



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht: Zoeken naar evenredige bestraffing

Crijns, J.H.; Emmerik, M.L. van

Citation

Crijns, J. H., & Emmerik, M. L. van. (2018). Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht: Zoeken naar evenredige bestraffing. *Nederlands Juristenblad*, 93(16), 1094-1103. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68765>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68765>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Samenloop tussen strafrecht en punitief bestuursrecht

Zoeken naar evenredige bestraffing

Jan Crijns & Michiel van Emmerik¹

Waar de nadruk een tijd lang met name heeft gelegen op de vraag hoe te voorkomen dat procedures en sancties ten onrechte met elkaar cumuleren, verschuift deze nadruk in toenemende mate richting de vraag hoe in geval van samenloop van procedures evenredige bestraffing kan worden gerealiseerd. De strafrechter en de bestuursrechter lijken op zichzelf voldoende gereedschap in handen te hebben als het gaat om het verdisconteren van ‘elkaars’ sancties, bij de uiteindelijke strafoplegging. Wel geldt dat in beide kolommen vervolgens ook voldoende bereidheid dient te bestaan voor dit verdisconteren, welke bereidheid vanzelfsprekend kennis van hetgeen zich binnen de andere kolom afspeelt, veronderstelt. De tijd is echt voorbij dat de rechter zich kan permitteren zijn beslissing enkel te nemen op basis van hetgeen binnen zijn eigen procedure ‘aan de orde is’.

1. Inleiding

De laatste jaren zijn er diverse interessante ontwikkelingen op het brede terrein van de rechtsbescherming bij punitieve handhaving. Zo heeft de Afdeling advisering van de Raad van State in 2015 kritisch gereflecteerd op de rechtsbescherming binnen het punitieve bestuursrecht in vergelijking met het strafrecht.² Zorg over uiteenlopende rechtsbescherming is ook in het recente verleden al herhaaldelijk geuit.³ Tegelijkertijd kan aan strafrechtelijke zijde worden geconstateerd dat de opkomst van de (bestuurlijke) strafbeschikking de nodige gevolgen heeft voor de mate van rechtsbescherming binnen het strafrecht.⁴ Het kabinet is nog steeds aan zet om een standpunt te bepalen ten aanzien van de vraag of en in hoeverre bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedures meer op elkaar afgestemd zouden moeten worden, meer in het bijzonder ten aanzien van de rechtspositie van de betrokken burger.⁵ Niettemin staat de rechtsonwikkeling op dit vlak niet stil. Geregeld ziet de rechter zich genoodzaakt uitspraken te doen over de vraag welke mate van rechtsbescherming in het individuele geval geboden is gezien het (punitieve) karakter van de aan de orde zijnde procedure. Zo schorste de Amsterdamse bestuursrechter – anders dan te doen gebruikelijk binnen het bestuursrecht, maar met verwijzing naar voornoemd advies van de Raad van State – de invordering van een bestuurlijke boete hangen-

de de bezwaarprocedure vanwege de mogelijke onomkeerbare gevolgen voor verzoeker.⁶

Een andere, maar met het voorgaande nauw samenhangende, kwestie betreft de vraag of en in hoeverre bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sanctionering in concreto met elkaar kunnen samengaan en – voor zover dit mogelijk is – wat dit vervolgens betekent voor de uitkomst van deze procedures. Ook ten aanzien van deze vraag zijn recent zowel in de strafrechtelijke als bestuursrechtelijke jurisprudentie interessante uitspraken te zien. Zo hield de Centrale Raad van Beroep bij de bepaling van de hoogte van een bestuurlijke boete wegens schending van de inlichtingenplicht op grond van de Wet Werk en Bijstand rekening met een strafbeschikking op grond van de Opiumwet (beide sancties volgden op de aanwezigheid van een hennepkwekerij)⁷ en oordeelde het Gerechtshof Den Bosch de strafvervolgning ter zake van het verrichten van taxivervoer zonder vergunning in strijd met de beginselen van een goede procesorde, nu de verdachte op grond van datzelfde feit reeds een forse dwangsom had veroordeeld.⁸ Bovendien heeft advocaat-generaal Keus in een conclusie zijn licht laten schijnen over de vraag naar verspel van de bevoegdheid tot boeteoplegging bij het in strijd met art. 5:44 lid 2 Awb niet melden van een overtreding aan de officier van justitie.⁹ Ten slotte spelen bij de samenloop van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke

sancties belangrijke vragen ten aanzien van de reikwijdte van het verbod van bis in idem, zeker nu recente Straatsburgse en Luxemburgse jurisprudentie er op lijkt te wijzen dat – met een beroep op de onderlinge verwevenheid van de onderscheiden procedures – meer mogelijk is als het gaat om deze samenloop dan voorheen in de jurisprudentie en doctrine wel werd aangenomen.¹⁰ Ook de teneur van de (recente) jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt te zijn dat schending van het ne bis in idem beginsel niet al te gemakkelijk moet worden aangenomen in geval van samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sanctiëring.¹¹

Recente Straatsburgse en Luxemburgse jurisprudentie lijkt er op te wijzen dat meer mogelijk is als het gaat om samenloop dan voorheen in de jurisprudentie en doctrine wel werd aangenomen

In deze bijdrage zal in het licht van genoemde recente ontwikkelingen op het grensvlak van strafrecht en punitief bestuursrecht in het bijzonder worden stilgestaan bij de samenloop tussen beide typen punitieve procedures.¹² Doelstelling hiervan is te laten zien dat – in afwachting van eventuele nadere regelgeving op dit gebied – de rechtspraktijk allerminst stil staat en geregeld

ongemak lijkt te tonen met de huidige situatie.¹³ Eerst wordt in § 2 nog eens kort stil gestaan bij de kwalificatievraag: wanneer is sprake van een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM en daarmee van een punitieve sanctie?¹⁴ Aan het verlenen van het predicaat *criminal charge* is immers een aantal extra – strafrechtelijke – waarborgen verbonden, waaronder het verbod om vanwege hetzelfde feit twee keer vervolgd of bestraft te worden. In § 3 wordt daartoe in vogelvucht stilgestaan bij dit beginsel van ne bis in idem, zoals vormgegeven in het Nederlandse strafrecht en punitieve bestuursrecht en in de Europese jurisprudentie. In § 4 worden vervolgens enkele oplossingsrichtingen voor de bestaande situatie verkend. In dit verband komt onder meer de vraag aan de orde hoe deze verschillende sanctiewegen zo goed mogelijk op elkaar kunnen worden afgestemd teneinde de evenredigheid te verzekeren van het totale sanctiepakket waarmee een betrokkene in verband met dezelfde feiten kan worden geconfronteerd. Daarbij wordt ook gezien of het huidige bestuursrechtelijk en strafrechtelijk instrumentarium in deze toereikend is. Aldus wordt met deze bijdrage tevens beoogd een concrete bijdrage te leveren aan de gedachtenvorming naar aanleiding van het genoemde advies van de Raad van State voor zover het de samenloop van strafrechtelijke en (punitieve) bestuurlijke procedures betreft.

2. Het punitieve karakter van sancties

Voordat van eventueel problematische samenloop in de zin van art. 4 Zevende Protocol EVRM sprake kan zijn, dient eerst vast te staan dat beide sancties als *criminal charge* kunnen worden aangemerkt. Ter opfrissing is het goed de criteria voor het kwalificeren als *criminal charge* nog even kort de revue te laten passeren. Doorgaans wordt hier gesproken over de zogenaamde Öztürk-criteria naar aanleiding van de klassieke Straatsburgse uitspraak over de heer Öztürk die in de voormalige Bondsrepubliek Duitsland bestuursrechtelijk werd beboet wegens een verkeersovertreding.¹⁵ Het EHRM hanteert hierbij een auto-

Auteurs

1. Prof. mr. J.H. (Jan) Crijns is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden en raadsheer-plaatsvervanger (sector strafrecht) in het Gerechtshof Den Haag; Mr. dr. M.L. (Michiel) van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger (afdeling bestuursrecht) in de Rechtbank Midden-Nederland. Deze bijdrage is afgerond op 10 april 2018.

Noten

2. Afdeling Advisering van de Raad van State, Advies W03.15.0138/II.
3. Zie bijv. C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik & C.M. Saris, F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, VAR Preadviezen 2014, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014. T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbepalend overheids-*

ingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak, Deventer: Kluwer 2014

4. Zie bijv. J.H. Crijns en R.S.B. Kool, 'Afscheid van de klassieke strafrechtelijke procedure?', in: L.M. Coenraad e.a., *Afscheid van de klassieke procedure (preadviezen NJV 2017)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 265-357. Zie voorts de rapporten van de P-G bij de Hoge Raad over de praktijk van de strafbeschikking en het verzet daartegen: *Beschikt en gewogen* (2014) en *Beproefd verzet* (2017), te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

5. In afwachting van deze kabinetsreactie heeft het tijdschrift *RegelMaat* een themanummer gewijd aan de keuze tussen bestuurs- en strafrechtelijke handhaving, *RegelMaat* 2017, nr. 5.

6. Vzng. Rechtbank Amsterdam 21 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9126.

7. CRvB 22 november 2016,

ECLI:NL:CRVB:2016:4606.

8. Gerechtshof 's Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:349; inmiddels vernietigd in HR 12 december 2017:

ECLI:NL:HR:2017:3122. Zie nader hierover § 3.2.

9. Zie ECLI:NL:CBB:2017:130. Zie voor een kritische reactie L.J.J. Rogier, 'Bedenkingen bij een conclusie van de AG Keus', *NJBlog* 28 september 2017.

10. Zie EHRM 15 november 2016, *A en B t. Noorwegen*, AB 2017/188, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; vgl. P. Wattel, 'Bis in idem', *NJB* 2017/205, afl. 4. Zie voorts HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15 (*Menci*); ECLI:EU:C:2018:197; C-537/16 (*Garlsson Real Estate SA* e.a.; ECLI:EU:C:2018:193), gevoegde zaken C-596/16 en C-597/16 (*Di Puma en Zecco*; ECLI:EU:C:2018:192).

11. Zie bijvoorbeeld HR 9 februari 2016, *NJ* 2016/143, m.nt. Kooijmans en HR 14 februari 2017, *NJ* 2017/289, m.nt. Reijn-

tjes. Zie nader over deze uitspraken § 3.2.

12. Ook is er enige aandacht voor de stapeling van (al dan niet bestraffende) sancties binnen het bestuursrecht.

13. Vgl. A.C.M. Klaasse & J.N. de Boer, 'Cumulerende procedures en dubbele bestraffing. De invloed van Europa op het ne bis in idem-beginsel in Nederland', *TBS&H* 2017/4, p. 237-245.

14. Voor ons betoog stellen wij de termen 'criminal charge' en 'punitief' dus op één lijn.

15. EHRM 21 februari 1984, *Öztürk t. Duitsland*, AB *Klassiek* 2016, nr. 6 (T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik) waaraan deze paragraaf (grotendeels) is ontleend. Ook wel de 'Engel'-criteria genoemd, nu het Hof ze voor het eerst geformuleerd heeft in EHRM 8 juni 1976, *Engel t. Nederland* betreffende toepassing van het militaire tuchtrecht.



nome uitleg waarbij de classificatie van de overtreding in het nationale recht – het eerste criterium – niet bepalend is. In de praktijk van het Straatsburgse Hof zijn de criteria ‘aard van de overtreding’ en ‘aard en ernst van de sanctie’ het belangrijkste en het Hof past deze doorgaans alternatief toe. De vraag naar de aard van de overtreding – het tweede criterium – wordt ook wel aangeduid als het normadressaatcriterium: richten de betrokken normen zich tot een afgebakende groep met een speciale status of tot alle burgers? Indien deze normen zich richten tot een specifieke groep en slechts gelding hebben binnen deze groep of binnen de groepsspecifieke context, worden zij door het Hof als tuchtrechtelijk of disciplinair gezien en daarmee niet als criminal charge. Hierbij valt in het bijzonder te denken aan het tuchtrecht van beroepsgroepen,

zoals artsen en advocaten. Dit tuchtrecht valt wel onder de ‘civiele poot’ van art. 6 EVRM.¹⁶ De Straatsburgse jurisprudentie ten aanzien van dit criterium is echter lang niet altijd duidelijk, nu de grenzen soms ruimer worden getrokken dan ten aanzien van het genoemde ‘klassieke’ tuchtrecht.¹⁷

Bij het derde criterium, de aard en zwaarte van de sanctie, spelen de volgende overwegingen een rol. Is de aard, casu quo het doel van de sanctie leedtoevoegend en afschrikwekkend (‘punitive and deterrent’), dan is dit doorgaans een doorslaggevende aanwijzing voor het criminal charge karakter van de sanctie. Meestal geeft het Hof echter geen nadere motivering van de vaststelling dat de sanctie een dergelijk doel heeft. Als het gaat om het tweede onderdeel van dit criterium, de zwaarte van de

Hoewel er op basis van de Straatsburgse jurisprudentie betrekkelijk heldere criteria bestaan voor de beantwoording van de vraag in welke gevallen een sanctie als punitief heeft te gelden, laat recente nationale jurisprudentie zien dat deze toch niet altijd tot voorspelbare uitkomsten leiden

sanctie, is dit maar zelden doorslaggevend bij lichte sancties. Dit blijkt ook uit de zaak *Öztürk*, waarin het ging om een lichte verkeersboete, en ook uit de latere zaak *Jussila tegen Finland*, waarin het Hof duidelijk maakte dat een bestuurlijke boete, hoe licht ook, een criminal charge is in de zin van art. 6 EVRM.¹⁸ Andersom kan de zwaarte van een sanctie, die op zichzelf geen criminal charge is op basis van het tweede criterium (omdat het bijvoorbeeld gaat om tuchtrecht) alsnog maken dat deze sanctie als criminal charge kwalificeert.¹⁹

Als we deze criminal charge criteria toepassen op de verschillende sancties in het Nederlandse recht, ontstaat het volgende beeld. In geval van een strafrechtelijke vervolging is er uit de aard van de zaak sprake van een criminal charge. Dit geldt ook voor de bestuurlijke boete, hoe licht deze ook is. De last onder dwangsom en de bestuursdwang worden doorgaans gezien als herstelmaatregelen; dit geldt ook voor de intrekking van begunstigende beschikkingen (zoals vergunningen en subsidies).²⁰ Hoewel er op basis van de Straatsburgse jurisprudentie betrekkelijk heldere criteria bestaan voor de beantwoording van de vraag in welke gevallen een sanctie als punitief heeft te gelden, laat recente nationale jurisprudentie zien dat deze toch niet altijd tot voorspelbare uitkomsten leiden. Hierbij valt te denken aan de zich in het begin aarzeland ontwikkelende jurisprudentie met betrekking tot het alcoholslotprogramma (zie nader § 3.2), maar ook het hiervoor genoemde oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch ten aanzien van de last onder dwangsom. Bovendien lijkt het er op dat in lijn met de Luxemburgse *Bonda*-uitspraak op basis van het zogenaamde tweede Öztürk-criterium ('de aard van de overtreding', dit ziet als gezegd op de normadressaat) vaker wordt geconcludeerd dat (financiële)

sancties geen criminal charge zijn, nu de overtreden norm zich richt tot een beperkte afgebakende groep.²¹ De intrekking van een begunstigde beschikking wordt vrijwel altijd gezien als herstelmaatregel, dus niet als leedtoevoegend.²² De laatste tijd lijkt er wel sprake van een tendens om ook intrekkingen van vergunningen onder het tweede Öztürk-criterium te bekijken.²³

3. Ne bis in idem in vogelvlucht

3.1 Ne bis in idem in het punitieve bestuursrecht

Op basis van het beginsel van ne bis in idem mag voor eenzelfde overtreding niet twee keer een bestuurlijke boete of andere bestraffende sanctie worden opgelegd. Voor bestuurlijke sancties is dit beginsel voor Nederland nog niet internationaal vastgelegd, zij het dat art. 50 EU Grondrechtenhandvest dit wel doet maar dat geldt alleen wanneer lidstaten EU-recht ten uitvoer leggen.²⁴ Dit beginsel, dat niet wordt gegarandeerd door art. 6 EVRM, is immers vastgelegd in het niet door Nederland geratificeerde Zevende Protocol bij het EVRM. Verder heeft Nederland een voorbehoud gemaakt bij de vergelijkbare garantie in art. 14 lid 7 IVBPR, in die zin dat wordt aangesloten bij de beperkte strekking van art. 68 Sr (zie § 3.2). Dit neemt echter niet weg dat dit beginsel in het algemeen ook voor bestuurlijke boetes wordt erkend en ook in art. 5:43 Awb is opgenomen.²⁵ Bovendien bevat de Awb een gedetailleerde regeling voor de verhouding met het strafrecht, in de zin dat uiteindelijk één weg moet worden gekozen (*una via*, art. 5:44 Awb).²⁶ Daarbij heeft de Hoge Raad mede onder verwijzing naar het genoemde Zevende Protocol en het IVBPR het verbod van bis in idem als algemeen geldend rechtsbeginsel aangemerkt, ook buiten de

16. Zie bijv. ten aanzien van het Oostenrijks-advocatenrecht EHRM 19 februari 2013, *Müller-Hartburg t. Oostenrijk*, klachtnr. 47195/06 en EHRM 5 april 2016, *Blum t. Oostenrijk*, klachtnr. 33060/10 en voor een toepassing ten aanzien van het Nederlandse accountantsrecht CBB 16 november 2017, ECLI:NL:CBB:2017:360.

17. Zie bijv. EHRM 29 oktober 2013, *Suceava t. Roemenië*, AB 2014/425, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

18. EHRM 23 november 2006, *Jussila t. Finland*, AB 2007/51, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Wel kan er volgens het Hof gedifferentieerd worden in de gelding van

de eisen van art. 6 EVRM als het niet gaat om 'hard core criminal law', zoals het belastingrecht en verkeersrecht.

19. Dit was bijvoorbeeld het geval in de eerder genoemde zaak *Engel*.

20. Vgl. voor een (recente) analyse van de jurisprudentie op dit punt Michiels, Blomberg & Jurgens, *Handhavingsrecht*, Deventer 2016, hoofdstuk 5; B. de Kam, *De intrekking van beschikkingen mede in Euro-pees en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer 2016.

21. HvJ EU 5 juni 2012, AB 2012/315, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Zie bijvoorbeeld de nationale jurisprudentie inzake

financiële steun op basis van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid van de EU, genoemd in § 3.2.

22. Zie bijv. preadvies Albers VAR 2014 met nadere verwijzingen.

23. Zie bijv. ten aanzien van de (geoorloofde) samenloop van de intrekking van een marktvergunning en de oplegging van een bestuurlijke boete: ABRvS 29 maart 2017, AB 2017/189 en 190, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Vgl. ook ABRvS 30 augustus 2017, AB 2018/73, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

24. Voor de uitleg daarvan wordt vooralsnog aangesloten bij die van art. 4 Zevende

Protocol. Zie nader over ne bis in idem binnen de context van het EU-recht W.B. van Bockel (ed.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016.

25. Vgl. ook de overweging in de Memorie van Toelichting bij de Vierde tranche van de Awb dat het totaalpakket van de opgelegde bestuurlijke sancties ook bij geoorloofde samenloop in overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel (*Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 91).

26. Zie daarover de conclusie van AG Keus, ECLI:NL:CBB:2017:130.

beperkte strekking van art. 68 Sr.²⁷ Hieruit volgt dat hoe wel het verbod van bis in idem uit het Zevende Protocol niet als zodanig geldt voor Nederland, het wel mede de invulling bepaalt van de wel geldende verboden op dit vlak zoals hiervoor omschreven.

3.2 *Ne bis in idem in het strafrecht*

Art. 68 Sr vormt als gezegd de uitdrukking van het ne bis in idem beginsel binnen de strafrechtelijke context.²⁸ Tegelijkertijd is de bescherming van art. 68 Sr ook daadwerkelijk beperkt tot deze context, nu deze bepaling enkel cumulatie van meerdere strafrechtelijke vervolgingen voor een en hetzelfde feit uitsluit. In aanvulling op de bescherming die art. 68 Sr biedt, bepaalt art. 243 lid 2 Sv (jo. art. 255 Sv) daarom dat een strafrechtelijke vervolging tevens niet (langer) mogelijk is wanneer een bestuursorgaan voor hetzelfde feit reeds een bestuurlijke boete heeft opgelegd dan wel heeft medegedeeld dat geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd. Daarmee vormt art. 243 lid 2 Sv het strafrechtelijke spiegelbeeld van art. 5:44 Awb dat bepaalt dat geen bestuurlijke boete wordt opgelegd als wegens dezelfde gedraging reeds een strafbeschikking is uitgevaardigd dan wel een strafvervolgning is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen. Beide bepalingen geven daarmee nader uitwerking aan het zogenoemde *una via* beginsel.

Deze combinatie van bepalingen lijkt echter helderder dan deze in werkelijkheid is, nu zich in de praktijk complexe vragen kunnen voordoen bij de beoordeling van concrete gevallen waarin strafrechtelijke afdoening en bestuurlijke beboeting met elkaar (dreigen te) cumuleren. Ten eerste is ook in deze context discussie mogelijk over de vraag wanneer juridisch bezien sprake is van hetzelfde feit. Net als in het kader van art. 68 Sr komt bij de beantwoording van deze vraag niet alleen betekenis toe aan de feitelijke gedraging maar ook aan de juridische aard van de feiten, waarmee de Hoge Raad – in geval de feiten niet onder dezelfde wettelijke omschrijving vallen – doelt op (het verschil in) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheiden wettelijke omschrijvingen strekken en (het verschil in) de sancties die op de onderscheiden feiten zijn gesteld. Indien sprake is van een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten, kan dit leiden tot de conclusie dat dubbele bestraffing voor een en dezelfde feitelijke gedraging wel degelijk mogelijk is.²⁹ Maar ook wanneer vaststaat dat sprake is van hetzelfde feit in de zin van art. 243 lid 2 Sv, kan het samenstel van deze bepaling met art. 5:44 Awb vragen oproepen. Zo oordeelde de Hoge Raad – anders dan wellicht op het eerste gezicht verwacht zou mogen worden – dat het opleggen van een bestuurlijke boete door een bestuursorgaan na een reeds ingestelde strafvervolgning de voortgang van deze vervolging op zichzelf niet blokkeert.³⁰ In een dergelijke situatie is het immers het bestuursorgaan dat een scheve schaats rijdt en is het ook aan de bestuursrechtelijke kolom de verboden situatie van samenloop te beëindigen. Anders zou het bestuursorgaan eenzijdig kunnen interveniëren in een reeds lopende strafvervolgning, hetgeen vanuit het oogpunt van het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie en de ratio achter de wijze waarop art. 5:44 Awb en art. 243 lid 2 Sv zijn ingericht (waarbij het primaat voor wat betreft het bepalen van de

meest wenselijke wijze van afdoening bij het Openbaar Ministerie wordt gelegd; vgl. art. 5:44 lid 2 en 3 Awb),³¹ onwenselijk voorkomt.

Daarmee is nog geen antwoord gegeven op de vraag in hoeverre er mogelijkheden zijn tot cumulatie van een strafrechtelijke vervolging met een bestuursrechtelijke sanctie anders dan een bestuurlijke boete. Nu de wet daarover zwijgt, moet het antwoord op die vraag worden gezocht in het internationale kader, met name het Zevende Protocol bij het EVRM, dat weliswaar niet is geratificeerd door Nederland maar op de hiervoor in § 3.1 beschreven wijze toch van betekenis is. Immers, alleen wanneer de bestuurlijke sanctie als een criminal charge kan worden beschouwd, is op grond van art. 4 Zevende Protocol bij het EVRM (en het daarop gebaseerde ongeschreven beginsel van niet dubbele bestraffing voor hetzelfde feit) cumulatie met een strafrechtelijke vervolging verboden. In de jurisprudentie van de afgelopen jaren zien we dan ook geregeld de vraag voorbij komen of een bepaalde bestuurlijke sanctie al dan niet als punitief kan worden aangemerkt, op welk gegeven de mogelijkheid van een strafrechtelijke vervolging voor hetzelfde feit zou afstuiten.³² Vaak betrof het hier bestuurlijke maatregelen die door het CBR jegens een bestuurder werden getroffen naar aanleiding van overtreding van het verbod op rijden onder invloed (art. 8 WVV 1994), bijvoorbeeld de Educatieve Maatregel Alcohol en Verkeer of de oplegging van een alcoholslotprogramma. Lang stelden de hoogste nationale rechters zich op het standpunt dat dergelijke maatregelen wegens het ontbreken van een punitief karakter konden cumuleren met een strafvervolgning ter zake van hetzelfde feit. In 2015 sloeg de Hoge Raad met betrekking tot het alcoholslotprogramma echter een andere weg in door te oordelen dat een strafvervolgning na oplegging van dit programma in strijd was met het ne bis in idem beginsel.³³ Meer concreet overwoog de Hoge Raad:

‘Tegen de achtergrond van het hiervoor overwogene is bij de huidige Nederlandse regelgeving de strafvervolgning van een verdachte ter zake van het rijden onder invloed van alcoholhoudende drank in strijd met de beginselen van een goede procesorde in die gevallen waarin de verdachte op grond van datzelfde feit de onherroepelijk geworden verplichting tot deelname aan het aspr is opgelegd. Die beginselen van een goede procesorde kunnen immers meebrengen – en brengen in de hier aan de orde zijnde gevallen ook mee – dat een inbreuk op het beginsel dat iemand niet twee maal kan worden vervolgd en bestraft voor het begaan van hetzelfde feit, de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de strafvervolgning tot gevolg heeft.’

Deze motivering – waarin het verbod van dubbele bestraffing in de sleutel werd geplaatst van de beginselen van een goede procesorde³⁴ – nodigde er (blijkbaar) toe uit in tal van meer of minder vergelijkbare situaties waarin sprake was van samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving een beroep op deze uitspraak te doen. Ook het feit dat de Hoge Raad tot dit oordeel kwam zonder met zoveel woorden uit te spreken dat het alcoholslotprogramma kon of moest worden beschouwd

Ondanks het feit dat de ne bis in idem gedachte stevig in onze nationale wetgeving is verankerd en sinds het Alcoholslotprogramma-arrest ook onder de brede paraplu van de beginselen van een goede procesorde is gebracht, bestaan toch betrekkelijk ruime mogelijkheden tot samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sanctionering

als een criminal charge zal hieraan hebben bijgedragen; dit leek immers de deur te openen om andere sancties en/of procedures waarvan het punitieve karakter discutabel was onder de reikwijdte van de bescherming van het ne bis in idem beginsel te brengen. Veelal hadden dergelijke beroepen evenwel geen succes. Zo oordeelde de Hoge Raad begin 2017 dat geen sprake was van overtreding van ne bis in idem in geval van een strafvervolgning nadat eerder een zogenoemde randvoorwaardenkorting op GLB-inkomenssteun was opgelegd. De procedure die tot die korting heeft geleid, kon volgens de Hoge Raad niet worden aangemerkt als een veroordeling voor een strafbaar feit in de zin van art. 50 EU Grondrechtenhandvest. Evenmin was in dit geval sprake van een uitzonderlijke situatie die op gespannen voet zou staan met het, aan art. 68 Sr ten grondslag liggende, beginsel dat iemand niet tweemaal kan worden vervolgd en bestraft voor het begaan van hetzelfde feit, zoals in geval van het alcoholslotprogramma,

aldus de Hoge Raad.³⁵ En recent nog oordeelde de Hoge Raad dat de combinatie van een Educatieve Maatregel Alcohol en Verkeer (EMA) met een strafvervolgning geen strijd opriep met het ne bis in idem beginsel, nu de EMA niet punitief van aard is en deze combinatie evenmin een met het alcoholslotprogramma vergelijkbare situatie in het leven riep.³⁶ Langs dezelfde lijnen oordeelde de Hoge Raad een maand eerder dat ook de combinatie van een bestuursrechtelijk huisverbod met een strafrechtelijke vervolging wegens mishandeling door de beugel kon.³⁷ Anders dan het hof, meende de Hoge Raad voorts dat het verbeuren van een dwangsom en een strafvervolgning ter zake van dezelfde gedraging – namelijk overtreding van de Wet Personenvervoer wegens taxivervoer zonder vergunning – wel degelijk kunnen samengaan, nu ook hier de vergelijking met de situatie in het *Alcoholslotprogramma*-arrest niet opging. Wel gaf de Hoge Raad uitdrukkelijk aan dat de strafrechter bij de strafoplegging rekening kan houden met het feit dat reeds een dwangsom is verbeurd.³⁸

Ondanks het feit dat de ne bis in idem gedachte stevig in onze nationale wetgeving is verankerd en sinds het *Alcoholslotprogramma*-arrest ook onder de brede paraplu van de beginselen van een goede procesorde is gebracht, bestaan aldus toch betrekkelijk ruime mogelijkheden tot samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sanctionering. Deze ruimte wordt enerzijds gecreëerd door eisen te stellen aan de vraag wanneer al dan niet sprake is van hetzelfde feit in de zin van voornoemde bepalingen en anderzijds door – voortbouwend op de Europeesrechtelijke jurisprudentie ter zake – cumulatie alleen te verbieden wanneer beide trajecten daadwerkelijk punitief van aard zijn.³⁹ Voor de strafvervolgning is dat uit de aard der zaak het geval; voor het bestuurlijke traject evenwel niet zonder meer. Voor de betrokken burger betekent dit dat – hoewel strikt juridisch bezien veelal in de haak – geenszins is uitgesloten dat hij wegens een en dezelfde feitelijke gedraging zowel door de kat als de hond wordt gebeten.

3.3 Ne bis in idem in (recente) Straatsburgse jurisprudentie

Naar aanleiding van (vrij) recente Straatsburgse jurisprudentie inzake het verbod van bis in idem lijkt het er op dat minder obstakels bestaan ten aanzien van de samen-

27. HR 3 maart 2015, *NJ* 2015/256 m.nt. B.F. Keulen; *AB* 2015/159, m.nt. Stijnen. Zie nader § 3.2.

28. Zie uitgebreid over het (strafrechtelijke) ne bis in idem beginsel in historisch en rechtsvergelijkend perspectief W.F. van Hattum, *Non bis in idem. De ontwikkeling van een beginsel* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

29. Zie HR 9 februari 2016, *NJ* 2016/143 m.nt. Kooijmans, daarbij aansluitend bij het standaardarrest HR 1 februari 2011, *NJ* 2011/394, m.nt. Buruma. In deze zaak ging het om de vraag of de strafvervolgning ter zake art. 197a en 197b Sr (resp. mensen-smokkel en werkverschaffing illegalen)

verenigbaar was met de eerder opgelegde bestuurlijke boete wegens overtreding van art. 2 Wet arbeid vreemdelingen (tewerkstelling illegale vreemdelingen).

30. Zie HR 6 oktober 2015, *NJ* 2016/130 m.nt. Reijntjes.

31. Zie over deze ratio nader L.J.J. Rogier, 'Bedenkingen bij een conclusie van de AG Keus', *NJBlog* 28 september 2017.

32. Ook in geval van cumulatie van een strafrechtelijke vervolging met een civielrechtelijke sanctie is dit het geldende beoordelingskader. In de meeste gevallen leidt dit tot de conclusie dat een dergelijke cumulatie is toegestaan. Zie bijvoorbeeld HR 12 april 2016, *NJ* 2016/215 waarin het ging

om strafvervolgning na een door de KNVB wegens dezelfde gedraging opgelegd stadionverbod.

33. Zie HR 3 maart 2015, *NJ* 2015/256 m.nt. B.F. Keulen; *AB* 2015/159 m.nt. R. Stijnen. Een dag later werd het alcoholslotprogramma zelf de das om gedaan. Zie *ABRvS* 4 maart 2015, *AB* 2015/160 m.nt. Stijnen.

34. Zie hierover de annotatie van J.H. Crijns bij deze uitspraak in *TBS&H* 2015, p. 178-182.

35. Zie 14 februari 2017, *NJ* 2017/289, m.nt. Reijntjes; *AB* 2017/421, m.nt. Van den Brink & Verboeket.

36. Zie HR 16 januari 2018,

ECLI:NL:HR:2018:23 en

ECLI:NL:HR:2018:46. Zie bijv. *ABRvS* 10 januari 2018; ECLI:NL:RVS:2018:39 voor het bestuursrechtelijke equivalent van deze uitspraak.

37. Zie HR 5 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3062.

38. Zie HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122. Zie voor de eerdere – andersluidende – uitspraak Gerechtshof 's Hertogenbosch 2 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:349.

39. In het navolgende wordt ingegaan op de vraag of en in hoeverre de actuele stand van zaken binnen de Europese jurisprudentie daadwerkelijk tot deze conclusie dwingt.

loop van (bestraffende) bestuurlijke sancties en strafrechtelijke sancties vanwege hetzelfde feit dan voorheen werd aangenomen.⁴⁰ In de hiervoor reeds genoemde uitspraak *A en B tegen Noorwegen* werden beide klagers – aandeelhouders in een onderneming – zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk bestraft wegens het niet opgeven van verkoopwinst aan de belastingdienst. Dat het om hetzelfde feit (het ‘idem’) ging, stond vast, net als het ‘criminal’ karakter van beide sancties. De rechtsvraag betrof de toelaatbaarheid van dubbele bestraffing daarvoor (het ‘bis’). Het betrof zowel een belastingboete ter hoogte van 30% van de fiscale navordering als een door de strafrechter opgelegde vrijheidsstraf, waarbij deze laatste rekening hield met de eerder opgelegde fiscale boete. Anders dan mogelijk verwacht,⁴¹ komt het Hof tot de conclusie dat deze beide bestraffende sancties voor hetzelfde feit naast elkaar kunnen worden opgelegd. Daartoe moeten de beide procedures die leiden tot sancties een voldoende nauwe samenhang hebben, zowel inhoudelijk als in tijd (‘sufficiently closely connected in substance and in time’). De procedures moeten op een voldoende samenhangende manier zijn gecombineerd, zodat zij een coherent geheel vormen. Factoren die hierbij een rol spelen zijn (i) of de verschillende procedures complementaire doelen dienen en aldus niet alleen in abstracto maar ook in concreto verschillende aspecten van het hetzelfde ‘sociale wangedrag’ adresseren; (ii) of de cumulatie van procedures voorzienbaar is; (iii) of de verschillende betrokken autoriteiten samenwerken of overleg hebben en daarbij met name de verzameling van het bewijs en de beoordeling daarvan

het Hof lijkt juist op de terreinen van zogenaamd ‘soft core criminal law’, zoals verkeersrecht en belastingrecht, de oplegging van verschillende punitieve sancties vanwege dezelfde feiten onder voorwaarden mogelijk te maken

één keer verrichten en gebruiken in beide procedures, en bovenal (iv) dat het totaalpakket aan sancties evenredig is, dat wil zeggen dat er een systeem moet zijn waarin bij de oplegging van de tweede sanctie rekening kan worden gehouden met de eerst opgelegde sanctie. Het Hof lijkt al met al een uitweg te hebben willen vinden om systemen in verschillende verdragsstaten waarbij twee punitieve sancties op een en dezelfde overtreding volgen, onder strikte voorwaarden toch in overeenstemming met art. 4

Zevende Protocol te achten. Hiermee slaat het Hof een weg in waartoe het in het arrest *Christoffer Nilsson* al een voorzichtige opening had gemaakt.⁴² In die zaak betreffende de intrekking van een rijbewijs en een strafrechtelijke veroordeling wegens dronken rijden (die door het Hof beide als ‘criminal’ werden aangemerkt), oordeelde het Hof dat tussen beide procedures een voldoende nauwe band bestond, zowel inhoudelijk als temporeel, zodat er geen schending was van art. 4 Zevende Protocol. Hiermee lijkt het Hof juist op de terreinen van zogenaamd ‘soft core criminal law’,⁴³ zoals verkeersrecht en belastingrecht, de oplegging van verschillende punitieve sancties vanwege dezelfde feiten onder voorwaarden toch mogelijk te maken. Het feit dat verschillende verdragsstaten in de zaak *A en B tegen Noorwegen* hebben geïntervenieerd lijkt hierbij ook een rol te hebben gespeeld.

3.4 Ne bis in idem in (recente) Luxemburgse jurisprudentie

Na deze zojuist behandelde recente EHRM-jurisprudentie, was de vraag of de Luxemburgse collega deze nieuwe Straatsburgse koers zou volgen. De eerste gelegenheid die zich voor beantwoording van deze vraag aandiende, waren verschillende Italiaanse zaken betreffende de aanpak van BTW-fraude en marktmanipulatie. In deze prejudiciële zaken heeft de advocaat-generaal van het Hof van Justitie met kracht van argumenten geadviseerd de nieuwe, restrictievere Straatsburgse lijn ten aanzien van ne bis in idem niet te volgen, nu deze volgens hem complex en weinig inzichtelijk is.⁴⁴ Het lijkt er echter op dat de Luxemburgse rechter in zijn uitspraken van 20 maart 2018 in ieder geval qua materiële uitkomst geen gehoor heeft gegeven aan deze oproep.⁴⁵ Daarbij geldt overigens wel dat het Hof van Justitie duidelijk zijn eigen benadering kiest. Zo overweegt het Hof uitdrukkelijk dat het weliswaar rekening houdt met het EVRM als beginsel van Unierecht maar dat het EVRM – zolang de Unie daarbij geen partij is – geen formeel in de rechtsorde van de Unie opgenomen rechtsinstrument is, anders dan het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

In de zaak *Menci*, om een van de zaken er uit te lichten, had de Italiaanse belastingdienst bij wijze van administratieve sanctie de heer Menci een verhoging van 30% van zijn belastingschuld opgelegd vanwege het niet tijdig voldoen aan de verplichting BTW te betalen in zijn hoedanigheid van eigenaar van zijn gelijknamige eenmanszaak. Na het onherroepelijk worden van dit (boete)besluit en aanvaarding van zijn verzoek tot gespreide betaling (en het voldoen van de eerste termijnen) werd vanwege dezelfde feiten een strafprocedure tegen hem ingesteld. De Italiaanse strafrechter wenste met zijn prejudiciële verwijzing te vernemen hoe deze beide procedures zich verhouden tot het verbod van bis in idem, zoals gegarandeerd door artikel 50 Handvest.

Het Hof van Justitie overweegt onder verwijzing naar zijn eerdere jurisprudentie dat het krachtens art. 50 Handvest verboden is om voor dezelfde feiten meerdere sancties van strafrechtelijke aard op te leggen die uit verschillende met het oog daarop gevoerde procedures voortvloeien (r.o. 37). Volgens het Hof lijkt het er in het onderhavige geval op dat – onder voorbehoud van verificatie door de nationale rechter – de bestuurlijke boete en de

strafvervolgning inderdaad betrekking hebben op hetzelfde feit. Daarmee is sprake van een cumulatie van vervolgingsmaatregelen en sancties die een beperking vormt van het door art. 50 gewaarborgde recht. Vervolgens beziet het Hof of op grond van de algemene beperkingsbepaling van art. 52 Handvest een rechtvaardiging kan worden gevonden voor deze beperking (hetgeen een mogelijkheid is die het EHRM mist, nu het verbod van bis in idem in het Zevende Protocol absoluut is geformuleerd). Daarbij spelen volgens het Hof kort en goed de volgende factoren een rol: het gaat om een belangrijk doel van algemeen belang (in casu de aanpak van BTW-fraude en daarmee de financiële belangen van de Unie) waarbij de vervolgingsmaatregelen en de bestuurlijke boete (het Hof spreekt van een administratieve sanctie van strafrechtelijke aard) elkaar aanvullende doelen moeten hebben; de betreffende wettelijke regeling moet duidelijk en nauwkeurig zijn, zodat voor betrokkene een eventuele cumulatie voorzienbaar is; er moeten regels zijn die zorgdragen voor onderlinge afstemming, zodat de extra belasting die voor betrokkenen uit een cumulatie van procedures voortvloeit tot het strikt noodzakelijke wordt beperkt; en tot slot moeten er regels zijn die voorzien in de evenredigheid van het totale sanctiepakket (mede onder verwijzing naar de eis van art. 49 lid 3 Handvest dat sancties niet onevenredig mogen zijn). Het is nu aan de nationale rechter om te bepalen of aan deze voorwaarden is voldaan. Daarbij dient de nationale rechter ook te bezien of de concrete belasting voor betrokkene door de cumulatie van vervolgingsmaatregelen en sancties de ernst van het gepleegde delict niet te buiten gaat.

Al met al lijkt het er met genoemde factoren op dat het Hof van Justitie onder strikte voorwaarden enige cumulatie van verschillende bestraffende sancties voor hetzelfde feit toelaatbaar acht. Ook hier blijft het echter afwachten wat deze uitspraken in de praktijk daadwerkelijk gaan betekenen.

3.5 Conclusie ten aanzien van de huidige stand van zaken rond ne bis in idem

Heeft de genoemde Europese jurisprudentie gevolgen voor het Nederlandse sanctierecht? Wat betreft de Straatsburgse rechtspraak niet direct. Wanneer echter de Nederlandse rechter voor zijn interpretatie van wat een dubbele bestraffing is – onverplicht, omdat hij gelet op art. 53 EVRM ook meer rechtsbescherming zou mogen bieden – zou aansluiten bij de ‘pakket-benadering’ van het EHRM in de uitspraak *A en B tegen Noorwegen* zou dat anders kunnen worden. Dit geldt temeer nu het er op lijkt dat het HvJ EU bij de toepassing van art. 50 EU Grondrechtenhandvest – zij het in eigen bewoordingen – de ‘nieuwe’ striktere Straatsburgse lijn volgt. Hiermee geldt immers

Het lijkt er op dat het Hof van Justitie onder strikte voorwaarden enige cumulatie van verschillende bestraffende sancties voor hetzelfde feit toelaatbaar acht

de nieuwe benadering ook voor Nederlandse autoriteiten als zij Unierecht ten uitvoer brengen. Daarbij blijft het afwachten hoe de Europese rechtspraak zich op dit punt verder ontwikkelt. Dat het Straatsburgse Hof de voorwaarden uit *A en B* terecht streng toetst blijkt uit de belastingzaak *Johannesson e.a. tegen IJsland*, waarin het Hof art. 4 Zevende Protocol wel geschonden acht, nu de twee procedures maar beperkt in tijd met elkaar overlappen en er afzonderlijke verzameling van bewijs door verschillende autoriteiten had plaatsgevonden.⁴⁶ Ook dient te worden afgewacht hoe de Luxemburgse jurisprudentie zich verder ontwikkelt. Feit is evenwel dat er veel in beweging is op het moment en dat de trend lijkt te zijn dat samenloop ook bij combinaties van punitieve handhaving vaker mogelijk is dan lang werd gedacht. Een belangrijke waarborg voor betrokkenen blijft echter hoe dan ook de eis die beide hoogste Europese rechters formuleren, namelijk dat het totaalpakket aan sancties evenredig moet zijn.

4. Waarborgen voor evenredige sanctionering

Een belangrijke vraag is hoe – gegeven de situatie dat samenloop van punitieve procedures onder omstandigheden mogelijk is – kan worden gewaarborgd dat uiteindelijk in zijn totaliteit bezien tot proportionele sanctionering wordt gekomen. Deze vraag is ook relevant als het gaat om de samenloop van punitieve en niet-punitieve procedures. Zijn er (procedurele) belemmeringen vanuit het bestuursrecht en vanuit het strafrecht in deze of zijn er juist bestaande mogelijkheden die kunnen worden benut om een evenredige sanctie ‘overall’ te realiseren? Met andere woorden: heeft zowel het bestuursrecht als het strafrecht voldoende gereedschap in huis om evenredige sanctionering te garanderen? Bij de beantwoording van deze vraag beperken we ons niet tot sanctionering vanwege ‘hetzelfde feit’ in de strikte ‘ne bis in idem’ betekenis maar kijken we iets breder naar verschillende sancties volgend op een zelfde feitencomplex.⁴⁷ Vooropgesteld dient te worden dat ter verzekering van de evenredigheid

40. De hierna volgende passages over deze uitspraak zijn ontleend aan de noot van Barkhuysen & Van Emmerik in *AB* 2017/188.

41. Zie onder meer P.J. Wattel, ‘Bis in idem’, *NJB* 2017/205, afl. 4.

42. EHRM 13 december 2005, *AB* 2006/285, m.nt. Barkhuysen & Van Emme-

rik.

43. Vgl. EHRM 23 november 2006, *Jussila t. Finland*, *AB* 2007/51, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

44. Zie onder meer conclusie AG Campos Sánchez-Bordona van 12 september 2017, *ECLI:EU:C:2017:667 (Menci)*.

45. Zie HvJ EU 20 maart 2018, *C-524/15*

(*Menci*; *ECLI:EU:C:2018:197*), *C-537/16*

(*Garlsson Real Estate SA e.a.*;

ECLI:EU:C:2018:193), gevoegde zaken

C-596/16 en *C-597/16 (Di Puma en Zecco*;

ECLI:EU:C:2018:192).

46. EHRM 18 mei 2017, *EHRC* 2017/140, m.nt. Tan

47. Zie bijv. ten aanzien van de (geoorloof-

de) samenloop van de intrekking van een marktvergunning en de oplegging van een bestuurlijke boete wegens overtreding van de Wav: *ABRvS* 29 maart 2017, *AB* 2017/189 en 190, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

van het totale sanctiepakket naar aanleiding van een zelfde feitencomplex idealiter één procedure met één strafoplegger aan zet is. Nu dit in de praktijk vaak niet aan de orde is, dient te worden gekeken hoe de verschillende handhavingstrajecten (doorgaans bestuursrechtelijk en strafrechtelijk⁴⁸) zo goed mogelijk op elkaar kunnen worden afgestemd.

In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat een samenloop van twee punitieve trajecten voor 'hetzelfde feit', zoals aan de orde in de Straatsburgse zaak *A en B tegen Noorwegen*, zich in Nederland in beginsel niet snel zal voordoen in de vorm van de combinatie strafrechtelijke afdoening en bestuurlijke beboeting. Zowel in het Wetboek van Strafvordering als in de Algemene wet bestuursrecht is voor deze situatie immers voorzien in een zogenaamde una via regeling (art. 243 lid 2 Sv en art. 5:44 Awb). Een vergelijkbare situatie als in *A en B tegen Noorwegen* zou zich echter wel kunnen voordoen als het gaat om de combinatie van een strafrechtelijke afdoening en de oplegging van een bestraffende bestuurlijke sanctie niet zijnde een bestuurlijke boete (zoals in de casus van het alcoholslotprogramma). Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de una via regeling ten onrechte niet is nageleefd. Zo kan het zijn dat een bestuurlijke boete wordt opgelegd terwijl er reeds vanwege hetzelfde

Heeft zowel het bestuursrecht als het strafrecht voldoende gereedschap in huis om evenredige sanctionering te garanderen?

feit een strafvervolgning is ingesteld. De Hoge Raad heeft in een dergelijk geval uitgemaakt dat de bestuurlijke boete niet alsnog de reeds ingestelde strafvervolgning stopt.⁴⁹ Hiervoor bestaan weliswaar goede argumenten (zie § 3.2), maar het roept wel de vraag op hoe de knoop die in een dergelijke situatie ontstaat moet worden ontward. Want al strekt de voorlegplicht van art. 5:44 lid 2 en 3 Awb niet tot bescherming van de overtreder,⁵⁰ het ne bis in idem beginsel doet dat wel. In een dergelijk scenario zijn de mogelijkheden van de strafrechter beperkt; de vervolging en het onderzoek ter terechtzitting zijn immers al van start gegaan, hetgeen dwingt tot een einduitspraak van de rechter. Het uitspreken van de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie ligt gezien voornoemde argumenten en de uitspraak van de Hoge Raad niet in de rede. De strafrechter kan dan ook weinig anders dan het verdisconteren van de bestuurlijke boete in de strafmaat, mocht de bestuurlijke boete er ten tijde van de einduitspraak nog liggen. Het ligt dan ook meer voor de hand om hangende de strafprocedure de eerder opgelegde bestuurlijke boete van tafel te krijgen. Dit zou dan kunnen doordat het betrokken bestuursorgaan het boetebesluit herroept, al dan niet op verzoek van betrokkene. Ook als er al een onherroepelijke rechterlijke uit-

spraak ligt, is verdedigbaar dat het bestuursorgaan bevoegd blijft het boetebesluit in te trekken, nu de beboete persoon hier beter van wordt. Dit zou echter anders kunnen liggen indien er gerechtvaardigde belangen van derden in het geding zijn, hetgeen niet geheel kan worden uitgesloten.⁵¹

Tegelijkertijd doet de vraag naar de evenredigheid van het totale sanctiepakket zich ook voor bij de combinatie van herstel- en bestraffende sancties naar aanleiding van hetzelfde feitencomplex. Een herstelsanctie (bijvoorbeeld de intrekking van een vergunning) kan immers ook ingrijpende gevolgen hebben voor betrokkene, in voorkomende gevallen mogelijk zelfs ingrijpender dan een (lichte) bestuurlijke boete. In die zin is het passend de mate van rechtsbescherming te intensiveren naar de mate van de ingrijpendheid van de sanctie en daarvoor niet alleen aan te sluiten bij het nogal digitale onderscheid tussen wel of geen 'criminal charge' sancties.⁵² Dit pleit ervoor ook bij de combinatie van ingrijpende al dan niet bestraffende sancties de eis te stellen dat het totale sanctiepakket evenredig is. Dat de rechtspraak hier regelmatig mee worstelt, blijkt onder meer uit het eerdergenoemde arrest waarin op nogal gekunstelde wijze de last onder dwangsom als een criminal charge werd aangemerkt en vanwege de daardoor ontstane ongeoorloofde combinatie van twee punitieve sancties het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk werd verklaard. De Hoge Raad volgde hier een meer passende benadering en zocht het uiteindelijk terecht in de noodzaak tot evenredige sanctieoplegging door de laatste actor die aan zet is: dit betekent in casu dat de strafrechter bij de straftoemeting voor het zonder vergunning uitoefenen van een taxibedrijf rekening kan houden met de eerder vanwege hetzelfde feit verbeurde dwangsom.⁵³

Voor het garanderen van de evenredigheid van het totale sanctiepakket is relevant welke actor als laatste instantie aan zet is, de strafrechter dan wel het bestuursorgaan, c.q. de bestuursrechter. Als de strafrechter als laatste aan zet is, kan hij de reeds opgelegde bestuurlijke sanctie verdisconteren in de strafmaat, bijvoorbeeld door een lagere straf op te leggen. In voorkomend geval zou hij ook kunnen komen tot een schuldigverklaring zonder oplegging van straf (art. 9a Sr).⁵⁴ Als naar het oordeel van de strafrechter evenwel sprake is van een ongeoorloofde combinatie van twee punitieve sancties zal hij het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaren. Omgekeerd zal het bestuursorgaan of de bestuursrechter rekening kunnen houden met de strafrechtelijke sanctie door deze te verdisconteren in de hoogte van de bestuurlijke boete, zoals in het genoemde voorbeeld waarin de Centrale Raad rekening hield met de reeds opgelegde strafbeschikking vanwege het in stand houden van een hennepplantage.⁵⁵ In voorkomende gevallen zou het bestuursorgaan, c.q. de bestuursrechter ook kunnen afzien van de oplegging van een bestuurlijke boete, dan wel deze op nihil stellen. Deze laatste optie vertoont enige gelijkenis met de strafrechtelijke schuldigverklaring zonder oplegging van straf.⁵⁶ Als het gaat om de intrekking van een begunstigende beschikking, zou het bestuursorgaan, c.q. de bestuursrechter voorts rekening kunnen houden met een ter zake van hetzelfde feitencomplex opgelegde bestraffende sanctie.⁵⁷

De tijd is echt voorbij dat de rechter zich kan permitteren zijn beslissing enkel te nemen op basis van hetgeen binnen zijn eigen procedure ‘aan de orde is’

5. Conclusie

Waar de nadruk een tijd lang met name heeft gelegen op de vraag hoe te voorkomen dat procedures en sancties ten onrechte met elkaar cumuleren, verschuift deze nadruk – gegeven de huidige stand van de (Europese) jurisprudentie – in toenemende mate richting de vraag hoe in geval van samenloop van procedures evenredige bestrafing kan worden gerealiseerd.⁴⁸ Kort en goed lijkt te kunnen worden geconcludeerd dat de strafrechter en de bestuursrechter op zichzelf voldoende gereedschap in handen hebben als het gaat om het verdisconteren van ‘elkaars’ sancties, bij de uiteindelijke strafoplegging. Wel geldt dat in beide

kolommen vervolgens ook voldoende bereidheid dient te bestaan de sanctionering in de andere kolom te verdisconteren binnen de eigen kolom, welke bereidheid vanzelfsprekend kennis van hetgeen zich binnen de andere kolom afspeelt, veronderstelt. Dit zal niet in alle gevallen meevallen. Niettemin is wat ons betreft – zo deze er ooit is geweest – de tijd echt voorbij dat de rechter zich kan permitteren zijn beslissing enkel te nemen op basis van hetgeen binnen zijn eigen procedure ‘aan de orde is’, zonder daarbij acht te slaan op de eventuele sancties of anderszins bijkomende gevolgen die zich buiten zijn directe blikveld voordoen.⁴⁹ •

⁴⁸. Wij gaan hier niet verder in op de vraag naar de samenloop met – al dan niet door de overheid benutte – privaatrechtelijke handhavingstrajecten.

⁴⁹. HR 6 oktober 2015, *NJ* 2016/130, m.nt. Reijntjes.

⁵⁰. Zie in navolging van AG Keus Cbb 26 oktober 2017, *AB* 2017/430, m.nt. Stijnen.

⁵¹. Vgl. Cbb 28 mei 2004, *AB* 2004/449, m.nt. Cartigny en ABRvS 18 februari 2004, *AB* 2004/113, m.nt. Cartigny.

⁵². Zie reeds T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik in hun noot bij EHRM 23 november 2006, *Jussila t. Finland*, *AB* 2007/51 en verder T. Barkhuysen, ‘Herijking van waar-

borgen bij bestuurlijke sancties’, *NJB* 2014/136, afl. 3.

⁵³. HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122. Vgl. ook ABRvS 29 maart 2017, *AB* 2017/189 en 190, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

⁵⁴. Vgl. Reijntjes in zijn noot onder HR 14 februari 2017, *NJ* 2017/289.

⁵⁵. Zie bijv. CRvB 22 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4606 in tegenstelling tot Cbb 27 november 2017, ECLI:NL:CBB:2017:459, waarin het College overweegt dat de lagere vaststelling van de bedrijfstoelag geen bijzondere omstandigheid is die moet leiden tot verlaging van de

opgelegde bestuurlijke boete, nu er naar het oordeel van het College geen sprake is van dubbele bestrafing.

⁵⁶. Vgl. preadvies Van Emmerik & Saris VAR 2014, p. 180; volgens Cbb 26 juni 2017, *AB* 2017/308, m.nt. Bröring is een bestuurlijke boete van € 0,- echter geen bestuurlijke boete in de zin van de Awb.

⁵⁷. Vgl. ABRvS 29 maart 2017, *AB* 2017/189 en 190, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

⁵⁸. Vgl. in dit verband ook de interessante conclusie van staatsraad advocaat-generaal Wattel van 4 april 2018 over de invordering van geldbedragen na handavingsbesluiten,

zoals dwangsommen of kosten van bestuursdwang, waarin hij er onder meer voor pleit in dat verband zoveel mogelijk rekening te houden met alle relevante dus ook bijzondere omstandigheden, waaronder ook de financiële positie van de belanghebbende en de samenloop van herstelsancties (ECLI:NL:RVS:2018:1152).

⁵⁹. Zie over de bijkomende gevolgen van strafvervolg en/of strafoplegging de verschillende bijdragen in *Strafblad* 2017, nr. 3.