan van buitengerechtelijke afdoening. Deze bestuurlijke boete is een bestraffende sanctie, die sterke gelijkenis vertoont met de strafrechtelijke geldboete. Het is het bestuursorgaan dat deze sanctie kan opleggen, waarna de overtreder het sanctiebesluit kan aanvechten bij de bestuursrechter. De bestuurlijke boete heeft een sterke opmars doorgemaakt en is tegenwoordig niet meer weg te denken in de publiekrechtelijke rechtshandhaving. Wij zullen, gelet op de omvang van de deelstudies, de toepassing van de bestuurlijke boete bespreken voornamelijk in het licht van het financieel-economische bestuursstrafrecht, waarbij de oplegging van deze boete door de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) en De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) centraal staat.

In deze bijdrage wordt de conflictoplossende rol van bestuursorganen in het bestuursstrafrecht, meer in het bijzonder het financieel toezichtrecht, nader onderzocht. De nadruk zal liggen op bestuursorganen, omdat zij in eerste instantie de sanctie opleggen. De rol van de bestuursrechter komt eveneens ter sprake. Om het landschap van het bestuursstrafrecht in kaart te brengen, is het noodzakelijk om in hoofdlijnen de belangrijkste conflictoplossers te bespreken, namelijk de AFM en DNB. Daarnaast dient eveneens in het kort de ontwikkeling van het bestuursstrafrecht te worden besproken en de positie en rol van bestuursrechter daarbinnen, waarbij een vergelijking wordt gemaakt met de traditionele positie en rol van de strafrechter.

Deze bijdrage vangt aan met de klassieke positie en rol van de strafrechter ten aanzien van de oplegging van geldboete, omdat de geldboete – in materieel opzicht – een sterke gelijkenis vertoont met de bestuurlijke geldboete (paragraaf 2). De volgende paragraaf handelt over de conflictoplossende rol van bestuursorganen in het bestuursstrafrecht. In deze paragraaf komen vragen aan de orde, zoals welke bestuursorganen kunnen worden onderscheiden, welke instrumenten staan deze bestuursorganen ter beschikking, hoe vaak wordt gebruik gemaakt van deze instrumenten en in welke zaken en hoe kan het toenemende gebruik van deze instrumenten door die bestuursorganen worden verklaard? (paragraaf 3). De ontwikkeling van de positie en rol van de bestuursrechter in het bestuursstrafrecht komt in de volgende paragraaf aan bod (paragraaf 4), waarna vervolgens in kaart wordt gebracht welke kennis beschikbaar is over de wijze waarop de conflictoplossers in het bestuursstrafrecht te werk gaan

en hoe die werkwijze wordt gewaardeerd door wetenschappers en juridische professionals (paragraaf 5). Er wordt geëindigd met afsluitende opmerkingen (paragraaf 6).

2 DE KLASSIEKE POSITIE EN ROL VAN DE STRAFRECHTER TEN AANZIEN VAN DE OPLEGGING VAN DE GELDBOETE

Om de conflictoplossende rol van de bestuursorganen beter te begrijpen wordt eerst ingegaan op de traditionele positie en rol van de strafrechter in het financieel-economisch strafrecht. Het financieel-economisch strafrecht laat zich als rechtsgebied niet eenduidig definiëren. In zijn oratie staat Nelemans een ruime opvatting van de term 'financieel strafrecht' voor, waarbij dit rechtsgebied kan worden beschouwd als een verstrengeling van financieel recht, strafrecht en bestuursrecht. Het financiële recht wordt hoofdzakelijk bestreken door de Wft, voor het strafrecht zijn de WED, het WvSv en het WvSr van belang en voor het punitieve bestuursrecht is men aangewezen op de Awb, aldus Nelemans.⁴ Er zijn echter ook auteurs die een meer enge benadering van het financieel-economische strafrecht hanteren, waarbij dit rechtsgebied beperkt wordt tot de WED en de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering. Omwille van de overzichtelijkheid wordt in deze paragraaf uitgegaan van deze enge opvatting, omdat de klassieke rol van de *strafrechter* in het financieel-economische strafrecht centraal staat. Ten aanzien van de reactie op financieel-economische criminaliteit werd ook wel het begrip 'bestuursstrafrecht' gebruikt. Dit wordt door Hartmann en Van Russen Groen aangeduid als "het van het strafrecht en het bestuursrecht te onderscheiden deel van het recht waarin publiekrechtelijke bestuursorganen, zonder tussenkomst van de betrokkene of een onafhankelijke rechter, sancties met een bestraffend karakter kunnen opleggen."⁵ Bestraffende sancties in het bestuursstrafrecht worden niet door de (straf)rechter opgelegd, maar door bestuursorganen. Direct moet worden vermeld dat de omschreven definitie van Hartmann en Van Russen Groen over bestuursstrafrecht voor discussie vatbaar is. De oplegging van de bestuurlijke boete door een bestuursorgaan is bestuursrecht, waarvoor Titel 5 van de Awb geldt. Er is sprake van een bijzondere vorm van bestuursrecht, namelijk bestraffend bestuursrecht. Tegenwoordig wordt de term 'bestuursstrafrecht' echter nog steeds veel gebruikt, maar niet in de bedoelde definitie van genoemde auteurs. Zo worden onder dit – minder gangbare – rechtsgebied ook de oplegging van de bestuurlijke

⁴ M. Nelemans, *Verantwoord financieel strafrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: PrismaPrint Tilburg University 2015, p. 21-22.

⁵ A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 73-74.

herstelsancties geschaard, terwijl deze met bestraffing niets te maken hebben.⁶ Het tegenwoordige begrip ‘bestuursstrafrecht’ is dus tamelijk diffuus.

Wat hiervan ook moge zijn, wat is nu de klassieke positie en de rol van de strafrechter als conflict-oplosser in het financieel-economische strafrecht? Deze positie van de strafrechter is niet wezenlijk anders dan in zaken die betrekking hebben op het commune strafrecht. Zaken worden in de regel voorgelegd aan de strafrechter, indien het Openbaar Ministerie besluit om tot vervolging over te gaan, waarbij moet worden aangetekend dat het in het financieel-economische strafrecht helemaal niet evident is dat een strafrechtelijke vervolging plaatsvindt. Men denke aan de schikkingen tussen het Openbaar Ministerie en multinationals, zoals bijvoorbeeld de witwasaffaire waarbij de ING was betrokken en een schikking werd gesloten voor maar liefst 775 miljoen euro.⁷ In de gevallen waarin wel tot vervolging wordt overgegaan, zal de strafrechter zich dienen te buigen over de vragen die zijn neergelegd in de art. 348 en 350 Sv. In de zaak met de ING Bank kan het Openbaar Ministerie overigens niet met succes alsnog een vervolging instellen, omdat de aangegeve schikking een vervolgingsbeletsel oplevert, hetgeen zou leiden tot de niet-ontvankelijkheidsverklaring van het Openbaar Ministerie.

In het financieel-economische strafrecht kan de strafrechter, net zoals in het commune strafrecht, geconfronteerd worden met verschillende kwesties, zoals bijvoorbeeld de vraag naar de rechtmatigheid van ingezette opsporingsbevoegdheden en de oplegging van (economische) sancties.⁸ Nu vooral de handhaving centraal staat, zal de aandacht uitgaan naar de oplegging van (economische) sancties door de strafrechter, in het bijzonder de geldboete. Hoewel in het financieel-economische strafrecht gevangenisstraffen en taakstraffen kunnen worden opgelegd, is de geldboete naar haar aard de meest voorkomende straf.⁹ Het hoofddoel van deze

⁶ Zo bespreken Hartmann en Sackers in hun rubriek ‘Bestuursstrafrecht’ ook altijd niet-punitieve bestuurlijke sancties of maatregelen. Zie: Hartmann & Sackers 2020, p. 296-299.

⁷ Desalniettemin wordt oud-topman Hamers alsnog strafrechtelijk vervolgd. ‘Oud-ING-topman Hamers alsnog vervolgd voor witwasaffaire: wat is er veranderd?’, *De Volkskrant* 9 december 2020. Vgl. E. Sikkema & W.S. de Zanger, ‘Rechterlijke toetsing van hoge transacties en ontnemingsschikkingen’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2019, afl. 1, p. 48-51.

⁸ Deze kwestie is ook relevant ten aanzien van de samenloop tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. Zie: J.H. Crijns, ‘Vervolging en berechting’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom 2019, p. 609-659.

⁹ J.M.W. Lindeman, ‘Sancties’, in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom 2019, p. 527.

sanctie is vergelding, samen met generale en speciale preventie.¹⁰ De oplegging van de strafrechtelijke geldboete is mogelijk voor natuurlijke personen en rechtspersonen. Uit art. 23, tweede lid, Sr, blijkt dat de geldboete ten minste € 3 is en het zevende lid van deze bepaling geeft aan dat “bij veroordeling van een rechtspersoon kan, indien de voor het feit bepaalde boetecategorie geen passende bestraffing toelaat, een geldboete worden opgelegd tot ten hoogste het bedrag van de naast hogere categorie. Indien voor het feit een geldboete van de zesde categorie kan worden opgelegd en die boetecategorie geen passende bestraffing toelaat, kan een geldboete worden opgelegd tot ten hoogste tien procent van de jaaromzet van de rechtspersoon in het boekjaar voorafgaande aan de uitspraak of strafbeschikking.” De strafrechter kijkt bij de oplegging van een geldboete ook altijd naar de delictsevenredigheid (ernst van het feit) en de draagkracht van de verdachte, zo schrijft art. 24 Sr voor. Het draagkrachtbeginsel zal met name een rol spelen bij de natuurlijke personen en minder bij rechtspersonen.

Een parallel met de bestuurlijke boete is snel gelegd. De bestuurlijke boete is een bestuurlijke bestraffende sanctie met hetzelfde strafdoel als de strafrechtelijke geldboete. Omwille van doelmatigheidsredenen heeft de bestuurlijke boete een enorme vlucht genomen en is deze de strafrechtelijke geldboete op een gegeven moment voorbij geschoten.¹¹ Afstemmingsproblemen tussen bestuurlijke boete en de strafrechtelijke geldboete zijn echter evident aanwezig.¹² In het navolgende zal de opkomst van de bestuurlijke boete nader worden besproken.

3 DE ALTERNATIEVE CONFLICTOPLOSSING IN HET BESTUURSSTRAFRECHT

In het ordeningsrecht, in het bijzonder het financieel toezichtrecht, heeft zich sinds de eeuwwisseling een ingrijpende verschuiving voorgedaan van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving, door de introductie van de bestuurlijke boete. Hierdoor is de buitengerechtelijke afdoening van overtredingen van deze regelgeving voorop komen te staan en

¹⁰ Empirisch onderzoek laat evenwel zien dat niet al te veel moet worden verwacht van de afschrikkende werking van geldboetes. Zie: C.G. van Wingerde, *De afschrikking voorbij. Een empirische studie naar afschrikking, generale preventie en regelnaleving in de Nederlandse afovalbranche* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012.

¹¹ Indien gekozen wordt voor een stelsel met een bestuurlijke boete, dan moet in beginsel steeds worden aangesloten aan de boetemaxima van art. 23 Sr. Worden hogere boetes wenselijk geacht, dan moet die keuze op objectieve factoren berusten.

¹² A.G. Mein & B. van der Vorm, ‘Het Nader rapport bestuurlijke boetestelsels: een stap terug in duidelijkheid?’, *Justitiële Verkenningen* 2018, afl. 4, p. 37-48.

hebben de financiële toezichthouders zich ontwikkeld tot alternatieve conflictoplossers. De rechter is naar het tweede plan verschoven.

3.1 De introductie van de bestuurlijke boete als alternatief sanctie-instrument¹³

De katalysator voor deze ontwikkeling was de introductie van de bestuurlijke boete in het financiële bestuursrecht.¹⁴ In dat kader werd de bevoegdheid een boete op te leggen toegekend aan de financieel toezichthouders, te weten de AFM en DNB. Deze bevoegdheid was in dit domein traditioneel voorbehouden aan de strafrechter.¹⁵

De bestuurlijke boete is sinds de jaren negentig van de vorige eeuw doorgedrongen tot vrijwel alle terreinen van het bestuursrecht.¹⁶ De introductie van de bestuurlijke boete was destijds het antwoord op het zogenoemde handhavingstekort ten aanzien van de sociaaleconomische ordeningswetgeving. Tegen overtredingen van dit type regelgeving zou onvoldoende worden opgetreden. Het handhavingstekort werd in de toenmalige beleidsstukken als een groot probleem gezien.¹⁷ Het zou afbreuk doen aan het gezag van de overheid en de nalevingsbereidheid van burgers en bedrijven.

Bij de invoering van de bestuurlijke boete speelden drie beleidsmatige overwegingen een rol. Om te beginnen werd de inzet van het strafrecht, als oorspronkelijke handhavingstrategie, gaandeweg als minder passend gezien. Strafrechtelijke handhaving was immers arbeidsintensief, tijdrovend en kostbaar. Terwijl het bij de handhaving van het sociaaleconomische ordeningsrecht veelal ging om veelvoorkomende en relatief lichte overtredingen. Het idee was dan ook dat het strafrecht gereserveerd zou moeten blijven voor ernstige normschendingen: de *ultimum remedium*.

¹³ Deze paragraaf is mede gebaseerd op hoofdstuk 1-3 van A.G. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom 2015.

¹⁴ Wet tot invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving, *Stb.* 1999, 509. Het boetestelsel voor de financiële wetgeving is in de loop der tijd wel ingrijpend gewijzigd (*Stb.* 2009, 327).

¹⁵ Hoofdzakelijk via de Wet op de Economische Delicten.

¹⁶ De teller staat inmiddels op circa 150 afzonderlijke bestuurlijke boetebevoegdheden. Vgl. E.G. van 't Zand e.a., Bestuurlijke boetes en de Verklaring Omtrent het Gedrag. Een onderzoek naar de realiseerbaarheid en wenselijkheid van het betrekken van bestuurlijke boetes bij de VOG-screening aan de hand van een casestudy naar handhaving en integriteit in de financiële sector, Den Haag: Boom 2020, p. 48.

¹⁷ Onder meer in de nota Recht in beweging: *Kamerstukken II*, 1989/90, 21829, nr. 2. Zie ook: WRR (*auteurs onbekend*), *Rechtshandhaving*, Den Haag: WRR/Staatsuitgeverij 1988.

gedachte.¹⁸ In de tweede plaats speelden overwegingen van doelmatigheid een rol. Zo zou de bestuurlijke boete het openbaar bestuur in staat moeten stellen zijn verantwoordelijkheid te nemen voor de rechtshandhaving. De bestuurlijke boete was immers de ontbrekende schakel in de bestuurlijke keten van regelgeving, uitvoering en handhaving: de alles in één handgedachte. Het openbaar bestuur was zo niet meer afhankelijk van het Openbaar Ministerie, dat vaak zijn eigen afweging maakte. Ten derde zou de handhaving van de specialistische sociaaleconomische regelgeving veel beter in handen zijn van hoogwaardige, gespecialiseerde toezichthouders: de expertise-gedachte. Wat opvalt in de beleidsdiscussie is dat aanvankelijk vooral normatieve argumenten werden aangevoerd (het strafrecht als ultimum remedium), maar dat gaandeweg instrumentele argumenten een sterkere rol gingen vervullen.¹⁹

De bijzondere aantrekkingskracht van de bestuurlijke boete was vooral gelegen in het 'lik op stuk'-karakter. De bestuurlijke boete kan als een punitieve sanctie door bestuursorganen worden opgelegd zonder voorafgaande rechterlijke toetsing. De overtreder moet daartoe zelf het initiatief nemen, nadat die het boetebesluit heeft ontvangen. Laat hij dat na, dan wordt de boete onherroepelijk en kan die worden geïnd. Vooral dit buitengerechtelijke aspect maakte de bestuurlijke boete destijds een aantrekkelijk alternatief voor strafrechtelijke handhaving. Hierdoor werd de rechter als traditionele conflictoplosser naar de achtergrond gedrongen.

3.2 De maatschappelijke en beleidsmatige context

Hoe moet de opkomst van de bestuurlijke boete worden begrepen? Dit handhavingsinstrument kwam tot wasdom tegen de achtergrond van een zich verhardend maatschappelijk klimaat, dat in het teken stond van beheersing van (veiligheids)risico's.²⁰ Maatschappelijke onvrede over ongrijpbare risico's in onze moderne samenleving en groeiende gevoelens

¹⁸ Vgl. Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (*auteurs onbekend*), *Handhaving door bestuurlijke boeten*, Den Haag: Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten 1994.

¹⁹ Inmiddels heeft het ultimum remedium-argument zijn zeggingskracht nagenoeg verloren doordat het strafrecht een belangrijke rol speelt bij de aanpak van uiteenlopende maatschappelijke veiligheidsvraagstukken. Vgl. J. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaisch desideratum?', *Ars Aequi* 2012, afl. 1, p. 11-18.

²⁰ Vgl. J.H.J. Boutellier, *De veiligheidsutopie. Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag: Boom 2002; M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur. Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland bezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context* (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2012.

van onzekerheid en onveiligheid vertaalden zich in een roep om maatregelen van overheidswege. Die reageerde met preventieve maatregelen en een intensivering van toezicht en bestuurlijke handhaving. In het probleemoplossend vermogen van het strafrecht bestond op dat moment minder vertrouwen, waardoor de overheid heil zocht in bestuurlijke maatregelen.²¹ Deze ontwikkeling gaf een sterke impuls aan het (punitieve) bestuursrecht naast of in plaats van het strafrecht. Ook nu nog spelen het bestuur en het bestuursrecht een belangrijke rol bij de aanpak van openbare orde en veiligheidsvraagstukken, bijvoorbeeld in het geval van ondermijning.²² In het kader van de handhaving van de openbare orde leidde dit bijvoorbeeld tot een flinke uitbreiding van de bevoegdheden van de burgemeester.²³ Maar ook rijksinspecties en toezichthouders maakten in die tijd een proces van groei en professionalisering door.²⁴ In dat kader werden zij uitgerust met de bevoegdheid boetes op te leggen, waarvan zij ook veelvuldig gebruik maakten.

Het gebruik van het bestuursrecht als alternatieve handhavingsstrategie moet ook worden gezien in het licht van een tijdsbeeld waarin rationaliteit en doelmatigheid voorop stonden. Binnen de overheid werd gewerkt op basis van het gedachtengoed van het *New Public Management*.²⁵ In die context werd het recht primair instrumenteel en pragmatisch benaderd: welke bevoegdheid past het best en werkt het snelst voor de oplossing van een maatschappelijk probleem? Kortom, bij de invoering van de bestuurlijke boete stonden doelmatigheid en functionaliteit in de rechtshandhaving voorop.²⁶

²¹ H.G. van de Bunt, 'Toezicht als onderzoeksdomein', in: L.J.J. Rogier & H. de Doelder (red.), *Toezicht. Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht*, Den Haag: Boom 2006, p. 203-211.

²² Zo kan worden afgevraagd in hoeverre de taakopvatting van de burgemeester als 'sheriff' in de aanpak van ondermijnende misdaad niet een wettelijke basis zou moeten krijgen, zie: B. van der Vorm & P.C. van Duyn, 'De burgemeester als 'sheriff' in de aanpak van ondermijnende misdaad: op weg naar een wettelijke grondslag?', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2020, afl. 4, p. 54-69.

²³ L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke handhaving* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom 2006; A.G. Mein, 'Uitbreiding bevoegdheden ter handhaving van de openbare orde en veiligheid. Een versterking of verzwakking van de positie van de burgemeester?', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2010, afl. 4, p. 34-44.

²⁴ F. Willemsen, F. de Leeuw & B. Leeuw, 'Toezicht en inspectie in maten en soorten', *Tijdschrift voor Criminologie* 2008, afl. 2, p. 96-113.

²⁵ D. Osborne & T. Gaebler, *Reinventing Government*, Reading (MA): Addison-Wesley Publishing Company 1992.

²⁶ Vgl. F.M.C.A. Michiels, 'Het handhavingstekort en de bestuurlijke boete', in: H. de Doelder, M.E. de Meijer & D. Otto (red.), *De bestuurlijke boete in perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1999, p. 7-118; R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het straf-*

Overigens hangt de invoering en het gebruik van de bestuurlijke boete in het financieel-economisch bestuursrecht ook samen met Europeesrechtelijke ontwikkelingen. Zo wordt in veel Europese regelgeving in het kader van de financiële sector bestuurlijke handhaving voorgeschreven, waaronder het gebruik van de bestuurlijke boete. Dit vloeide voort uit de wens van de Europese Commissie om de sanctieregelingen in lidstaten ten aanzien van de financieel-economische criminaliteit te versterken en uniformeren.²⁷

3.3 De boetepraktijk in het financieel toezichtrecht

Bij de invoering van de bestuurlijke boete in het financieel toezicht speelden min of meer vergelijkbare overwegingen als genoemd in het voorgaande. Zo leefde bij de financieel toezichthouders, DNB en de AFM, de wens om de handhaving in eigen hand te nemen. Zij ervoeren een sterke afhankelijkheid van het Openbaar Ministerie, dat in hun ogen ook minder goed was toegerust om de specialistische financieel-toezichtwetgeving af te handelen. En als het al tot een strafzaak kwam, werd de door de rechter opgelegde sanctie door hen als ontoereikend ervaren. Kortom, de veronderstelde doelmatigheid gaf de doorslag. Anders gezegd, de omslachtigheid van de strafrechtelijke procedure, een verminderd vertrouwen in de 'conflictoplossende' capaciteiten van de strafrechter en een sterk geloof in de hoogwaardige expertise van de financieel toezichthouders om dit type specialistische overtredingen zelf passend af te doen. Alleen voor zeer ernstige overtredingen, zoals bijvoorbeeld marktmisbruik, bleef het strafrecht gereserveerd, in lijn met de eerdere ultimatum remedium-gedachte.

De financiële toezichthouders beschikken op basis van de financieel toezichtwetgeving over een scala aan formele handhavingsinstrumenten, waaronder de bestuurlijke boete.²⁸ Hiervan hebben DNB en de AFM er in

recht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2011.

²⁷ C.M. Grundmann-van der Krol, 'Preview onderneming en strafrecht', in: D.R. Doorenbos & M.J.C. Somsen (red.), *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht in het bijzonder onder de Wf en Pw*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 1-27.

²⁸ Andere instrumenten zijn het geven van een aanwijzing, het opleggen van een last onder dwangsom, het benoemen van een curator, een ontzegging aan een natuurlijk persoon om een bepaalde tijd bepaalde functies uit te oefenen of het intrekken van de vergunning. Vgl. het Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank, *Stb.* 2020, 56540. Het gebruik van deze instrumenten blijft verder buiten beschouwing nu deze niet worden ingezet als alternatief voor strafrechtelijke handhaving.

de periode 2004-2019 220 respectievelijk 351 opgelegd.²⁹ Het aantal boetes dat jaarlijks wordt opgelegd wisselt sterk, ook per toezichthouder. Dit hangt samen met wetwijzigingen en beleidskeuzes door de toezichthouder. Twee punten vallen op. In de eerste plaats dat de financieel toezichthouders hun boetebevoegdheid anders zijn gaan uitoefenen dan oorspronkelijk bedoeld. Zo zijn DNB en de AFM na verloop van tijd ook boetes gaan opleggen voor relatief ernstige overtredingen van de financieel toezichtreggeving. Dit terwijl de bestuurlijke boete nu juist was bedoeld voor relatief lichte en veelvoorkomende overtredingen.³⁰ In de tweede plaats is de hoogte van de boete in de loop der tijd enorm toegenomen.³¹ Mede als gevolg daarvan zijn de financieel toezichthouders vervolgens ook hoge boetes gaan opleggen.³² Al met al heeft zich zo een serieuze, buitengerechtere boetepraktijk ontwikkeld die, strikt genomen niet zo bedoeld, is gaan functioneren als alternatief voor de klassieke conflictoplossing door de rechter.

Bovendien heeft zich, in de schaduw van de formele handhaving door de financieel toezichthouders, ook een omvangrijke praktijk ontwikkeld van *informele* handhaving. Het gaat dan voornamelijk om zogenoemde waarschuwingsbrieven en normoverdragende gesprekken of -brieven van de toezichthouders. In die brieven en gesprekken wordt doorgaans de norm uitgelegd, gewaarschuwd voor een overtreding en gevraagd hoe de financiële instelling aan de norm denkt te gaan voldoen c.q. die in de toekomst wil voorkomen. Deze maatregelen worden veel vaker opgelegd van de formele.³³ Ze worden expliciet genoemd in het handhavingsbeleid van

²⁹ Aldus de jaarverslagen van de AFM en de ZBO-verantwoordingen van DNB. Zie ook: A.G. Mein, 'Symboolpolitiek met hoge boetes in het kader van het financieel toezicht', in: R.H.J.M. Staring, R. van Swaaningen & C.G. van Wingerde (red.), *Over de muren van stilzwijgen* (Liber amicorum Henk van de Bunt), Den Haag: Boom 2017, p. 280.

³⁰ A.G. Mein, 'Van licht naar zwaar, de evolutie van de bestuurlijke boete in het financieel toezicht', *Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming* 2015, afl. 5, p. 257-262.

³¹ Om te beginnen door het nieuwe boetestelsel uit 2009 (*Stb.* 2009, 327) en later als gevolg van de implementatie van de Verordening en Richtlijn Marktmissbruik (*Stb.* 2016, 297). Op basis van deze wetwijziging werd de maximumhoogte van de boete voor ernstige overtredingen verhoogd van 4 naar 5 miljoen (en naar 10 mln in geval van recidive) en een omzetgerelateerde boete van 10% van de jaaromzet (bij een jaaromzet van meer dan 100 mln).

³² A.G. Mein & C.A. Doets, 'Hogere boetes, omdat het kan...', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2016, afl. 7-8, p. 303-305. Deze ontwikkeling werd ook gesignaleerd door de afdeling Advisering van de Raad van State in zijn advies over het opheffen van verschillen in rechtsbescherming tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhavingssystemen, *Stcr.* 2015, 30280. Wij komen hier in paragraaf 6 op terug.

³³ Aldus de jaarverslagen van de AFM en DNB. Zie ook: Nuijten, 2018 en verder: A.Kasdorp, 'Tussen Scylla en Charybdis. Spanningsvelden en taakopvattingen in

de financieel toezichthouders en beschreven als maatregelen die een belangrijke rol spelen in de handhavingspraktijk. In veel gevallen sorteren ze het gewenste effect, waardoor de inzet van formele maatregelen niet nodig is, aldus het handhavingsbeleid.³⁴ Ze passen in een trend waarbij toezichthouders zoeken naar wegen om hun maatschappelijke effectiviteit te vergroten. Zij richten zich daarbij niet alleen op ongeoorloofd, maar ook op wat zij noemen ongewenst gedrag.³⁵ Daarbij passen informele en als preventief te kenschetsen maatregelen om de naleving te stimuleren, zoals eerdergenoemde brieven en gesprekken. Formele (repressieve) handhavingstrajecten zijn immers arbeidsintensief en vergen relatief veel tijd. De maatregelen worden echter niet bij besluit opgelegd en zijn dus niet voor beroep of bezwaar vatbaar. Hooguit zou de burgerlijke rechter kunnen oordelen over de rechtmatigheid van de opgelegde maatregel.

Opgemerkt zij wel dat waar de bestuurlijke boete aanvankelijk een hoge vlucht nam, de strafrechtspleging later een inhaalslag heeft gemaakt. Zo werd het vanaf 2015 mogelijk om veelvoorkomende overtredingen in het (commune) strafrecht buitengerechtelijk af te doen, door middel van de strafbeschikking.³⁶ Dit heeft zich inmiddels tot een vaste praktijk ontwikkeld (zie de bijdrage van Crijns en Kool in deze bundel). Later zijn ook nog de strafmaxima in het kader van de aanpak van financieel-economische criminaliteit flink verhoogd.³⁷ Hierdoor is het strafrecht weer een serieuze handhavingsoptie geworden. Mevis zag de introductie van de strafbeschikking dan ook als 'een inhaalslag van het strafrecht', Kwakman signaleerde 'een tegenbeweging vanuit het strafrecht'.³⁸ Kritischer over deze ontwikkeling was Albers die het vanuit het perspectief van het bestuursrecht beschreef als 'de ongunstige reflexwerking van het bestuursstrafrecht'.³⁹ Feit is dat we nu te maken hebben met een omvangrijke buitengerechtelijke afdoeningspraktijk in zowel het bestuursrecht als het strafrecht.

het licht van schadelijk maar legaal ondernemingsgedrag', *Tijdschrift voor Toezicht* 2017, afl. 2, p. 29-48.

³⁴ Vergelijk het handhavingsbeleid van de AFM en DNB, *Stb.* 2020, 56540.

³⁵ Geïnspireerd door M.K. Sparrow, *The Regulatory Craft. Controlling risks, solving problems and managing compliance*, Washington D.C.: Brookings Institution Press 2000. Zie ook: WRR (auteurs onbekend), *Toeziens op publieke belangen*. Naar een verruimd perspectief op toezicht, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013.

³⁶ Op basis van de Wet OM-afdoening (*Stb.* 2006, 330).

³⁷ *Stb.* 2014, 445.

³⁸ P.A.M. Mevis, 'Strafbeschikking OM, WAHV en kleine ergernissen', *Delikt en Delinkwent* 2004, afl. 4 p. 353-368; N.J.M. Kwakman, 'De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2006, afl. 10, p. 331-339.

³⁹ C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete en het bestuursprocesrecht. De verschrapping van een goede strafvordering', *Delikt en Delinkwent* 2006, afl. 1, p. 17-38.

Waar het punitieve bestuursrecht en strafrecht aanvankelijk waren bedoeld als communicerende vaten, lijken die rechtsgebieden elkaar nu juist aan te jagen.

4 DE ONTWIKKELING VAN DE POSITIE EN ROL VAN DE BESTUURSRECHTER IN HET BESTUURSSTRAFRECHT

Vanuit een strafrechtelijk perspectief werd de opmars van de bestuurlijke boete met argusogen bekeken. Een belangrijk punt van kritiek was dat de bestuursrechter niet in staat zou zijn om de rechtsbescherming te bieden die de strafrechter wel kan bieden. Helemaal vreemd was het commentaar ook weer niet, nu tijdens de opmars van de bestuurlijke boete geen omvattende wettelijke regeling in de Awb bestond omtrent de procedure – en waarborgen – tot oplegging van een bestuurlijke boete. De bestuurlijke boete werd neergelegd in verschillende afzonderlijke bestuurlijke wetten, hetgeen de overzichtelijkheid niet ten goede kwam. Dit veranderde allemaal met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van Awb, waarin voor het eerst in de Awb regels en waarborgen werden neergelegd over de bestuurlijke boete.⁴⁰ Met de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb is het bestuursrecht met de regeling van de bestuurlijke boete in de richting van het strafrecht geschoven.

Wat de materiële aspecten van de bestuurlijke boete aangaat, moet worden opgemerkt dat de wetgever heeft geprobeerd om zo goed mogelijk aan te sluiten bij belangrijke strafrechtelijke waarborgen. Zo kan worden gewezen op het bestaan van rechtvaardigingsgronden (art. 5:5 Awb), de codificering van het nemo tenetur-beginsel (art. 5:10a, eerste lid, Awb), de cautieverlening (art. 5:10a, tweede lid, Awb), schulduitsluitingsgronden (art. 5:41 Awb) en regels omtrent samenloop (art. 5:43 en 5:44 Awb). De wetgever is er aldus in geslaagd om een duidelijke set waarborgen te codificeren, hetgeen overigens ook is vereist, omdat de oplegging van een bestuurlijke kan worden aangemerkt als een 'criminal charge'. Hierdoor moeten de strafrechtelijke waarborgen ook worden geboden, vanwege het strafrechtelijke karakter ervan.

Waar de bestuurlijke boete wat inhoud betreft dus sterke verwantschap vertoont met de regeling omtrent de strafrechtelijke geldboete zijn de procedures – op het eerste gezicht – verschillend. De geldboete kan worden opgelegd door de strafrechter, nadat een vervolging is ingesteld door de officier van justitie, terwijl de bestuurlijke boete wordt opgelegd door het bevoegde bestuursorgaan. Indien de overtreder het niet eens is met de bestuurlijke boete, kan hij in beroep tegen dit boetebesluit bij de

⁴⁰ L.J.J. Rogier, 'De Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht in werking. Twee marginale lijnen verschoven', *Nederlands Juristenblad* 2009, afl. 29, p. 1560-1566.

rechtbank. Toch moet niet al te zwaar aan dit verschil worden getild. Dit komt door de buitengerechtelijke afdoening middels de uitvaardiging van strafbeschikkingen (vgl. par. 3.3 en de bijdrage van Crijns en Kool). Ten aanzien van lichte(re) strafbare feiten kan de officier van justitie sinds ook zelfstandig, dus zonder tussenkomst van de strafrechter, onder andere geldboetes opleggen. Indien de betrokkene het niet eens is met de strafbeschikking, kan verzet worden ingesteld en wordt de zaak door de strafrechter behandeld. Deze procedure vertoont dus gelijkenis met de procedure tot oplegging van een bestuurlijke boete. De verschillen worden nog kleiner, nu ook de vorm van de bestuurlijke strafbeschikking bestaat. Een bestuurlijke strafbeschikking kan worden opgelegd door een bevoegd bestuurlijk orgaan, zoals een inspecteur van de Inspectie Leefomgeving en Transport ter zake van strafrechtelijke overtredingen neergelegd in bijvoorbeeld het Drinkwaterbesluit.

De bestuursrechter komt in dit verband uitsluitend in beeld als de overtreder in beroep gaat tegen de opgelegde bestuurlijke boete. Hij komt niet in beeld, indien verzet wordt ingesteld tegen een bestuurlijke strafbeschikking, want dan is de strafrechter bevoegd. De toetsing van de bestuurlijke boete door de bestuursrechter is voor een belangrijk deel geïnspireerd door art. 6 EVRM. De positie van de bestuursrechter is dubbel: enerzijds is hij een 'gewone' bestuursrechter, maar anderzijds is zijn positie te vergelijken met die van een strafrechter. De bestuursrechtelijke toetsing van de bestuurlijke boete door de bestuursrechter moet zoals dat wordt genoemd volledig zijn ('full jurisdiction'). Er moet sprake zijn van een indringende toetsing van de evenredigheid. De zwaarte (hoogte) van de bestuurlijke boete moet zijn afgestemd op de ernst van de gedraging. De volle toetsing heeft betrekking op de hoogte van de bestuurlijke boete, maar ook ten aanzien van het bewijs van de feiten die de overtreding constitueren.⁴¹ Het uitgangspunt is, dat wanneer de bestuursrechter het boetebesluit vernietigt, hij de zaak zoveel mogelijk zelf afdoet. De bestuursrechter kan, indien hij van mening is dat de hoogte van een bestuurlijke boete onevenredig hoog is, op grond van art. 8:72, vierde lid, Awb zelf in de zaak voorzien en een lagere boete opleggen.⁴² Naast het gegeven dat de bestuursrechter het boetebesluit kan vernietigen, kan de bestuursrechter ook met toepassing van art. 6:22 Awb de schending van vormvoorschriften passeren, indien de betrokkene niet in zijn belangen (dat wil zeggen zijn verdediging) wordt geschaad.

⁴¹ *Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 128.*

⁴² De bestuursrechter toetst het besluit als zodanig om een boete op te leggen wel terughoudend.

De toetsing van de bestuurlijke boete is dus sterk gebaseerd op waarborgen die van oudsher aan het strafrecht toebehoren. Zo vloeit uit de onschuldpresumptie voort, dat de bewijslast bij het bestuursorgaan ligt. Het is echter belangrijk om voor ogen te houden dat deze procedure alleen van toepassing is op de oplegging van de bestuurlijke boete, omdat dit – naar de huidige maatstaven – de enige bestraffende bestuurlijke sanctie is. Steeds meer begint kritiek te komen op deze gang van zaken, nu de bestuursrechter bij de toetsing van bestuurlijke herstelsancties niet regels van de verhoogde rechtsbescherming in acht hoeft te nemen. Barkhuysen pleit derhalve ervoor dat niet de vraag centraal moet staan of sprake is van een ‘criminal charge’, maar de zwaarte van de sanctie:

“Naarmate een sanctie zwaarder ingrijpt in de (eigendomsrechtelijk beschermde) belangen van betrokkene zou de rechter kritischer moeten toetsen en zouden er meer rechtswaarborgen van toepassing moeten zijn. Aldus zou er bij een lichte bestuurlijke boete sprake kunnen zijn van een beperktere set rechtswaarborgen dan bij een hoge last onder dwangsom of de intrekking van een miljoensubsidie.”⁴³

Wij zijn met Barkhuysen van mening dat het soms lastig te uit te leggen is, waarom de bestuursrechter een lichte bestuurlijke boete indringender mag toetsen dan een veel hogere last onder dwangsom. De vraag is evenwel hoe – op grond van objectieve factoren – kan worden bepaald wanneer een sanctie hoog of zwaar genoeg is om in aanmerking te komen voor de verhoogde strafrechtelijke rechtsbescherming. Dit is naar onze mening een lastige kwestie. Deze problematiek heeft betrekking op het karakter van sommige bestuurlijke sancties, die het etiket ‘herstelsanctie’ van de wetgever opgeplakt hebben gekregen. Zo kan worden betwijfeld of de last onder dwangsom inderdaad alleen herstelgericht is en hetzelfde kan worden betoogd over de intrekking van een begunstigende beschikking. Zou de bestuursrechter deze sancties ook niet veel indringender moeten toetsen, zoals ook het geval ten aanzien van de bestuurlijke boete? Het is in ieder geval zonneklaar dat de bestuursrechter die een bestuurlijke boete toetst in ieder geval voor een deel (materieel gezien) een soort strafrechter is (ge worden).

⁴³ T. Barkhuysen, ‘Herijking van waarborgen bij bestuurlijke sancties’, *Nederlands Juristenblad* 2014, afl. 3, p. 136.

5 DE WAARDERING VAN DE POSITIE EN ROL VAN DE ALTERNATIEVE CONFLICTOPLOSSERS EN DE BESTUURSRECHTER

Zoals uit het voorgaande al is gebleken, riep de introductie van de bestuurlijke boete destijds veel weerstand op, vooral onder strafrechtjuristen. Vooral ten tijde van de introductie van de boetebevoegdheid verschenen de nodige kritische publicaties. Pas geruime tijd later werd de discussie weer heropend door de Afdeling Advisering van de Raad van State, op basis van een kritisch advies waarin aandacht werd gevraagd voor (onwenselijke) verschillen in rechtsbescherming tussen het strafrecht en het bestuursrecht.⁴⁴

5.1 Het rechtswetenschappelijk discours

Zoals gezegd, werd het debat aanvankelijk vooral gevoerd onder strafrechtjuristen. In algemene zin waren die zeer kritisch over de invoering van de bestuurlijke boete, beter gezegd het onttrekken van een deel van de handhavingspraktijk aan het toezicht van de strafrechter. Een boetebevoegdheid hoorde volgens hen per definitie thuis in het strafrecht, dat ook een betere rechtsbescherming zou bieden. De critici werden aangevoerd door toenmalig hoogleraar straf(proces)recht Corstens uit Nijmegen die kort gezegd meende dat de bestuurlijke boete niet zonder meer aan het openbaar bestuur kon worden toevertrouwd.⁴⁵ Zo zou dat bestuur volgens hem niet staan 'in een traditie van zorgvuldige en afgewogen sanctieoplegging (...), zoals de strafrechter dat wel pleegt te doen.'⁴⁶ De bestuurlijke handhaving zou niet aan dezelfde kwaliteitsstandaard en waarborgen voldoen als die van de strafrechtspleging. Meer in het bijzonder maakte hij bezwaar tegen een ongewenste concentratie van bevoegdheden bij een bestuursorgaan. Hierdoor zou onvoldoende tegenwicht en tegenspraak worden geboden, wat afbreuk zou kunnen doen aan de vereiste objectiviteit en transparantie bij het bestuursorgaan. Verder was hij kritisch over de gebrekkige transparantie en controleerbaarheid van het proces van boeteoplegging, in tegenstelling tot het strafproces.

⁴⁴ Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitabele in het strafrecht en het bestuursrecht. Advies van 13 juli 2015, nr. W03.15.0138/II. *Stcrt* 2015, 30280.

⁴⁵ G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht* (afscheidsrede Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1995; G.J.M. Corstens, 'Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb', *Nederlands Juristenblad* 2000, afl. 24, p. 1185-1190. Corstens zag nog wel ruimte voor een bestuurlijke boete voor lichte en veelvoorkomende overtredingen. In deze lijn ook P.A.M. Mevis, 'Bestuurlijke boete in Absurdistan', *Ars Aequi* 2005, afl. 7, p. 580-587.

⁴⁶ Corstens 1995, p. 18.

Daarnaast richtte de kritiek zich destijds op de kwaliteit van de rechtsbescherming. Nu mengden zich ook bestuursrechtjuristen in het debat. Zo betoogden Albers en Schlössels dat de bestuurlijke boete materieel moest worden opgevat als strafrecht in ruime zin en dat de rechtsbescherming dus ook aan straf(proces)rechtelijke eisen moest voldoen. De door de bestuursrechter geboden rechtsbescherming kon daarin volgens hen niet voorzien, mede gelet op diens terughoudende opstelling (dat wil zeggen de in het bestuursrecht gebruikelijke marginale toetsing van bestuursbesluiten). Zij zagen de bestuurlijke boete dan ook als 'een koekoeksei in het nest van het bestuursprocesrecht'.⁴⁷ Andere critici in deze lijn waren Michiels en Rogier.⁴⁸ Uit paragraaf 4 over de opstelling van de bestuursrechter blijkt dat deze kritiek inmiddels voor een belangrijk deel is achterhaald. De rechtsbescherming zou echter nog wel aan kracht kunnen winnen door de een uitgebreidere toetsing door de rechter, niet alleen van de hoogte van de boete, maar ook van de passendheid, noodzaak en proportionaliteit daarvan (evenredigheid in ruime zin).⁴⁹

Later is door andere critici ook nog de noodklok geluid over de (wild)groei van de bestuurlijke boete. Die zou leiden tot een onoverzichtelijk en moeilijk kenbaar sanctiestelsel.⁵⁰ Zo zou volgens Mevis de veelheid aan boeteregelingen in het strafrecht en het bestuursrecht afbreuk doen aan het belang van rechtseenheid. Hij pleitte dan ook voor een uniforme, duidelijke en toegankelijke boeteregeling met voldoende waarborgen omgeven. Zo'n regeling hoorde volgens hem vanzelfsprekend thuis in het Wetboek van Strafvordering.⁵¹

Specifiek over de bestuurlijke boete in het kader van het financieel toezicht luidde de kritiek dat die tot een vervreemding zou leiden tussen toezichthouder en ondertoezichtgestelden, hetgeen de effectiviteit van het toezicht niet ten goede zou komen. Een goede werkverhouding tussen toezichthouder en ondertoezichtgestelden werd in het financieel toezicht immers gezien als een belangrijke voorwaarde voor effectief toezicht. Zo

⁴⁷ C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, 'De bestuurlijke boete: een koekoeksei in het bestuursprocesrecht?', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2002, afl. 7, p. 187-198. Zie ook C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002.

⁴⁸ F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?* (oratie Amsterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1994; Rogier 2001.

⁴⁹ A.G. Mein 2015, p. 31.

⁵⁰ Waaronder Mevis 2005; A.R. Hartmann, 'Strafbeschikking en bestuurlijke boete: wildgroei in de handhaving?', *Justitiële Verkenningen* 2005, afl. 6, p. 84-96; J.M. Reijntjes, 'Bestrafing buiten de rechter om. Wat is er mis met de transactie?', *Ars Aequi* 2004, afl. 7, p. 552-560.

⁵¹ Mevis 2005, p. 585-586.

waarschuwde Doorenbos in dit verband voor 'een grimmiger en ongelijkwaardige toezichtpraktijk'.⁵² In de vakliteratuur zijn advocaten en beroepsverenigingen in de financiële sector hierover nog wel eens kritisch.⁵³

Wat opvalt is het normatieve karakter van de kritiek. Daaruit spreekt een sterk geloof in de kunde van de strafrechter en groot wantrouwen in de professionaliteit van bestuursorganen (als alternatieve conflictoplossers). Wat echter ook opvalt is dat die kritiek niet of nauwelijks empirisch is onderbouwd.

Er klonken in het debat echter ook andere geluiden. Zo pleitte Van Buuren uitdrukkelijk voor de bestuurlijke boete vanwege het tekortschieten van de strafrechtelijke handhaving. Er moest volgens hem 'een alternatieve handhavingsslijn worden opgezet, naast die van het dichtgeslibde strafrechtelijke kanaal'.⁵⁴ Ook Hartmann was voorstander van de bestuurlijke boete, zeker waar het ging om de handhaving van de financieel-toezichtwetgeving. Hij achtte de bestuursrechtelijke toezichtbevoegdheden in die context minstens zo effectief als de strafvorderlijke dwangmiddelen. Bovendien zouden er in de strafrechtelijke handhavingsspraktijk toch niet of nauwelijks vrijheidsstraffen worden geëist en opgelegd.⁵⁵ Bröring en Jurgens draaiden het om: zij stelden dat de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in bepaalde opzichten zelfs ruimer zou zijn dan in het strafrecht, althans in het geval van de strafbeschikking.⁵⁶ In het verlengde daarvan stelde Jurgens dat de toetsing door de bestuursrechter van boetebesluiten niet wezenlijk verschilt van die van de strafrechter van de strafbeschikking (vgl. par. 4).⁵⁷

Daarna verstomde de discussie en werd de bestuurlijke boete gemeengoed in het ordeningsrecht. De discussie laaide pas weer op rond 2015. Dit op basis van eerdergenoemd advies van de Afdeling Advisering van de

⁵² D.R. Doorenbos, 'Vroeger kon je lachen', in: D.R. Doorenbos (red.), *Voorkennis, toezicht en boetes in de nieuwe financieel toezichtwetgeving*, Deventer: Kluwer 2000, p. 1-12.

⁵³ Bijvoorbeeld in het Tijdschrift voor Financieel Recht of het Tijdschrift voor Sanctierecht & Onderneming.

⁵⁴ P.J.J. van Buuren, 'De bestuurlijke boete geregeld?', in: W.G.A. Hazewinders & O.J.D.M.L. Jansen (red.), *Van boeteatelier tot boetefabriek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 41-58.

⁵⁵ A.R. Hartmann, 'Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?', *Nederlands Juristenblad* 2004, afl. 28, p. 1068-1073.

⁵⁶ H.E. Bröring & G.T.J.M. Jurgens, 'De bestuurlijke boete is zo gek nog niet!', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2006, afl. 10, p. 340-348. Zie later ook: Stijnen 2011; Hartmann 2011.

⁵⁷ G.T.J.M. Jurgens, *Harmoniseren of integreren? De strafbeschikking en de bestuurlijke boete vergeleken*. Preadvisie voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Raad van State. Aan dit advies lag een analyse ten grondslag van verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en het bestuursrecht. Aanleiding hiertoe vormde de constatering dat zich, vooral in het financieel-economisch bestuursrecht, in de loop der tijd een boetepraktijk heeft ontwikkeld waarin, anders dan bedoeld, relatief hoge boetes worden opgelegd voor zware, complexe overtredingen (zie ook par. 3.3) en ook hoge boetes voor lichte overtredingen. Dit riep nieuwe vragen op omtrent de mate van rechtsbescherming, die achter leek te zijn gebleven bij het strafrecht.⁵⁸

De Afdeling adviseerde dan ook om het systeem van rechtsbescherming te herzien, waarbij het strafrecht en het bestuursrecht beter op elkaar worden afgestemd.⁵⁹ Overigens merkte de Afdeling Advisering op dat een en ander niet hoefde te betekenen dat de ontwikkeling van de bestuurlijke boete dient te worden teruggedraaid naar lichte en veelvoorkomende overtredingen. Daarvoor heeft de bestuurlijke boete zich inmiddels in de praktijk voldoende bewezen. Eerder zouden beide rechtsgebieden meer naar elkaar moeten toegroeien, aldus de Afdeling Advisering. Bröring is kritisch over het advies van de Afdeling Advisering.⁶⁰ Volgens hem zit het probleem niet zozeer in de achterblijvende rechtsbescherming, maar in de verhoudingsgewijs te hoge boetes in het bestuursrecht.⁶¹ De oorzaak daarvan legt hij de bijzondere wetgeving, die in zijn ogen vaker een product is van repressieve politiek.⁶² De hoge boetes, in het perspectief van het sanctiestelsel als geheel, vragen om tegenwicht, aldus Bröring.

De rechtsbescherming tegen bestuurlijke boetes in het financieel-economisch bestuursrecht komt nog een keer aan de orde in het preadvies van Nuijten voor de Vereniging van Financieel Recht in 2018.⁶³ Daarin signa-

⁵⁸ Al eerder signaleerde Albers dit in haar preadvies voor de VAR: C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief? Preadviezen voor de VAR, vereniging voor bestuursrecht*, Den Haag: Boom 2014, p. 7-108.

⁵⁹ Het kabinet nam de algemene conclusie van de Raad van State niet over. Volgens het kabinet zou het boetestelsel over het algemeen adequaat functioneren. *Stcrt.* 2018, 31269. Kritisch hierover: Mein & Van der Vorm 2018, p. 37-48.

⁶⁰ H.E. Bröring, *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, Zutphen: Paris, 2018, p. 32-33.

⁶¹ Ook Stijnen 2011 en Hartmann 2011 relativeren de verschillen in rechtsbescherming. Zie ook: T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

⁶² Hij verwijst daarbij onder meer naar de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving, ook wel genoemd de Fraudewet SZW. *Stb.* 2013, 462.

⁶³ S.M.C. Nuijten, 'Toezicht, handhaving en rechtsbescherming: nut en noodzaak van formaliteiten', in: S.M.C. Nuijten & R. Stijnen, *Rechterlijke toetsing van besluiten en*

leert zij, tegen de achtergrond van een praktijk formele en informele handhaving door de financieel toezichthouders (zie par. 3.3), een relatief geringe procesbereidheid onder financiële instellingen. Zij schrijft dit toe aan de wettelijke aansprakelijkheidsbeperking van de financieel toezichthouders en de doorlopende toezichtrelatie in het financieel toezicht. Zij acht dit problematisch, omdat goed toezicht in haar ogen is gebaat bij een rechterlijke toets vanuit de praktijk. Zeker nu veel boetebesluiten zijn gebaseerd op open geformuleerde normen. Rechterlijke interpretaties dragen dan bij aan de rechtsontwikkeling en rechtszekerheid, aldus Nuijten. In het bijzonder ten aanzien van de informele handhaving acht zij de rechtsbescherming gebrekkig.

5.2 Onderzoek naar de praktijk van het bestuursstrafrecht

Sinds de inwerkingtreding van de bestuurlijke boete zijn, voor zover bekend, twee (promotie)onderzoeken gedaan naar de praktijk van het financieel toezicht. Het eerste verscheen in 2015 en had betrekking op het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht.⁶⁴ Het tweede in 2017 had betrekking op de (handhaving van) de zorgplicht van financiële dienstverleners.⁶⁵

Het eerste onderzoek is te kenschetsen als een empirisch-juridisch onderzoek. Centraal stond de vraag hoe de financiële toezichthouders gebruik maken van hun bestuurlijke boetebevoegdheid en hoe zich dat verhoudt tot de discussie over de invoering van de bestuurlijke boete. De wetgever koesterde immers hoge verwachtingen van de doelmatigheid van de bestuurlijke boete, terwijl rechtswetenschappers en praktijkjuristen vragetekens stelden bij onder meer de kwaliteit van de uitvoeringspraktijk en de rechtsbescherming (vgl. par. 3.2 en 3.3). In de kern stelden de critici dat de bestuurlijke boete niet aan het openbaar bestuur kon worden toevertrouwd.

Samengevat komt uit het onderzoek naar voren dat de financieel toezichthouders, in weerwil van de kritiek, op verantwoorde en professionele wijze gebruik maken van de hen toevertrouwde boetebevoegdheid. Zo zijn zij, in algemene zin, niet teruggefloten door de rechter, wegens een onzorgvuldig of disproportioneel gebruik van de boetebevoegdheid. De bestuurlijke boete heeft dan ook een vaste plaats verworven in hun sanctiearsenaal. Punten van kritiek die echter overeind blijven, zijn het gebrek

handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses. Preadvies voor de Vereniging van Financieel Recht 2018, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 2-59.

⁶⁴ Mein 2015.

⁶⁵ F.M.A. 't Hart, *Zorgplicht bij financiële dienstverlening* (diss. UvA), Amsterdam 2017. Zie ook: F.M.A. 't Hart, *Informele handhaving*, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2019, afl. 1, p. 12-24.

aan transparantie en tegenwicht. Dat wil zeggen de beperkte transparantie van het proces van belangenafweging bij het opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte ervan. Dat proces is te kenschetsen als een *black box*. Het ontbrekende tegenwicht heeft betrekking op de werkwijze van de binnen de organisatie aangestelde boetefunctionaris, die het voorgenomen boetebesluit hoofdzakelijk toetst op rechtmatigheid. Dit in combinatie met een bestuursrechter die het besluit om een boete op te leggen als zodanig slechts marginaal toetst.⁶⁶ De vraag is of de hooggespecialiseerde en tamelijk zelfstandig opererende financieel toezichthouders zo voldoende weerwerk ondervinden. Hierdoor dreigt de boetebevoegdheid uit balans te raken, zo luidt een van de conclusies van het onderzoek.

Transparantie en tegenspraak zijn eens te meer van belang, nu uit het onderzoek blijkt dat de bestuurlijke boete (ook) wordt opgelegd voor relatief ernstige overtredingen, waarvoor ook het boetebedrag aanzienlijk kan oplopen (zie ook par. 3.3). Bovendien is bij dit type overtredingen de feitenvaststelling vaak ook nog eens complex en gebaseerd op een open norm, waarvan de kenbaarheid niet onomstreden is. Dit tegen de achtergrond van de door Nuijten gesignaleerde geringe procesbereidheid onder financiële instellingen.⁶⁷

Het tweede onderzoek is gebaseerd op observaties vanuit de beroepspraktijk van de in het financieel toezicht gespecialiseerde advocaat 't Hart. De zogenoemde zorgplicht betreft een materiële norm uit het financieel toezichtrecht inhoudende dat financiële ondernemingen, gelet op hun maatschappelijke positie en expertise, rekening moeten houden met de belangen van hun minder deskundige cliënten. Zo dienen zij de cliënt tegen zichzelf in bescherming te nemen, onder meer door hen passend te informeren, zo nodig te waarschuwen voor bijzondere risico's en zelfs te weigeren in geval van dreigende overkreditering.

De naleving van de zorgplicht is een speerpunt in het toezicht door de AFM. Lastig punt aan de zorgplicht is het open geformuleerde karakter van die norm. Het krijgt vorm en inhoud afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dat maakt de zorgplicht veranderlijk en soms ongrijpbaar en daardoor in juridisch opzicht problematisch. Er bestaat immers een inherente spanning tussen het verdienmodel van de financiële onderneming en het klantbelang.

't Hart problematiseert de wijze waarop de AFM toezicht uitoefent op de naleving van de zorgplicht. Naar zijn oordeel gaat de financieel toezichthouder zijn boekje te buiten door eisen te stellen aan de naleving van de zorgplicht die niet zouden berusten op een kenbare, wettelijke norm.

⁶⁶ De hoogte van de boete wordt wel kritisch getoetst door de bestuursrechter, maar niet de noodzaak en proportionaliteit van het besluit als zodanig.

⁶⁷ Nuijten 2018.

Veeleer zouden die zijn ingegeven door beleidsmatige overwegingen om ongewenste financiële praktijken tegen te gaan. Hoe goed ook bedoeld, dit is wel in strijd met het legaliteitsbeginsel. Om de naleving af te dwingen maakt de AFM volgens 't Hart op dit punt vooral gebruik van informele maatregelen, zoals waarschuwingsgesprekken en -brieven (zie par. 3.3). Zijn punt is dat financiële ondernemingen zich hiertegen slecht kunnen verweren, bij gebrek aan rechtsmiddelen. Hij pleit dan ook voor het stellen van zorgvuldigheidseisen waaraan dergelijke informele maatregelen zouden moeten voldoen.

6 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

Deze bijdrage handelt over de conflictoplossende rol van bestuursorganen in het bestuursstrafrecht, waarbij de nadruk is gelegd op de bestuurlijke boete in het financieel-economische bestuursrecht. Het rechtsgebied 'bestuursstrafrecht' is tamelijk diffuus, waardoor het noodzakelijk is om nader af te bakenen. Wij hebben er daarom voor gekozen om ons uitsluitend te richten op de oplegging van de bestuurlijke boete. Dit betekent dat andere bestuurlijke sancties, zoals de last onder dwangsom en de intrekking van de begunstigende beschikking, buiten de reikwijdte van deze bijdrage zijn gevallen. Naar onze mening kunnen de drie centrale vragen in deze bundel als volgt worden beantwoord.

6.1 Welke verschuivingen hebben plaatsgevonden binnen het bestuursstrafrecht in de positie van de rechter ten opzichte van andere conflictoplossers en hoe kunnen deze verschuivingen worden verklaard?

Op het gebied van het bestuursstrafrecht heeft zich vanaf het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw een ontwikkeling voorgedaan, waarin de bestuurlijke boete sterk aan belang heeft gewonnen. Dit ging gepaard met een periode van decriminalisering of overheveling van strafrechtelijke overtredingen naar bestuursrechtelijk beboetbare feiten. Aldus ontstond een rijke praktijk van buitengerechtelijke afdoening. De oplegging van een bestuurlijke boete verschilt van een traditioneel strafrechtelijke sanctie; de bestuurlijke boete wordt opgelegd door een bestuursorgaan (met rechterlijke toetsing achteraf), terwijl een strafrechtelijke sanctie in beginsel door een strafrechter (er is ten slotte ook nog een strafbeschikking) wordt opgelegd. Er kunnen drie redenen worden aangedragen voor de opkomst van de bestuurlijke boete, namelijk het tekortschieten van de strafrechtelijke handhaving, de doelmatigheid van het bestuursrecht en de expertise van hooggespecialiseerde bestuursorganen. Daarbij speelden maatschappelijke en beleidsmatige ontwikkelingen een belangrijke rol: een punitief-

maatschappelijk klimaat, het doelmatigheidsdenken binnen de overheid en invloeden vanuit 'Brussel'. In 2005 verscheen het strafrecht weer ten tonele met de strafbeschikking als equivalent van de bestuurlijke boete. Door middel van het uitvaardigen van een strafbeschikking kan de officier van justitie zonder tussenkomst van de strafrechter straffen opleggen. Zeker de procedure, waarin bestuurlijke strafbeschikkingen worden uitvaardigd, vertonen grote gelijkenis met de oplegging van bestuurlijke boetes. Er is dus een ontwikkeling gaande waarbij steeds meer zaken buiten de rechter om worden afgedaan. In die zin lijkt de strafrechter het primaat als 'bestraffer' als het ware steeds meer te verliezen aan het bestuursorgaan en de officier van justitie. Uiteraard is er nog steeds de rechterlijke betrokkenheid in het bestuursrecht, maar deze staat wel achteraan in het proces. Het primaat ligt bij het bestuursorgaan.

6.2 Hoe worden deze verschuivingen in de praktijk en literatuur gewaardeerd?

In de praktijk werd de opkomst van de bestuurlijke boete positief ontvangen, maar dit gold zeker niet in de literatuur. Vooral onder aanvoering van oud-hoogleraar straf(proces)recht Corstens zijn kritische beschouwingen verschenen over de bestuurlijke boete. Het meeste commentaar kwam uit strafrechtelijke hoek, maar ook sommige bestuursrechtjuristen toonden zich niet heel gelukkig met deze bestuurlijke sanctie in het bestuursrecht. In de kern kwam het commentaar erop neer dat de bestuursrechter wat betreft zijn positie en rol niet in staat zou zijn om bestraffende sanctie adequaat te toetsen, nu die vooral gewend was om bestuursbesluiten terughoudend te toetsen. Met andere woorden: het bestuursrecht was niet toegerust om voldoende rechtsbescherming te bieden. Met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Awb is in deze algemene bestuurlijke wet een eigen Titel neergelegd, die regels biedt over de toepassing van de bestuurlijke sancties, waaronder de bestuurlijke boete. Het bleef hierna lang stil, totdat de Afdeling Advisering van de Raad van State een ongevraagd advies uitbracht, waaruit bleek dat sprake was van doorgesloten boetes en verschillen in rechtsbescherming. Dit advies zette verschillende auteurs ertoe aan om wederom in de pen te klimmen. Toen richtte de kritiek zich vooral op de hoogte van de bestuurlijke boete (in vergelijking met die uit het strafrecht). Het advies van de Afdeling is positief is ontvangen, maar volgens ons ten onrechte genegeerd voor het kabinet.

6.3 Welk onderzoek is binnen uw rechtsgebieden reeds verricht naar 1) de wijze waarop rechters en andere conflictoplossers invulling geven aan hun rol en 2) de kwaliteit en legitimiteit van hun beslissingen?

Op de conflictoplossende rol van bestuursorganen in het bestuursstrafrecht zijn twee promotieonderzoeken verschenen, namelijk het proefschrift over de oplegging van bestuurlijke boetes. Dit is een empirisch-juridisch onderzoek, waaruit blijkt dat de boetebevoegdheid weliswaar verantwoord en professioneel wordt toegepast, maar dat het ontbreekt aan transparantie en tegenkracht. Het tweede proefschrift is gebaseerd op observaties vanuit de beroepspraktijk van de in het financieel toezicht. Daarin wordt de gebrekkige juridische basis voor informele handhaving aan de kaak gesteld evenals de beperkte rechtsbescherming daartegen.

6.4 Een blik op de toekomst

De inzet van bestuurlijke sancties in de rechtshandhaving mag op steeds meer belangstelling rekenen. Waar de inzet van het bestuursrecht eerst complementair werd beschouwd aan de strafrechtelijke aanpak, lijkt oplegging van bestuurlijke sancties steeds meer een alternatief te zijn geworden voor het strafrecht. Daardoor kunnen vooral ten aanzien van de oplegging van bestuurlijke boetes samenloopproblemen ontstaan. In sommige – veelal financieel-economische wetten – kan ten aanzien van hetzelfde feit, zowel bestuurlijk (door middel van de oplegging van een bestuurlijke boete) als strafrechtelijk worden opgetreden. Aangezien de oplegging van een bestuurlijke boete wordt beschouwd als een ‘criminal charge’, kan – naar Nederlandse maatstaven – deze procedure niet samengaan met een strafrechtelijke procedure, indien sprake is van hetzelfde feit. Voor de praktijk van de rechtshandhaving betekent dit dat het bestuursorgaan dat bevoegd is om een bestuurlijke boete op te leggen, onder omstandigheden moet overleggen met het Openbaar Ministerie, zoals ook voortvloeit uit art. 5:44, tweede lid, Awb. Afstemming tussen het bestuursorgaan en het Openbaar Ministerie is niet nodig, indien een bestuurlijke herstelsanctie wordt opgelegd, omdat deze niet bestraffend van aard zijn. Echter, indien na de oplegging van een bestuurlijke herstelsanctie – zoals de last onder dwangsom – wegens hetzelfde feit een strafvervolgning plaatsvindt, dient de rechter in de straftoemeting hier wel rekening mee te houden.

Welke ontwikkelingen zijn nu te verwachten op het gebied van het bestuursstrafrecht? Naar onze mening moet enerzijds rekening worden gehouden met afstemmingsproblemen in de praktijk. Nu de Afdeling Adviesgeving heeft nagelaten om heldere criteria te formuleren tussen wanneer

strafrechtelijk optreden en bestuursrechtelijk optreden gewenst is, is het zeker niet uit te sluiten dat de praktijk dit zelf moet gaan oplossen. De nieuwe Omgevingswet is een treffend voorbeeld hiervan. Het uitgangspunt lijkt te zijn dat strafrechtelijk optreden plaats moet vinden wanneer sprake is van ernstige overtredingen, maar het is onduidelijk wanneer nu precies sprake is van ernstige overtredingen. Zeker de handhaving van de Omgevingswet zal voor problematische afstemmingsproblemen (kunnen) gaan zorgen.

Anderzijds zien wij een spanning tussen de rechterlijke toetsing van bestuurlijke boetebesluiten en andere sanctiebesluiten. Een bestuurlijke boete – hoe minimaal ook – dient door de bestuursrechter volledig te worden getoetst, terwijl dit voor bestuurlijke herstelsanctie niet is voorgescreven, ook niet indien sprake is van hoge lasten onder dwangsom. Wij verwachten dat in de toekomst hier nadere ontwikkelingen zullen plaatsvinden, mede naar aanleiding van jurisprudentie van het EHRM, die minder waarde lijkt te hechten aan het ‘criminal charge’-begrip als zodanig, maar meer oog lijkt te gaan hebben voor de evenredigheid van de opgelegde sanctie.

Tegen deze achtergrond verdient het aanbeveling om deze ontwikkelingen in de gaten te houden. Wij zien in ieder geval twee concrete ontwikkelingen die nader onderzocht zouden kunnen worden. Ten eerste de samenloop- en afstemmingsproblematiek. Dit onderzoek zou zowel een juridisch als een empirisch aspect moeten omvatten. Hoe is de juridische afstemming geregeld, wanneer bijvoorbeeld duale handhaving mogelijk is? Daarnaast zou onderzocht moeten worden hoe de afstemming tussen het bestuursorgaan en het openbaar ministerie feitelijk gestalte krijgt en welke problemen zij ervaren.

Ten tweede is het van belang om onderzoek te verrichten naar de rechterlijke toetsing. In dat verband kan worden onderzocht hoe de rechterlijke evenredigheidstoetsing van bestuurlijke boetes zich ontwikkelt (en wellicht zou moeten ontwikkelen) en hoe die zich verhoudt tot de toetsing van bestuurlijke herstelsancties. In hoeverre zijn er discrepanties te ontdekken en als deze er zijn, zijn die dan ook te rechtvaardigen?