

Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?

V A R V E R E N I G I N G V O O R B E S T U U R S R E C H T

Verslag van de algemene vergadering gehouden
op 23 mei 2014 ter behandeling van de preadviezen
van mr. dr. C.L.G.F.H. Albers, mr. dr. M.L. van Emmerik,
mr. C.M. Saris en mr. drs. F.J.P.M. Haas

1 5 3

Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?

Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?

Verslag van de algemene vergadering
gehouden op 23 mei 2014

ter behandeling van de preadviezen van

Mr. dr. C.L.G.F.H. Albers
Mr. dr. M.L. van Emmerik & mr. C.M. Saris
Mr. drs. F.J.P.M. Haas

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft

© 2015 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-050-9
ISBN 978-94-6274-279-6 (e-book)
NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Rede van de voorzitter, prof. mr. B.J. Schueler	7
Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)	11
Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd	37
Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte)	41

Rede van de voorzitter, prof. mr. B.J. Schueler

Dames en heren, leden van de VAR,

2014 is een bijzonder jaar. Het is dit jaar 75 jaar geleden dat de VAR werd opgericht. Dat wordt uiteraard gevierd, en wel in de feestmaand december. Ik kom daar later vandaag nog op terug.

In 1957 vergaderde de VAR voor het eerst over administratieve strafsancties, met preadviezen van Belinfante en Mulder. Vandaag gaat het weer over het bestraffende bestuursrecht, want er is inmiddels veel gebeurd op dit terrein. Uit uw grote opkomst een uitverkochte zaal maak ik op dat u dit een goed idee vindt.

Vier thema's zouden vandaag naar mijn idee aan de orde moeten komen. Natuurlijk zijn er veel meer vragen dan deze vier, maar als aftrap voor deze dag vol discussie neem ik de vrijheid er vier onder uw aandacht te brengen.

In de eerste plaats natuurlijk de vraag wanneer een sanctie eigenlijk bestraffend is. Karianne Albers beschrijft dat het er volgens geldend recht vooral om gaat of *leedtoevoeging is beoogd*, met de bedoeling normconform gedrag te bewerkstelligen. Daarbij wordt vaak gekeken naar de *objectieve strekking* die het besluit geacht wordt te hebben. Albers heeft daar 'enige moeite' mee. Voor haar is het sleutelwoord 'leedtoevoeging' en niet of veel minder het woord 'beoogd' of de objectieve strekking van het besluit. Van leedtoevoeging is volgens haar sprake als de sanctie verder gaat dan nodig is voor een herstel van de rechtmatige toestand of compensatie van schade.

Albers geeft kritiek op de jurisprudentie aan de hand van voorbeelden over onder meer besluiten ter handhaving van de openbare orde, intrekking van subsidies en maatregelen in de sociale zekerheid, zoals *naming and shaming*. Deze jurisprudentie is naar haar oordeel niet eenduidig maar wispelturig, en hanteert geen duidelijk criterium voor wat een bestraffende sanctie is. Haar oordeel treft niet alleen de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak en de CRvB, maar ook die van zowel het EHRM als het Hof van Justitie in Luxemburg. Je zou bijna gaan denken dat het niet aan de rechters ligt maar aan het onderwerp. Vandaag horen we graag hoe u ertegenaan kijkt.

Het tweede thema betreft het procesrecht: is het bestuursprocesrecht net zo goed, even goed of minder goed geschikt voor de behandeling van geschillen over bestraffende sancties? Met de Awb hebben wij in 1994 in het bestuursrecht uniform procesrecht gekregen, ongeacht de aard van het besluit. Tegen de toekenning van een subsidie of vergunning geldt dezelfde procedure als tegen de oplegging van een bestraffende sanctie. Is dat handig? Albers lijkt er een

vraagteken bij te plaatsen. Zij vindt dat bij bestraffende bestuursrechtelijke sancties een aan het strafrecht gelijkwaardige rechtsbescherming moet worden geboden. Daarin staat zij natuurlijk niet alleen.

Wij betreden hier het gladde ijs van de rechtseenheid. Ik veroorloof mij hierover een kleine uitweiding die over veel meer gaat dan het onderwerp van onze preadviezen. Nadenken over rechtseenheid is in de mode. Ook het regeerakkoord, zoals u weet, bepaalt er iets over. Het zegt dat de CRvB, het CBb en de Afdeling samen één hoogste bestuursrechter zullen gaan vormen. (Wat dit voor het belastingrecht zou moeten betekenen, wordt er niet bij gezegd.) Zo'n fusie kan de rechtseenheid bevorderen, maar aan integratie van de rechtspraak zitten volgens mij ook nadelen vast. De Awb moet niet op alle deelterreinen op dezelfde manier worden toegepast. Je kunt de toepassing van de Awb niet abstraheren van de context van de bijzondere terreinen, zoals de Wro, de Wabo, het mededingingsrecht, het belastingrecht en de sociale zekerheid. Voor een goed functionerende Awb is rechtsverscheidenheid bij de toepassing nodig, anders wordt het 'systeemdwang' of 'eenheidsworst'. Maar belangrijker nog: uniforme Awb-uitleg moet geen doel op zich worden, belangrijker dan een goede rechtsbedeling. De Awb is zo in elkaar gezet en geformuleerd dat rechtsverscheidenheid in de toepassing heel goed mogelijk is. Als ik het mij goed herinner, was het ook de bedoeling dat het uniforme bestuursprocesrecht geen dwangbuis zou worden. Nu brengt de integratie van de hoogste rechters natuurlijk niet meteen mee dat we in een dwangbuis terecht komen, maar we moeten ons wel afvragen of de situatie er eenvoudiger op wordt als het bestuursrecht bij één hoogste rechter wordt ondergebracht. De verschillen in de toepassing van de Awb tussen de vier hoogste bestuursrechters houden verband met de verschillende soorten belangen op verschillende rechtsgebieden, die in het bestuursrecht enorm uiteenlopen. In de sociale zekerheid gaat de rechter anders om met de herkansingsfunctie van het hoger beroep dan de Afdeling in het ordenend recht, want in het ordenend recht hebben derden (soms één, soms honderden of nog meer) belang bij een uitkomst op korte termijn. Daarom wil je bijvoorbeeld voorkomen dat een partij (die soms juist belang heeft bij vertraging of complicering van de zaak) het geschil halverwege uitbreidt of verlegt naar andere vragen.

Soms wordt in dit verband gezegd dat de Afdeling het systeem van het ordenende recht ook toepast op 'tweepartijengeschillen'. Twee dingen daarover. Ten eerste gaat het bij nadere beschouwing vaak niet echt om tweepartijengeschillen. In geschillen over subsidies, bijvoorbeeld, gaat het vaak om verdelen in plaats van uitdelen. En ten tweede moeten we er rekening mee houden dat een rechterlijk college, als het te maken heeft met een variëteit aan tweepartijengeschillen en meerpartijengeschillen, toch de neiging zal hebben om zoveel mogelijk naar consequente procesvoering te streven. Schreuder-Vlasblom vestigt hier de aandacht op in het kader van de gedachtevorming over rechtseenheid, coördinatie en rechtszekerheid.¹ Wat gebeurt er nu als we de rechterlijke colleges integreren? Als een rechterlijk college per zaak moet gaan beoordelen welke toepassingsvariant

¹ M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1090.

van het procesrecht zal worden gevolgd, afhankelijk van de aard van de zaak, wordt het er niet voorspelbaarder en eenvoudiger op. Zo bezien ligt een herverkaveling van competentie terreinen, waarbij verschillende colleges recht spreken over verschillende rechtsgebieden, wellicht meer voor de hand dan een fusie. Hierdoor krijg je rechtseenheid op deel terreinen, ook in de toepassing van de Awb. Dit is wellicht belangrijker dan rechtseenheid op een abstract niveau daarboven. Het is het overwegen waard, maar de tijdgeest drijft ons in een andere richting.

Ik keer terug naar het onderwerp van vandaag, het bestraffend bestuursrecht. Is het uniforme bestuursprocesrecht geschikt voor dat terrein? Als we aannemen dat bestraffende sancties deel uitmaken van het 'strafrecht in ruime zin,' dan is al snel de vraag of het bestuursrecht dezelfde waarborgen of bescherming biedt als het strafrecht. Volgens Albers biedt de strafrechtelijke procedure meer bescherming aan de (vermeende) overtreder. We zullen daar vandaag over discussiëren. De aandacht zal hierop vooral vanmiddag na de theepauze worden gevestigd. U zult vandaag merken dat er iets nieuws gaat gebeuren: er zijn niet alleen interventies, zoals u gewend bent, maar er komt ook tweemaal een panel.

Het derde thema is de evenredigheid van de sanctie. U heeft in het preadvies van Christien Saris en Michiel van Emmerik gelezen dat zij hier grondig onderzoek naar hebben gedaan. Er bestaat grote eenstemmigheid over de regel dat de rechter de evenredigheid van een boete indringend ('vol') moet toetsen. Maar wat houdt dat in? Saris en Van Emmerik hebben hun preadvies daaraan gewijd. Wat van de rechter verwacht mag worden, hangt in belangrijke mate af van de factoren die de wetgever of de beleidsregelgever al heeft verdisconteerd in de regels over de hoogte van een boete. Maar wat de regelgevers in *abstracto* hebben verdisconteerd, is één ding. De evenredigheid in *concreto* is een andere toets die de rechter in het individuele geval moet kunnen verrichten.

In een mooie vergelijking van de jurisprudentie van het CBB, de CRvB en de Afdeling hebben deze preadviseurs in beeld gebracht welke factoren daarbij een rol spelen. Interessant daarbij is de vraag in hoeverre de rechter bereid is af te wijken van gefixeerd boetebeleid. Nog interessanter wordt het als we in het preadvies van Frans-Jozef Haas lezen dat de belastingrechter zich op geen enkele wijze ten nadele van de overtreder gebonden acht aan boetebeleidsregels. Dit thema – de evenredigheid en de rol van wetgever, bestuur en rechter daarin – komt vooral in de eerste helft van de middag aan de orde, want één van de twee paneldiscussies zal gaan over de evenredigheid.

Het vierde thema van vandaag, althans het vierde dat ik naar voren wil schuiven, is de vraag wat het algemeen bestuursrecht kan leren van de lange ervaring in het belastingrecht. Dit is eigenlijk een overkoepelend thema. In het belastingrecht kent men de bestuurlijke boete namelijk al sinds mensenheugenis. Aan die ervaring zullen we vandaag doorlopend inspiratie ontleen. Ik noemde zojuist al de zelfstandige positie die de belastingrechter inneemt ten opzichte van beleidsregels over de hoogte van de boete, zoals u in het preadvies van Haas hebt kunnen lezen. Ook verdient aandacht dat het belastingrecht een bewijsrecht kent dat meer houvast lijkt te bieden dan dat in het bestuursrecht. Deze kwestie komt in diverse preadviezen aan de orde; ik wijs met name op hoofdstuk 3 van het preadvies van

Haas, waar een interessante blik op het belastingbewijsrecht wordt geboden. De bundel eindigt dit jaar, in het preadvies van Haas, met de conclusie dat de bestuursrechter het echt kán, die bestuurlijke boetes beoordelen, en ook vaak doet. Dit is natuurlijk interessant als we kijken naar de andere preadviezen, zoals bijvoorbeeld de conclusie van Albers, die een andere kant op wijst door de voorkeur te geven aan het strafrecht. Een mooi discussiepunt voor vandaag!

Ik daag u allen uit tot een sprankelende discussie over de drie preadviezen en ik wens u een goede vergadering.

Interventies, met reacties van de preadviseurs (ochtendgedeelte)

Voorzitter: De formule is enigszins gemoderniseerd met de introductie van twee panels, maar die zijn er pas vanmiddag. We beginnen op de oude wijze, met interventies. Iedere interventie bestaat uit een inleiding en een vraag of liever nog uit een vraag, gevolgd door een toelichting. Daarop volgt een reactie van de preadviseurs, maar ook de mogelijkheid om vanuit de zaal uw stem te laten horen. Schroomt u niet dit te doen, dat maakt de gedachtewisseling levendig en veelzijdig. Wel wil ik iedereen die aan de discussie deelneemt vragen om het zo puntig en kort mogelijk te houden, want anders zitten we hier vanavond om tien uur nog. Ik ga niet weg voordat alles besproken is!

In het NTB heeft u een recensie van de preadviezen kunnen lezen, geschreven door drie auteurs, waarvan er hier vandaag twee een vraag komen stellen. Marije Batting en Reimer Veldhuis, willen jullie naar voren komen?

Mr. M.L. Batting

Met veel plezier hebben Reimer Veldhuis en ik de preadviezen gelezen. Helaas is onze collega Jean-Paul Heinrich vandaag niet aanwezig. Wij werken allebei als advocaat bij Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn en we schrijven de Kroniek Handhaving van bestuursrecht in het NTB. We zijn vereerd dat we de bespreking van de preadviezen hebben mogen schrijven! Deze is gepubliceerd op de website en in het NTB.

Het onderwerp van de bestraffende sanctie ligt ons nauw aan het hart: het vormt de kern van onze dagelijkse praktijk. Vanuit de materiële regelgeving waarin de bestraffende sanctie als instrument wordt gebruikt, houden we ons hier dagelijks mee bezig. Dit keer zijn we met een meer wetenschappelijk bril in het onderwerp gedoken, maar vanzelfsprekend altijd vanuit onze praktijkervaring. In onze bespreking hebben we al verschillende vragen aangestipt, die we hier niet zullen herhalen. Deze zullen vandaag nog ruimschoots aan bod komen en ook de voorzitter heeft ze zojuist aangestipt.

Ik wilde beginnen met een vraag aan Albers als beginpunt voor de dag: is een sanctie bestraffend of niet? Dat is misschien ook de vraag waarmee deze vergadering hoort te beginnen, omdat de andere vragen pas aan de orde komen als we deze vraag beantwoord hebben. Albers wijdt een groot deel van haar preadvies aan de vraag of een sanctie al dan niet bestraffend is. De voorzitter heeft mij enigszins het gras voor de voeten weggemaaid, want ik wilde het criterium dat zij hiervoor heeft geformuleerd kort herhalen. Ze zegt, samengevat, dat niet het oogmerk

bepalend zou moeten zijn, maar de materiële criteria. Daarbij speelt volgens haar een rol of een sanctie in het algemeen (dus niet alleen door de overtreder, maar ook door de samenleving) als bestraffend wordt ervaren. Als invulling van de materiële criteria stelt zij vervolgens dat van leedtoevoeging sprake is als de sanctie verder gaat dan herstel van de rechtmatige toestand vergt. Dit is niet eens zo'n gemakkelijk criterium: wanneer gaat een sanctie verder dan herstel van de rechtmatige toestand? Zoiets impliceert een omslagpunt. Waar sprake is van een omslagpunt liggen grenzen; waar grenzen liggen, liggen grensgevallen op de loer. Dit alles kan leiden tot uitlegkwesties.

In hoeverre moet hierbij worden betrokken hoe de samenleving tegen de sanctie aankijkt? Volgens Albers moet dat kennelijk een rol spelen in de beoordeling. Daarbij wil ik erop wijzen dat, zoals Albers zelf ook aangeeft, lasten onder dwangsom in de samenleving ook als punitief kunnen worden ervaren.

Albers heeft een heel interessant hoofdstuk opgenomen waarin zij de vraag stelt welke sancties als bestraffend moeten worden aangemerkt, behoudens de bestuurlijke boete (want daar zijn we het allemaal wel over eens). Ze noemt vervolgens allerlei mooie voorbeelden, zoals de intrekking van een subsidie of van een vergunning, waarvan je je zeker kunt afvragen of het in feite geen bestraffende sancties zijn, zelfs als de bestuursrechter ze niet zo noemt. De discussie die zij hiermee aanzwengelt, is dan ook een goede. Zo geeft Albers het voorbeeld van een café waar eerder een vechtpartij heeft plaatsgevonden. Inmiddels is de rust weergekeerd, maar wordt de vergunning alsnog ingetrokken.

Aan de andere kant kan het criterium dat Albers hierbij aanlegt, ook te ver doorslaan. Soms is het misschien nodig verder te gaan dan herstel in de rechtmatige toestand vergt, terwijl niet beoogd wordt een bestraffende sanctie op te leggen. Mogen we dan helemaal geen rekening meer houden met het oogmerk van de sanctie? Albers lijkt dit volledig te willen loslaten. Ik denk bijvoorbeeld aan het tijdelijk huisverbod: het is geen punitieve sanctie, maar je kunt je wel afvragen wat het herstel in de rechtmatige toestand hierin is. Een ander voorbeeld is de wet Bibob, waar mijn collega Veldhuis deskundig op is: de maatregel gaat verder dan de rechtmatige toestand vergt, maar is alleen bedoeld om te voorkomen dat de overheid criminele activiteiten faciliteert. Dit zijn wat vragen die opkomen bij het criterium van Albers; mijn vraag aan Albers is dan ook of dit werkelijk het optimale criterium is om te bepalen of een sanctie bestraffend is. Zouden we het oogmerk niet ook in het achterhoofd moeten houden?

Mr. C.L.G.F.H. Albers

Om misverstanden te voorkomen: ik heb niet gezegd dat, bij beantwoording van de vraag of er sprake is van een bestraffende sanctie, de wijze waarop de sanctie of maatregel wordt ervaren doorslaggevend zou moeten zijn in plaats van het oogmerk van de sanctie. Ik heb gezegd dat niet in alle gevallen waarin het oogmerk duidt op een niet-bestruffende sanctie daaraan een doorslaggevend gewicht moet worden toegekend. In principe is het natuurlijk van belang dat je naar het oogmerk kijkt, maar daar kun je niet altijd blind op varen. Uit de rechtspraak blijkt dat door bestuursrechters wel wordt onderzocht of er in de wetsgeschiedenis iets over het oogmerk van een sanctie of maatregel staat. Als het gaat over een wet

die dertig of veertig jaar oud is, zal daarin over het karakter van een sanctie of maatregel echter niets te vinden zijn. Dit was ook het geval bij de intrekking van APK-keuringserkenningen: in de wetsgeschiedenis staat niets over het oogmerk. Dat is niet zo raar, want de wetsgeschiedenis stamt uit 1974/1975, en ons denken over bestraffende sancties is pas aangewakkerd door de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, waar rond 1984 het Engel-arrest en het Öztürk-arrest duidelijk maakten dat ook in het bestuursrecht sprake kan zijn van bestraffende sancties. Een wetgever zal dus lang niet altijd iets opgemerkt hebben over het oogmerk van een sanctie of maatregel.

Het tweede punt dat ik gemaakt heb, is dat ook wanneer het oogmerk wél herstellend is, een bestuursorgaan in een concreet geval misbruik kan maken van de bevoegdheid en een verkapte bestraffende sanctie kan opleggen. In het concrete geval zul je dus altijd moeten kijken wat met de sanctie beoogd werd. In het voorbeeld dat Batting net aanhaalde, over de horecagelegenheid die anderhalf jaar nadat er een vechtpartij had plaatsgevonden, werd gesloten, werd dit besluit genomen op basis van de openbare orde. De vechtpartij werd beschouwd als een verstoring van de openbare orde. De Afdeling neemt het standpunt in dat handhaving van de openbare orde niet bestraffend is, maar daar kun je natuurlijk vragen bij stellen als de herstelsanctie anderhalf jaar na het incident wordt opgelegd terwijl de situatie in en om de horecagelegenheid al weer lange tijd rustig is: is het dan niet gewoon een bestraffende sanctie?

Batting stipte ook de Bibob-intrekking en het tijdelijk huisverbod aan. Ik heb aangegeven dat intrekkingen er in soorten en maten zijn. Bepaalde vormen van intrekking hebben niets van doen met een sanctie, ook niet wanneer iemand dat anders ervaart en de gevolgen voor degene tot wie de intrekking is gericht groot zijn. In het kader van de Wet Bibob gaat het erom dat gekeken wordt of een aanvraag voldoet aan de criteria die gelden voor een vergunning: heeft de aanvrager bijvoorbeeld een strafblad? Dit speelt zich af tijdens de fase van vergunningverlening. Bij intrekking van een al verleende vergunning op basis van de wet Bibob gaat het erom dat iemand niet meer voldoet aan de vereisten om in aanmerking te komen voor een vergunning. Daarom is het standpunt verdedigbaar dat hier helemaal geen sprake is van sanctionering. Hoewel ik in de Wet tijdelijk huisverbod zelf niet zo goed thuis ben, meen ik dat het daarbij niet om een sanctie gaat, maar om bescherming van de omgeving tegen een persoon die kwaad kan aanrichten. Ik neem althans aan dat dat de strekking is van de regeling. Het gaat in dat geval dus niet om een sanctie. Toch kunnen juist zulke maatregelen vérstrekkend zijn, dat ben ik met Batting en Veldhuis eens. Mij gaat het er vooral om dat op het moment dat vastgesteld wordt dat iets een sanctie is, het door mij in het preadvies opgenomen criterium gebruikt zou kunnen worden ter beantwoording van de vraag of die sanctie bestraffend is. Als je onderzoekt of de sanctie verder gaat dan herstel, zijn er in de genoemde voorbeelden concrete aanknopingspunten om te motiveren dat dat het geval is. Natuurlijk zal er altijd een grijs gebied blijven bestaan van sancties die balanceren op de grens tussen herstel en bestraffing, maar dat geldt ook voor andere criteria, zoals bijvoorbeeld de mate van ingrijpendheid van een sanctie. Wanneer je ingrijpendheid als criterium kiest, zul je ook de vraag moeten stellen wanneer iets zo ingrijpend is dat je extra waarborgen moet bieden bij de oplegging van een sanctie en wanneer niet.

Moet je dan bij een bijstandsmaatregel andere maatstaven hanteren dan bij een boete in het kader van het mededingingsrecht? Allerhande criteria die min of meer materieel zijn, kennen een grijs gebied. Schutgens heeft iets dergelijks in zijn oratie aangegeven:² een zekere mate van rechtsonzekerheid kun je nooit helemaal ondervangen.

Voorzitter: U zegt dus eigenlijk dat het objectieve oogmerk niet irrelevant is, maar dat je er niet op moet blindstaren.

Albers: Ja, je moet kritisch kijken of dat oogmerk ook recht doet aan de juridische werkelijkheid.

Mr. R.W. Veldhuis

Ik wil de vier preadviseurs een groot compliment maken: er liggen drie lezenswaardige preadviezen over een onderwerp dat een steeds belangrijker onderdeel wordt van het bestuursrecht: de bestraffende sanctie. Het is een grote eer om voor de VAR te mogen preadviseren en de preadviseurs hebben er veel werk van gemaakt, met een mooi resultaat. Dit straalt natuurlijk ook af op de mensen die hier vragen over mogen stellen. Ik voel me zeer vereerd dat ik hier mijn vraag aan de preadviseurs mag stellen en daarom zou ik de voorzitter toestemming willen vragen om hier een zogenoemde VARfie te maken.

[Maakt selfie met preadviseurs]

Mijn eerste vraag zou ik willen stellen aan preadviseur Haas, omdat de vraag aansluit bij een opmerking in zijn preadvies. De andere preadviseurs zullen er ongetwijfeld ook een opvatting over hebben, want deze vraag raakt aan de kern van de discussie van vandaag. In zijn preadvies komt Haas tot de conclusie dat het vanuit de optiek van de rechtsbescherming geen probleem is dat de wetgever in toenemende mate kiest voor de bestuurlijke boete in plaats van bestraffing via het strafrecht. Als belangrijke voorwaarde geldt daarbij wel dat de bestuursrechter bij de beoordeling van de bestuurlijke boete volledig dient te toetsen of er sprake is van overtreding, en zo ja, of de hoogte van de boete juist is – een en ander met dezelfde attitude als de strafrechter. In zijn preadvies pleit Haas er daarom voor dat de belastingrechter bij zijn beoordeling of er sprake is van persoonlijke omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de hoogte van de boete, een actieve opstelling kiest; in zijn visie zal dat ook hebben te gelden voor de bestuursrechter. De rechter moet actief naar matigende omstandigheden informeren en zich niet beperken tot hetgeen in het dossier zit of hetgeen ter zitting is aangevoerd. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de financiële situatie van de overtreder. Wat te doen als de beboete wel bestrijdt dat hij overtreder is, maar geen gronden richt tegen de hoogte van de boete? Dit zien we veel in het economisch

² R.J.B. Schutgens, *Vorm of inhoud. Een beschouwing over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie RU Nijmegen), 2011.

bestuursrecht, waar de hoogte van de boete minder belangrijk wordt gevonden dan het feit dat er een boete is opgelegd en dat deze ook op de website van de toezichthouder wordt gepubliceerd. Als wél wordt bestreden dat de onderneming een overtreder is maar er geen gronden worden gericht tegen de hoogte van de boete, moet de rechter dan actief informeren naar de persoonlijke omstandigheden? Treedt hij daarmee niet buiten de omvang van het geschil? In onze bespreking in het NTB hebben we gewezen op een arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2014. Ik geef nu alvast toe dat dit arrest op verschillende manieren gelezen kan worden, maar dat maakt ons vak ook zo leuk! Ik denk dat hierin wel een aanwijzing gevonden kan worden dat de Hoge Raad mogelijk als voorwaarde voor de toetsing van dergelijke persoonlijke omstandigheden stelt dat de beslissing van het bestuursorgaan over de hoogte van de boete ook daadwerkelijk aan de rechter is voorgelegd.

Ik stel hier meteen mijn tweede vraag achteraan. Als we ervan uitgaan dat de bestuursrechter met dezelfde attitude moet rechtspreken als de strafrechter en de boete op dezelfde manier moet beoordelen, zou het dan geen aanbeveling verdienen voor een systeem te kiezen waarin de bestuursrechter, net als de strafrechter, de boete zelf oplegt? In dat systeem zou een boetebesluit fungeren als een soort strafeis op het moment dat de overtreder rechtsmiddelen aanwendt tegen de boete. Hiervoor pleit ook dat volgens vaste rechtspraak, zoals weer bevestigd in het arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2014, de rechter de hoogte van de boete *ex nunc* moet toetsen. Eigenlijk wordt het bestuursorgaan een onmogelijke taak opgelegd: het moet een boete opleggen en er de hoogte van vaststellen, wetende dat rekening gehouden moet worden met de toekomstige gang naar de rechter. Als we zeggen dat de bestuursrechter zich moet opstellen als de strafrechter, zou het dan geen idee zijn om een systeem in te voeren waarbij de rechter de boete zelf oplegt? Ik stel deze vraag primair aan Haas, maar ik zou me kunnen voorstellen dat de andere preadviseurs hier ook een mening over hebben.

Mr. F.J.P.M. Haas

Veldhuis stelt een complexe vraag, waarbij veel dingen meespelen. Ik denk dat het goed is de attitude te schetsen van de belastingrechter die geconfronteerd wordt met een bestuurlijke boete. Zodra we te maken hebben met een belastingaanslag waarbij tegelijkertijd een bestuurlijke boete aan de orde is, spelen we twee wedstrijden tegelijk. Enerzijds is er een wedstrijd over de belastingaanslag, met het daarin geldende bewijsrecht en alles wat daarbij komt kijken, en daarnaast spelen we op hetzelfde veld, tegelijkertijd, een heel andere wedstrijd met andere regels. Dat maakt het ook zo interessant. Partijen hebben het niet altijd door, maar zo werkt het wel. Er kunnen dan ook tijdens de wedstrijd beslissingen genomen worden die op het eerste gezicht tegenstrijdig lijken: 'Bij het vaststellen van de belastingaanslag is de inspecteur terecht ten nadele van belanghebbende van de aangifte afgeweken, maar de daarbij opgelegde boete moet vervallen.'

Die tweede wedstrijd, want daar hebben we het hier natuurlijk over, loopt overigens automatisch mee zodra er een belastingaanslag met een boete wordt opgelegd. Op grond van een bepaling in de Awr wordt een bezwaar of beroep tegen een belastingaanslag waarbij ook een boete is opgelegd, geacht ook tegen de

boete te zijn gericht, dus dit is een automatische koppeling. (Er zijn ook maar weinig belanghebbenden die zeggen dat de belastingaanslag niet klopt, maar de boete wel dat soort mensen moet naar een heel ander soort orgaan.) Eigenlijk doen we in die tweede wedstrijd, als het goed is, niet zo heel veel anders dan wat ik ook als strafrechter veel heb gedaan. Je hoort wel eens dat wij minder bescherming kunnen bieden dan de strafrechter, maar dat betwijfel ik. Als je als politierechter twintig personen voor je hekje hebt die worden verdacht van dronken rijden, heb je ook maar weinig tijd voor elke verdachte. Daarbij zit je ook vast aan min of meer voorgebakken normen.

De situatie waarin iemand zegt dat hij de overtreding niet heeft begaan, is volkomen gelijk aan die van de verdachte die zegt dat hij het niet heeft gedaan en vrijspraak bepleit. Ook in die laatste situatie is het voor de strafrechter geen probleem om vervolgens naar verdachtes persoonlijke omstandigheden te informeren. Ik zie daar het probleem niet van in. Het is goed mogelijk om tegen iemand te zeggen: 'U heeft nu gezegd dat u het niet gedaan heeft, maar voor het geval dat van belang zou kunnen zijn, kunt u nu inzicht geven in uw persoonlijke omstandigheden.'

Veldhuis: Maar deze persoonlijke omstandigheden zullen vaak niet relevant zijn voor de vraag of de overtreding is begaan.

Haas: Nee, maar wel relevant voor de eventuele sanctie op de overtreding. Kom je tot de conclusie dat de overtreding niet is begaan, dan kom je überhaupt niet toe aan de vraag welke sanctie opgelegd moet worden. Dat is precies hetzelfde als wanneer de strafrechter tot vrijspraak moet concluderen: op dat moment maakt het niet meer uit of de man wel of niet slechte vriendjes had. Ik zie daar dus geen probleem in, zolang je de zaak maar systematisch afwerkt.

Voorzitter: U zegt dus eigenlijk dat ook wanneer niet is aangevoerd dat men de boete te hoog vindt en het alleen gaat over de vraag of de overtreding al dan niet is begaan, het de rechter vrij staat er zelf over te beginnen? In de hoofdstructuur van het bestuursprocesrecht zien we dat wel eens anders en daar komt de vraag van Veldhuis eigenlijk op neer. In het belastingrecht gaat het dus anders: ruimer, lossier, zou je kunnen zeggen.

Haas: Ja, ik zie daar geen enkel probleem in. De mate waarin je gaat informeren of zou willen informeren, hangt natuurlijk wel af van de situatie. Als morgen de Koninklijke Olie een boete krijgt van 2500 euro omdat een aangifte te laat is ingediend, voel ik me niet geroepen om naar de persoonlijke omstandigheden van de Koninklijke Olie te informeren. Ook dat is overigens in het strafrecht niet anders. Het voordeel van veel belastingrechters is dat ze ook in andere rechtsgebieden, waaronder het strafrecht, actief zijn geweest. Dan zijn de verschillen niet zo scherp.

Voorzitter: Is de tweede vraag, of de bestuursrechter de boete zelf zou moeten opleggen, hiermee ook beantwoord?

Haas: Ik zou er niet tegen zijn, maar ik zie praktisch niet zoveel problemen. De boete die de inspecteur oplegt, zie ik in feite niet anders dan als voorstel. Het maakt dus niet zoveel uit of ik de officier van justitie iets hoor eisen of een inspecteur een boetevoorstel hoor doen. Het loopt formeel iets anders, maar maakt in wezen niet uit, omdat we ons op geen enkele wijze in het nadeel van de belanghebbende gebonden achten aan wat de belastinginspecteur aan beleidsvoorschriften heeft gehanteerd of anderszins aan gedachten heeft gehad.

Mr. M.L. van Emmerik

Dank voor de mooie vragen. De actieve opstelling van de bestuursrechter is natuurlijk de centrale kwestie. Het zelf opleggen van de boete komt, lijkt mij, deels al vanzelf aan de orde omdat de bestuursrechter uiteindelijk zelf in de zaak moet voorzien op grond van artikel 8:72a Awb. Ik begrijp de vraag echter daarnaast nog verdergaand, in lijn met een voorstel dat Lex Michiels gedaan heeft: zou je in het bestuursrecht niet, net als in het strafrecht, een instantie een boete moeten laten vorderen, net zoals het OM doet, en deze later door de bestuursrechter moeten laten opleggen? In ons preadvies hebben we geschreven dat je daaraan zou kunnen denken als het gaat om heel zware boetes, waarop dan de discussie volgt wat dat zijn. Als je dit systeem standaard zou invoeren, zou naar onze mening het voordeel van het laten opleggen van boetes door het bestuursrecht verdwijnen. Dat gaat volgens ons te ver.

Een ander door Veldhuis opgeworpen punt is heel intrigerend en zal straks waarschijnlijk nog terugkomen: welke bijzondere omstandigheden moeten worden aangereikt? Wij gaan ver mee met Haas, die betoogt dat deze omstandigheden vanzelf wel aan de orde komen, maar we vinden het ook belangrijk (en hebben ook voorstellen in deze lijn gedaan) dat de personen of rechtspersonen in kwestie weten welke omstandigheden ze moeten aanvoeren en dat ze daarover goed worden geïnformeerd. Op basis daarvan kan de rechter ermee aan de slag. De actieve opstelling van de bestuursrechter blijft dus belangrijk, zoveel mogelijk als een strafrechter, al zullen we in de loop van de dag nog wel een aantal verschillen tegenkomen. Het is niet de bedoeling dat we alles terugbrengen naar het strafrecht.

Voorzitter: We komen op deze vragen nog uitvoerig terug.

Mr. D. Brugman

Ook ik heb de preadviezen met veel plezier gelezen. Ik heb gezien dat ze vooral gaan over de evenredigheid: over de vraag of je daar vol of terughoudend aan moet toetsen en in hoeverre de rechter ook uit zichzelf moet toetsen (of onderzoeken) of de boete evenredig is. Een aspect dat iets minder aan bod komt, maar waar ik als bestuursrechter in de rechtbank Rotterdam in de praktijk vrij vaak mee te maken heb, is de vraag in hoeverre je ook andere onderwerpen toetst (of onderzoekt). Hoe we dit vandaag gaan noemen, toetsen of onderzoeken, daar wil ik vanaf zijn, want daar kun je heel lang over praten.

Over welke onderwerpen heb ik het dan? Albers schrijft in haar preadvies dat de bestuursrechter zich niet moet beperken tot de gronden. Hij moet actiever zijn, net zo actief als de strafrechter. Soms vraag ik me wel eens af of we de strafrechter niet te veel ophemelen, maar dat laat ik vandaag ook maar even terzijde. Ik begrijp in ieder geval dat volgens Albers artikel 8:69 Awb een flexibele bepaling is waarmee de bestuursrechter nog alle kanten uit kan, zodat hij zich niet hoeft te beperken tot de gronden. Ik geloof dat ik het zo mag lezen, maar mijn collega Stijnen had dit er dan weer niet zo duidelijk uitgehaald, dus mede namens hem ben ik benieuwd of het antwoord op de vraag inderdaad is dat artikel 8:69 Awb flexibel genoeg is.

Ik ben dus zo'n rechter die actief moet worden, maar hoe actief moet ik dan precies worden? Daar zijn vast ook wel grenzen aan. Ik zal een paar voorbeelden noemen. In het strafrecht komt het niet zo vaak voor, maar in het bestuursrecht wordt er nog wel eens iets onverbindend verklaard. Onlangs nog heeft de Centrale Raad van Beroep de Afstemmingsverordening van de gemeente Rotterdam onverbindend verklaard, althans een artikel daarin op grond waarvan maatregelen opgelegd worden. Misschien vindt Albers dit een voor de hand liggende vraag, maar ik wil hem toch aan haar en misschien ook de andere preadviseurs voorleggen: als ik als rechter zo'n dossier op m'n bureau heb liggen en ik zie dat er een maatregel is opgelegd op grond van de Afstemmingsverordening die inmiddels onverbindend is verklaard, wat moet ik dan doen ter zitting? Er kan over zijn geklaagd, maar het is ook heel goed mogelijk dat er helemaal niets over in het beroepschrift of in de stukken staat.

Iets ingewikkelder is een zaak waarbij een huisvestingsvergunningplicht voor een bepaald pand geldt; dat komt in Rotterdam veel voor. Stel dat de eigenaar van het pand het pand in gebruik heeft gegeven zonder zo'n vergunning en dat deze zaak vervolgens op mijn bureau ligt. Nu is er een uitspraak, van de rechtbank Amsterdam meen ik (ik kon hem gisteravond niet meer terugvinden), waarin de rechter zegt dat wanneer zo'n pand in gebruik is gegeven door iemand die dat geheel heeft uitbesteed aan een makelaar en er verder niets mee van doen heeft gehad, de eigenaar niet meer aangemerkt kan worden als overtreder, want dat is dan de makelaar. Zo'n dossier ligt op m'n bureau en er zit een huurovereenkomst in die is ondertekend door de makelaar. Dat wordt niet aangevoerd, de eigenaar vindt alleen de boete te hoog. Wat doe ik als bestuursrechter? Stel ik vragen op de zitting? Vraag ik stukken op? Hoe ver gaat het precies?

Mijn derde voorbeeld betreft een huiszoeking die is verricht in het kader van een bijstandszaak of een studiefinancieringszaak. De huiszoeking is verricht door een of ander bureautje en de conclusies uit het rapport zijn nogal kort door de bocht. Uit het rapport kan ik niet opmaken of de cautie is gegeven en of de toezichthouders wel bevoegd waren. Wat doe ik hiermee? Waar ga ik aan de slag en waar eindig ik?

Toen ik strafrecht deed, zeven maanden als RIO (rechter in opleiding), en toen ik onderzoek deed voor mijn proefschrift, heb ik gezien dat het strafrecht op dit punt niet zo'n duidelijke dogmatiek lijkt te hebben. De strafrechter lijkt te handelen naar een 'niet-pluis-gevoel': als het allemaal niet lekker voelt, gaat hij nader onderzoek doen. Is dat nu die prachtige dogmatiek waar wij zo naadloos bij kunnen aansluiten? Hoe zit dat?

Dit is de kern van mijn vraag. Ik ben een rechter, dus ik moet deze beslissingen in de praktijk nemen en ik ben benieuwd of Albers of de andere preadviseurs daar praktische handvatten voor zouden kunnen geven. Ik lees het dossier voor de zitting en ik ben een nieuwsgierig wezen. Wat mag ik doen en wat moet ik nalaten? Hoe ver mag ik gaan?

Mr. C.L.G.F.H. Albers

Ik denk dat het goed is om eerst even op hoofdpunten te schetsen hoe het strafrecht en het bestuursprocesrecht er volgens de dogmatiek uitzien. Wat zijn de onderscheidende elementen? In het strafrecht spelen de materiële waarheidsvinding, de ongelijkheidscompensatie en het onmiddellijkheidsbeginsel een belangrijke rol. In het kader van het bewijs geldt dat de rechter aan de hand van de wettelijke bewijsmiddelen de overtuiging moet hebben dat de overtreding is begaan en dat de overtreder strafbaar is. In het bestuursrecht zien we als belangrijk verschilpunt dat het besluit centraal staat. Het bestuursrecht is geënt op een rechtsbeschermingsmodel waarin wordt uitgegaan van de omvang van het geding zoals de appellant dat schetst. Over deze omvang van het geding gaat de vraag van Brugman voornamelijk. Er was, zoals ik heb aangegeven, geen tijd voor een empirisch onderzoek, maar in de jurisprudentie die ik ben tegengekomen, wordt artikel 8:69 Awb in het bestraffende bestuursrecht net zo toegepast als in het algemeen: er wordt gekeken naar de aangevoerde gronden. In het verlengde van het voorbeeld van Brugman wijs ik op een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep waarin het ging om bestuurlijke boetes die waren opgelegd wegens niet-betaalde premies voor werknemersverzekeringen. In die zaak had de rechtbank ambtshalve onderzocht of de cautie was gegeven.³ Dit bleek niet het geval te zijn. Op grond daarvan had de rechtbank het boetebesluit vervolgens vernietigd. De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat er niets was aangevoerd over de cautie, en dat de rechtbank buiten de omvang van het geschil was getreden. Een vergelijkbare uitspraak deed de Afdeling bestuursrechtspraak bijvoorbeeld over de ambtshalve toetsing aan het onschuldbeginzel.⁴ Deze lijn wordt ook nu nog gevolgd in de bestuursrechtspraak. Als ik het goed begrijp, vraagt Brugman of artikel 8:69 Awb de rechter ruimte biedt om breder op te treden. Ik heb aangegeven dat dat volgens mij inderdaad het geval is. Volgens mij kan artikel 8:69, lid 1, Awb ruimer opgevat worden. Bovendien biedt artikel 8:69, lid 2, Awb de bestuursrechter de mogelijkheid om ter zitting verder door te vragen. Zo kunnen op de zitting dingen naar voren komen die vervolgens, naar aanleiding van door de rechter gestelde vragen, ten grondslag gelegd kunnen worden aan de uitspraak. Bij zo'n 'niet-pluis-gevoel' in het geval van een huurovereenkomst kun je daar als rechter dus vragen over stellen en kun je je bevindingen ten grondslag leggen aan de uitspraak. Zoiets gebeurt nu lang niet altijd; wanneer het wel gebeurt, wordt het soms in hoger beroep afgestraft.

3 CRvB 18 maart 2004, JB 2004/192 m.nt. Albers.

4 ABRvS 2 juni 2004, JB 2004/276 (arbeidsongeval).

Brugman: Als ik even mag inbreken: ik krijg hier toch een enigszins unheimisch gevoel bij. Ik ken de uitspraak toevallig (ik word natuurlijk geacht alle uitspraken te kennen), maar ik ben op zoek naar een handvat, een toetsingskader. Welke onderwerpen moet ik ambtshalve nagaan? Doe ik dat in het dossier of moet ik er ter zitting vragen over stellen? Ik ben dus eigenlijk op zoek naar meer houvast.

Voorzitter: Uit uw vraag begreep ik dat u dat houvast niet in een analogie met de strafrechtelijke dogmatiek vindt?

Brugman: Dat vind ik lastig.

Van Emmerik: Ik heb wel begrip voor het unheimische gevoel van Brugman. Het is belangrijk te weten om wat voor soort zaak het gaat. We zien nu dat de socialezekerheidswetgeving enorm is verscherpt en dat de boetes zijn verhoogd. Op zo'n moment ga je zelf dus ook wat actiever op zoek.

Wat de evenredigheid betreft: ook wij hebben voorstellen gedaan om deze meer handen en voeten te geven en dit ook in de Awb neer te leggen.

Voorzitter: Maar vinden jullie dan ook dat de rechter dat uit zichzelf zou moeten toetsen? Of moet hij dat alleen doen als er iets over is aangevoerd?

Van Emmerik: Het antwoord kan kort zijn: niet ambtshalve. Het is geen verplichting vanuit Europees recht (EVRM en EU). Je kunt natuurlijk verder gaan, maar volgens mij hebben overtreders ook de rol alle gegevens zo goed mogelijk aan te reiken. Daar staat tegenover dat de overheid de verplichting heeft mensen zo goed mogelijk te informeren.

Voorzitter: Daar heeft u ook in uw preadvies over geschreven: de informatieplicht.

Mr. N. Verheij: Ik wil graag aan Brugman en Van Emmerik vragen hoe groot dit probleem in de praktijk nu eigenlijk is. Ik doe bij de Afdeling zo nu en dan ook boetezaken (Arbowet, Wet arbeid vreemdelingen), en in mijn ervaring voert degene aan wie de boete is opgelegd altijd aan dat het gewraakte gedrag niet verwijtbaar is én dat de boete te hoog is.

Voorzitter: De vraag is dus eigenlijk hoe vaak het probleem zich voordoet.

Brugman: Wat betreft de hoogte van de boete zie ik hetzelfde: dat verweer wordt bijna altijd wel gevoerd. Bij de andere punten waar ik net mijn vraag over stelde (zoals bij de cautie), is dat lang niet altijd het geval. Bij de rechtbank in eerste aanleg gaat het vaak over bijstandszaken en studiefinancieringszaken waarbij lang niet altijd een gemachtigde verschijnt, dus dan speelt dit dilemma wél.

Mr. D.A. Verburg

Ik wil graag nog even ingaan op de kwestie van de makelaar en de huisvesting: er is alleen aangevoerd dat de boete onevenredig hoog is, maar als rechter zie je in

het dossier dat niet de huiseigenaar zelf, maar de makelaar getekend heeft. De vraag is dan wie de overtreder is. In zulke huisvestingskwesties ben ik geneigd te zeggen dat er geen wettelijk vastgelegde boetes zijn, en dat we dus te maken hebben met artikel 5:46, tweede lid, Awb. Vervolgens kijk ik naar de evenredigheid van de boete: deze is opgehangen aan de ernst van de overtreding. Ik kan deze zaak dus niet zonder een zekere luchtfrictie beoordelen als ik niet eerst inga op de vraag of er wel een overtreding is. Ik kan de vraag die wél gesteld is ‘is de boete evenredig?’ niet beantwoorden zonder eerst in te gaan op de vraag of er wel een overtreding is begaan door déze persoon.

Voorzitter: En als het omgekeerd is? Wanneer er wel wordt gezegd dat er geen overtreding is begaan, maar er niet over de boete wordt geklaagd?

Verburg: Dat is inderdaad een heel andere kwestie en dan kom ik er zeker niet via het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden, want dat is in feite wat ik net zei. In dat geval kom je er alleen door op de zitting te vragen of er nog meer speelt in het licht van de evenredigheid.

Voorzitter: Even een reactie tussendoor vanuit het belastingrecht. Hoe doet de belastingrechter dit?

Haas: Voor een deel heeft Verburg de vraag al beantwoord, maar ik wil de andere twee vragen van de collega uit Rotterdam toch ook graag oplossen. In het eerste geval zou ik gewoon vernietigen: als een verordening onverbindend is en er op basis van deze onverbindende verordening nog een boete naar boven komt, gaat de boete weg. Dat is vrij eenvoudig.

Van de tweede vraag, over de rechtbank Amsterdam, ben ik de portee vergeten, dus die sla ik over. De enkele omstandigheid dat de rechtbank Amsterdam iets vindt, zou mij overigens niet automatisch tot een ander oordeel leiden.

De derde vraag, over de huiszoeking, vind ik eigenlijk de interessantste kwestie: wat doe je als je dat unheimische gevoel krijgt? Dat lijkt me helemaal geen ongezond gevoel. Dogmatiek mag nooit in de weg staan aan pragmatisch handelen. Juist als rechter ontwikkel je in de loop der tijd een bepaald instinct voor situaties waarin iets wel eens niet zou kunnen kloppen. Vraag daar dan maar gewoon op door! We zijn geen machines die lijstjes afvinken. Als je denkt dat er iets mis is, is er niets op tegen om daarop door te vragen. Dat hoef je natuurlijk niet standaard in alle zaken te doen.

Mr. A. Heidekamp: Wat mevrouw Brugman net zei, was een feest der herkenning. Ik ben net begonnen als RIO in de rechtbank Noord-Nederland, maar daarnaast werk ik aan een dissertatie over bewijs bij de fiscale bestuurlijke boete. Mijn visie is dus, net als die van Haas, fiscaal getint.

Ik wil even inzoomen op wat er net aan de orde werd gesteld over hoe ver je als rechter gaat. Dit is voor mij nog moeilijk te beantwoorden omdat ik net begonnen ben. Vanuit mijn wetenschappelijke visie zou ik willen zeggen dat wanneer je naar de delictomschrijving kijkt, dus naar de bestanddelen van het beboetbare feit, je een strafrechttaak hebt: dan doe je aan waarheidsvinding en vraag je door, ook

als er niets wordt geroepen en niets in het dossier zit. Als je er niets van kunt zeggen, houdt het op. Als rechter heb je de taak om volledig te toetsen op het kale, beboetbare feit van de overtreding sec en op de eventuele aanwezigheid van opzet of grove schuld. De volledige toetsing komt ook in de evenredigheid naar voren. Vaak gaat het alleen over de strafmaat, maar de eerste stap moet niet vergeten worden. Bij de centrale stellingen heb je een actieve plicht. Bij alle andere zaken kun je wat terughoudender zijn. Als ze worden aangevoerd, ga je erop in, en als er iets in het dossier zit, kun je daarop doorvragen, maar als dit niet zo is, denk ik dat je ervandaan moet blijven. Dit is het onderscheid dat ik maak.

Voorzitter: Mogen we het zo samenvatten dat er wel een grens is aan wat je zelf moet ontdekken als rechter, maar dat dat ‘in je gevoel’ ligt?

Brugman: Ik ga meer met mijn gevoel doen, maar dat moest tóch al van de nieuwe zaaksbehandeling!

Mr. C.A. Schreuder

Ik kom uit dezelfde rechtbank, ik ben ook bestuursrechter in Rotterdam.

Het preadvies van Albers begint met haar verhaal over haar eerste kennismaking twintig jaar geleden met de bestuurlijke boete na bevraging door een wetgevingsambtenaar op het ministerie van Justitie. Er is iets moois met die periode van twintig jaar: het is ook twintig jaar geleden dat ik hier mocht interveniëren op een preadvies bij de VAR. Het ging toen over zelfstandige bestuursorganen, een onderwerp dat mij destijds zeer bezighield. Ik moet zeggen dat ik dit keer weer een onderwerp tref dat mij nú zeer bezighoudt: boetes en andere bestuursrechtelijke sancties. Mijn interesse is door de preadviezen alleen maar gegroeid, mede dankzij de stellingnames. De gedachte dat we overtredingen van bestuursrechtelijke regelgeving die nu met een bestuurlijke boete worden gesanctioneerd, weer strafrechtelijk zouden gaan afdoen met een strafbeschikking, om op die manier een hogere mate van rechtsbescherming te krijgen, viel mij bijzonder op. Misschien is er in de zaal nog iemand die bij een handhavingsautoriteit werkt en die daar in de loop van de dag iets over zou kunnen zeggen. Ik kan me namelijk voorstellen dat er andere gedachten over leven. Zelf heb ik ook andere gedachten over het idee dat die hoge mate van bescherming alleen bij de strafrechter te garanderen is, maar ik ben bestuursrechter.

Ik heb de preadviezen met veel aandacht gelezen, juist omdat ik nu wekelijks, soms zelfs dagelijks, met de bestuurlijke boete te maken heb. Ik vond het heerlijk om ze te lezen: alle kaders die geschetst worden, de andere opvattingen die ik lees... deze verzameling komt binnen handbereik op mijn bureau. Er zijn veel aanknopingspunten voor een interventie, en ik heb afgesproken dat ik het in het bijzonder zou hebben over de bestuurlijke lus. Ik ga het dus vooral hebben over het preadvies van Albers.

Omdat ik de voorzitter beloofd heb dat ik het kort zou houden, ga ik het alleen hebben over de bestuurlijke boete. Ik roep in herinnering dat op 1 januari 2010 artikel 8:51a van de Awb in werking is getreden: de bestuursrechter kan het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen een gebrek in het bestreden besluit te

herstellen. Heel veel inhoudelijks staat er verder niet in de Awb over deze bestuurlijke lus. Het gaat vooral over procedurele voorschriften. Toch heeft de wetgever echt een verandering bedoeld: onnodige procedures moeten worden voorkomen, tijdwinst moet worden geboekt en er moet meer en sneller rechtszekerheid worden geboden. In de literatuur is terughoudend gereageerd op het toepassen van de bestuurlijke lus bij bestuurlijke boetes. Ik zal de bezwaren niet herhalen, ze staan ook in de preadviezen. Bij het wetsvoorstel is ook door de initiatiefnemers gezegd dat de bestuurlijke lus eigenlijk niet geschikt is om toe te passen bij bestuurlijke boetes. De wet stelt echter geen beperkingen in dit opzicht. Wanneer je op rechtspraak.nl zoekt op 'boete' en 'tussenuitspraak', zijn er voor het afgelopen jaar meer dan honderd hits. Daarnaast wordt er volop informeel gelust, dus die aantallen komen er nog bij. Op het gebied van de tussenuitspraak en de bestuurlijke boete gebeurt kennelijk een heleboel. Het CBb is er actief in en ook de rechtbank Rotterdam heeft wel eens een lus in een boetezaak gelegd. Misschien ligt het aan de bijzondere competentiezaken, maar dat lijkt me toch sterk. Ik vind het daarom jammer dat de nadruk van het jurisprudentieonderzoek lijkt te liggen op uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak – niets ten kwade van de Afdeling natuurlijk. Afgelopen jaar hebben de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven, de rechtbanken en de Afdeling meer dan zeventienduizend bestuurlijke uitspraken gedaan waarin het woord 'boete' voorkwam. (Daarnaast zijn er nog vierduizend uitspraken van de hoven en de Hoge Raad, maar daar zal het eerder om het belastingrecht gaan.) De Afdeling deed er dertienhonderd, de Centrale Raad net zoveel, het CBb zeshonderdvijftig en de rechtbanken deden er een kleine vierduizend. Als het gaat om specifieke aspecten van de boete, verschuift het beeld naar de Afdeling. Ik heb verder gezocht met artikel 5:46 Awb erbij, want als je daaraan toekomt, heb je al heel wat stappen in de beoordeling gezet. De Afdeling: 124 uitspraken, ruim 41%, Centrale Raad: 13, kleine 5%, CBb: 10, dikke 3% en de rechtbanken: 132, 44%. Met andere woorden: er gebeurt een heleboel met de bestuurlijke boete in de jurisprudentie in het bestuursrecht en er gebeurt ook een heleboel met de tussenuitspraak of met een specifieke wijze van afhandelen. Dit speelt niet alleen bij de Afdeling. Misschien verandert dit in de toekomst met nieuwe wetgeving, zoals de Wet werk en bijstand, waarin nu een heel harde boete is opgenomen, en de Wet studiefinanciering, op grond waarvan eerder en hoger beboet zal gaan worden. De eerste stroom zaken bij de rechtbanken is geweest, we zien nu de eerste uitspraken van de Centrale Raad van Beroep. Een standaardboete van 50% van het benadelingsbedrag kan in de bijstand best oplopen wanneer je een jaar of tien hebt bijgeklust. In zulke gevallen wordt er behoorlijk wat teruggevorderd, dat kan zomaar oplopen tot vijftigduizend euro. Ik heb het dan over natuurlijke personen, niet over rechtspersonen die een kartel gevormd hebben of zich anderszins niet aan het mededingingsrecht gehouden hebben en ineens een boete van dertig miljoen euro over zich heen krijgen.

Gelukkig signaleert de preadviseur op de bladzijden 76-77 ook meer recente jurisprudentie waarin bezwaren van de beoordeling van bestuurlijke boetes door de bestuursrechter ondervangen worden. Daar proef ik dan toch enige instemming. Mijn eerste vraag is of dit nu *wishful thinking* is. Op bladzijde 81 wordt voorts aangegeven dat er in de meer recente jurisprudentie meer aandacht is voor het

bewijsrecht. Toch is de algemene teneur: *lussen is niet best*. Het lussende bloed kruipt intussen waar het niet gaan kan, want er wordt wel degelijk gelust. Ik wil de preadviseur voorleggen of er misschien een genuanceerder benadering mogelijk is, waarin enige ruimte om te lussen acceptabel wordt gevonden. Per slot van rekening voel ik me ook gehouden om geschillen finaal te beslechten. Op het moment dat een boete vernietigd wordt, moet ik zelf de hoogte van de bestuurlijke boete bepalen. Lussen kan hierbij werkelijk helpen. Ik heb het onaangename gevoel dat ik daarbij volgens de preadviseur buiten mijn boekje ga, en dat wil ik natuurlijk niet. Zou er niet een onderscheid gemaakt moeten en kunnen worden, al naar gelang het aspect van de bestuurlijke boete dat aan de orde is?

Als ik een grove dieldeling maak, zie ik drie stappen, met in de eerste plaats de gedraging die beboet wordt. Daarbij gaat het vooral over bewijs, en in de praktijk zijn de mogelijke problemen: onvoldoende bewijs of een gebrek in het bewijs, zoals anonieme getuigen of een huiszoeking waar iets mis mee is.

Het tweede punt is de bevoegdheid van het bestuursorgaan om de boete op te leggen. Daarbij komt de kwalificatie van het feit aan de orde: valt de gedraging onder de beschrijving? Verder kan de vraag rijzen: is degene die beboet wordt, wel de overtreder? Daar hebben we het hier al even over gehad. Ook het eventueel volledig ontbreken van verwijtbaarheid vraagt hier soms aandacht.

Als derde punt noem ik de hoogte van de boete. Om de preadviseur niet helemaal het bos in te sturen (het is onaardig om te vragen of er geen ruimte is als in het preadvies gesteld wordt *dát* er geen ruimte is) zal ik wat voorbeelden geven.

[De voorzitter wijst erop dat mevrouw Schreuder zich met het oog op de tijd tot één voorbeeld moet beperken.]

Schreuder: Bij onvoldoende bewijs past terughoudendheid, anders kun je een wraking aan de broek krijgen, zoals de rechtbank Arnhem overkwam. Als het nu alleen gaat om een motiveringsgebrek in het besluit en het onderliggende dossier wel aanknopingspunten biedt voor bewijs, mag een bestuursorgaan daar dan niet uit putten? Zou je een bestuursorgaan in zo'n geval niet de gelegenheid moeten geven om van dat ongelukkig geformuleerde bestreden besluit terug te gaan naar het dossier en te zeggen: 'Dit zit er ook nog in'? Het voordeel van een bestuurlijke lus is dat degene die heeft overtreden de gelegenheid krijgt om te reageren. Je kunt een parallel trekken met de strafzitting, waar iemand maar geconfronteerd wordt met een Officier van Justitie, een eis en een volledig dossier, waarbij het net de vraag is wat er uit gepikt wordt, waar vervolgens de reactie op komt.

Ik zal op verzoek van de voorzitter afsluiten, maar ach, ik had nog zoveel vragen. Het is zoals mijn collega Dorien Brugman aangaf: we hebben er in de praktijk heel veel mee te maken.

Voorzitter: Mag ik voorstellen dat Karianne Albers nu aan de hand van het fraaie voorbeeld dat u net gaf over de meerwaarde van de bestuurlijke lus zonder dat de beweerde overtreder daardoor benadeeld hoeft te worden, uw punten beantwoordt? Het is een interessante vraag die u stelt, dus het zou zonde zijn als daar geen antwoord op zou komen.

Mr. C.L.G.F.H. Albers

Mijn belangrijkste bezwaar tegen de lus is dat bij de burger de indruk kan ontstaan dat er sprake is van 'bestuurtje helpen'. Een voorbeeld waarin dat heel duidelijk naar voren kwam, was de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep waarin heel uitdrukkelijk, stap voor stap, werd aangegeven hoe aangetoond moest worden dat iemand een gezamenlijke huishouding voerde, terwijl het bewijs er op dat moment niet lag.⁵ Dat deugt niet, in mijn ogen, en daarvoor zou je de lus dus niet moeten gebruiken. Wat het voorbeeld over motivering betreft: als het dossier inderdaad helemaal compleet is, het bewijs erin ligt en de appellant ruimte heeft om te reageren, zie ik er een minder groot bezwaar in dat de lus wordt toegepast. Het gaat mij met name om de rechtsstatelijke beeldvorming: zit iemand tegenover een onafhankelijke en onpartijdige rechter en heeft hij zelf ook dat idee? Als je een bestuursorgaan naar huis stuurt met een zaak waarin het bewijsmateriaal niet deugt en het daarbij een gedetailleerde opdracht meegeeft, gaat dat een stap te ver.

Schreuder: Dat is ook uitgesproken. Hier is gewraakt en hiervan heeft de Centrale Raad gezegd dat het veel te ver gaat.

Albers: Het perspectief moet zijn dat de burger niet het beeld moet krijgen dat er een rechter zit die op de hand van het bestuur is en die het bestuur hoe dan ook probeert te helpen om het besluit overeind te houden.

Schreuder: Is dat dan niet een aspect van procedurele rechtvaardigheid waar je op een zitting heel veel aan kunt doen door duidelijk te maken wat je eigenlijk vraagt?

Albers: Als het gaat om het herstellen van een motiveringsgebrek kan ik me voorstellen dat je als rechter je positie duidelijk schetst en ook al een schot voor de boeg geeft (wat je bij zittingen wel kunt doen) door te zeggen dat er iets niet goed is gegaan bij de motivering van het besluit, en dat je vooral wilt weten waaróm het bestuursorgaan nu vindt dat de boete opgelegd moet worden. Dat lijkt me een aanpak die wel door de beugel kan. Je kiest als rechter een goede opstelling tegenover partijen door open kaart te spelen en uit te leggen waarom je het bestuur weer naar huis stuurt.

Voorzitter: Dat is eigenlijk wat Schreuder ook naar voren brengt. Mag ik proberen het als volgt kort te sluiten: het hangt vooral af van de wijze waarop de rechter bij toepassing van de bestuurlijke lus ter zitting (en wellicht ook in de tussenuitspraak) opereert of de indruk van 'bestuurtje helpen' kan ontstaan of dat daarentegen voldoende procedurele rechtvaardigheid tot uiting komt.

Schreuder: Als alleen het 'bestuurtje helpen' het probleem is, valt daar wel wat aan te doen. Mag ik dan concluderen dat het probleem kennelijk niet zó erg is als ik bij eerste lezing van het preadvies dacht?

5 CRvB 16 april 2013, JB 2013/119 m.nt. B. Kaya en L.J.M. Timmermans (gezamenlijke huishouding Nijmegen).

Haas: Het is veel erger! Het uitgangspunt moet zijn dat het bewijs van de gedraging moet worden geleverd door het bestuur. *The burden of proof lies on the prosecution*. Is dat bewijs niet geleverd, dan moet de boete van tafel. Het is in strijd met *fair trial*, en daarmee met artikel 6 EVRM, als je kunt zeggen: ‘Het bewijs is niet geleverd, probeer het maar opnieuw.’

Schreuder: Maar moet het bewijs dan in het bestreden besluit staan of mag je ook naar het onderliggende dossier kijken?

Haas: Je mag daarbij ook naar het onderliggende dossier kijken, want je mag kijken wat er aan bewijs is aangevoerd.

Voorzitter: Hier lijkt ten dele sprake te zijn van een spraakverwarring, want de informele lus waar Schreuder het over had, wordt vaak gebruikt om dingen uit het onderliggende dossier opgehelderd te krijgen. Hoe zit dat in het belastingrecht? Mag het daar niet?

Haas: Nee, het moet helder zijn en het bewijs moet geleverd zijn! Als het bewijs door het dossier en door wat het bestuursorgaan overigens aanvoert, niet geleverd is, moet vrijspraak volgen: de boete wordt dan vernietigd.

Van Emmerik: Ik kan me voorstellen dat zo’n lus wel een functie kan vervullen bij het bepalen van de hoogte van de boete. Op grond van artikel 8:72a Awb moet de bestuursrechter de hoogte uitdrukkelijk in evenredigheid bepalen; ik meen dat er wel wat uitspraken zijn geweest waarin het onduidelijk was hoe dat bedrag moest worden vastgesteld. Het was in het belang van de rechtzoekende dat daar duidelijkheid over kwam. De boete werd gematigd zonder dat vaststond welke gegevens correct waren en daarop heeft een van de bestuursrechters gezegd dat een en ander verder uitgezocht moest worden. In zo’n geval lijkt de lus me een nuttige functie te kunnen vervullen.

Voorzitter: Maar dan helpt de lus ook de burger?

Van Emmerik: Ja, dat zou kunnen.

Albers: Het door Haas aangestipte punt met betrekking tot bewijs is de reden waarom ik in mijn preadvies niet warm loop voor het ‘lussen’. Ik heb mijn opvatting over de bestuurlijke lus in het preadvies ook vooral in de context van bewijs en nieuwe bewijsgaring geplaatst. Ik ben geen voorstander van toepassing van de lus als het gaat om bewijsopdrachten.

Mr. A.R. Hartmann

We bespreken vandaag een belangrijk onderwerp, een mooi onderwerp ook, met mooie preadviezen. Er is veel over geschreven de afgelopen decennia, ik noem Rogier, Jansen, Jurgens, Michiels... Ik kan me nog herinneren dat ik hier in 1995 in Utrecht stond, in Conferentiecentrum Hoog-Brabant, naar aanleiding van het

preadvies van Michiels, waar ik de interventie durfde te plegen dat het bestuursstrafrecht toch een belangrijk onderwerp was. Het werd me niet in dank afgenomen. Als door een horzel gestoken zei Michiels: 'Als je uit het Duits een foute term goed vertaalt, blijft het toch een foute term.' Dat is me altijd bijgebleven en ik heb er nog steeds last van. Toch heb ik gezien dat het bestuursstrafrecht heel levensvatbaar is gebleken, want vandaag zijn we er indringend over in gesprek, al wordt het niet expliciet bestuursstrafrecht genoemd.

Een belangrijk onderwerp, ik zei het al. Er zijn inmiddels een kleine honderd wettelijke regelingen waarin een bestuurlijke boete is opgenomen, van klein tot groot. Ik heb de preadviezen met grote belangstelling gelezen en ik dank de preadviseurs er hartelijk voor. Ik vond het preadvies van Van Emmerik en Saris buitengewoon inzichtelijk. Als raadsheer bij de strafkamer van het gerechtshof in Den Bosch ben ik zeer geïnteresseerd in de evenredigheid en de hoogte van de boete, met name in de manier waarop het opzet wordt verdisconteerd, en dat is me helemaal duidelijk geworden.

En dan het preadvies van Haas. Ook in het fiscaal recht ben ik zeer geïnteresseerd, juist omdat daarin al jarenlang de boete zo'n belangrijke rol speelt. Ook zijn daar in de materieelrechtelijke bepalingen het opzet en de schuld expliciet aanwezig. Interessant is ook dat recent in het fiscale recht de deelnemingsvormen zoals we die kennen uit het strafrecht volledig zijn ingevoerd, en dat ten aanzien van overtredingen (zoals we ze in het bestuursrecht noemen). Het psychische bestanddeel doet in het fiscaal recht opgeld, maar in andere delen van het bestuursrecht nog niet. Ik ben bang dat het fiscale recht ook hier weer een voorsprong neemt en dat uiteindelijk de andere deelnemingsvormen ook in het algemene bestuursrecht voor wat betreft de boetes ingevoerd zullen worden. Dat zou me toch zeer verbazen, want dan krijgen we echt een nevenstrafrecht.

Bij lezing van de preadviezen heb ik me verbaasd over de dingen die er niet in staan. Ik noem er maar twee. Waarom toch niet iets opgenomen over de executie van de bestuurlijke boeten? We leggen *en masse* bestuurlijke boetes op, van groot naar klein, in massaliteit en in individuele omstandigheden. Kunnen we ze ook executeren? De veronderstelling is dat een boete effectief is en efficiënt, maar kunnen we hem dan ook inderdaad innen? Daar kan nog wel een robbertje over gevochten worden, vooral met het oog op het strafrecht. Het strafrecht wordt geadieerd als er helemaal niets te halen valt. De klanten die niets hebben, de *havenots*, worden koud uitgesloten van het bestuursrecht, omdat er niets te halen valt en dan hebben we een executieprobleem. Als strafrechter ben ik zeer geïnteresseerd in de wijze waarop dat *in concreto* uitwerkt. Helaas heb ik daar te weinig over gelezen.

Wat mij nog meer steekt, is het gebrek aan aandacht in het kader van de bestuurlijke boete voor de aansprakelijkheid en het daderschap. Ik doel dan vooral op de deelnemingsvormen: de pleger, die kennen we allemaal wel, maar wie is dan de overtreder als hij medepleger is of feitelijk leidinggever? Haas heeft hier mooie woorden over geschreven, al zijn ze wel wat instrumenteel: het moet allemaal maar kunnen. Maar hoe zit het dan met de aansprakelijkheid *in concreto* in zo'n dossier en het bewijs daarvan? Kunnen we het dubbel opzet dan inderdaad hard maken? Ik weet ook wel dat dubbel opzet in overtredingsland voor deelneming niet zo noodzakelijk is: je hoeft je er eigenlijk alleen maar bewust van te zijn

dat je tezamen met een ander het beboetbare feit pleegt. Laten we nu echter eens in dat verband de redenering volgen dat je beboet zou kunnen worden omdat je samenwerkt met een ander. *That's it?* Nee, je moet je daarbij natuurlijk wel bewust zijn van datgene wat dan tezamen met een ander gepleegd wordt. Dat geldt ook voor het 'feitelijk leiding geven'. Dit zit niet in de jurisprudentie. De fiscale jurisprudentie loopt nog niet zo hard, zoals Haas schrijft, maar in de andere jurisprudentie van het bestuursrecht beginnen 'feitelijk leiding geven' en 'medeplegen' los te komen. Vooral de bestuursrechters moeten nog maar eens goed kijken (daar dring ik met klem op aan) of ze de voorwaarden voor aansprakelijkheid inderdaad hard kunnen maken. Over het feitelijk leiding geven, met opzet op het delict zelve, valt veel te zeggen, want daar is veel beroering over ontstaan in het economische strafrecht. Normaal gaat men uit van kleurloos opzet, maar inmiddels is er al een uitspraak, door de Hoge Raad gesauveerd met artikel 81 RO, waarin wordt gezegd dat opzet op de wettelijke bepaling zelve moet worden meegewogen; het gaat dan om de wederrechtelijkheid, de bewustheid van datgene wat niet mag. Dat lijkt mij één-op-één ook te gelden in het bestuursrecht. Je kunt niet iemand enkel en alleen veroordelen omdat hij bijvoorbeeld directeur is van een bv, zonder dat hij enige wetenschap had van datgene wat is misgegaan. Staat dat keihard in de besluiten die genomen worden? Ik weet het niet.

Waar mijn vraag vooral om gaat, is natuurlijk het punt dat hier al is aangeroerd: de verhouding tot het strafrecht. Albers heeft daar in den brede aandacht aan besteed, gedegen, en zoals we haar kennen. Wie haar proefschrift heeft gelezen, weet uit welke hoek de wind waait. Ze heeft in het preadvies veel en ruimhartig over dit onderwerp geschreven. Ik ben misschien een neuzelaar, maar ik heb honderdvijftig verwijzingen naar haarzelf geteld – het kan minder, zeg ik dan op z'n Gronings. Ik wil Saskia en Serge niet aanhalen, maar 'het zijn de kleine dingen die het doen'. Als je in *concreto* kijkt, blijken de verschillen tussen het strafrecht en het bestuursrecht buitengewoon klein te zijn. En dan toch die strafbeschikking? De bestuurlijke boete zou overgeheveld moeten worden naar het strafrecht, omdat daar alles beter is? Als strafrechter durf ik dat keihard te ontkennen. Ik heb ook in het verleden veel met de strafbeschikking te maken gehad. Ik heb er ook ruimschoots over gepubliceerd en ik weet hoe de vork in de steel zit. Is dat nu het geëigende instrument om de bestuurlijke boete te vervangen? Voor de Wet Mulder zie ik daar met het oog op de ontstaansgeschiedenis van de strafbeschikking geen enkel probleem in, en het plan is nu ook inderdaad om de bestuurlijke boete vanuit de Wet Mulder toch weer over te hevelen naar het strafrecht. Het gaat hier om kleine feiten, waarbij we met een één-op-één-verhouding te maken hebben. Door dezelfde instanties opgelegd, kan de sanctionering ook via het strafrecht gaan: dat is geen enkel probleem en via de strafbeschikking zal het allemaal wat effectiever en efficiënter verlopen. Maar is het strafrecht in procesrechtelijke zin nu in zijn geheel echt beter dan het bestuursrecht? Ik waag dat te betwijfelen. Mijn belangrijkste punt bij deze kwestie is de vraag of het wel realistisch is via de strafbeschikking terug te keren naar het strafrecht. Ik durf keihard te zeggen dat dat niet zo is en dat het een absoluut onrealistisch voorstel is. Zou de strafrechter beter met deze kwesties uit de voeten kunnen dan de bestuursrechter? Nee! Er is geen expertise, geen kennis van zaken, geen tijd, geen geld, dus dat gaan we niet doen. Dit geldt in sterke mate ook voor het Openbaar

Ministerie. Als dit voorstel wordt voorgelegd aan het college van PG's, ben ik bang dat het weggehoond wordt. Het klinkt hard, maar ik ben ervan overtuigd dat het zo is. Geen geld, geen tijd, geen expertise. Men snapt van de hele bestuurlijke wetgeving bijna niets, op een enkel punt na, maar bovendien kan men voor wat betreft het strafrecht al amper de broek ophouden vanwege de bezuinigingen. Bij de parketten is het flexwerken ingevoerd, en er zijn al AG's die zaken niet vanuit het Openbaar Ministerie willen bepleiten, omdat ze geen tijd en gelegenheid hebben gehad om zich voldoende voor te bereiden. In zulke gevallen moet er worden aangehouden. Men zal het toch met mij eens zijn dat het overhevelen van al die wetgeving waarin de bestuurlijke boete is opgenomen naar het strafrecht omdat een bestraffende sanctie thuishoort in het strafrecht, een gedachte is die niet gevolgd zou moeten worden.

[Hier en daar licht applaus]

Voorzitter: Applaus zelfs na een interventie, dat is ook nieuw! Ik spits de bijdrage van Hartmann even toe op twee vragen die hier de kern vormen. De ene heeft te maken met ouderschap en aansprakelijkheid: die zal ik zo dadelijk aan Haas stellen. We beginnen met de vraag aan Albers: zijn de verschillen met het strafrecht, wanneer je meer *en détail* kijkt naar wat er in de dagelijkse praktijk feitelijk gebeurt, wel echt zo groot? Daarmee verband houdt ook de vraag of we wel winst maken als we op de strafbeschikking overstappen. Is dat sowieso niet onrealistisch gezien de praktijk in de strafrechtspraak?

Mr. C.L.G.F.H. Albers

Volgens Hartmann blijkt uit het preadvies van Haas dat het bestuursprocesrecht eigenlijk dezelfde waarborgen biedt als het strafprocesrecht. Als je het preadvies echter goed leest, zie je dat in het fiscale recht een heel andere lijn wordt gevolgd dan in het algemeen bestuursrecht. Wanneer de algemene bestuursrechter meer op de lijn van de fiscale rechter zou zitten, zouden we al veel winst geboekt hebben op dit punt. Hartmann meent kennelijk dat ik voorstander ben van een overstap naar de OM-afdoening bij bestraffende sancties. Blijkbaar heeft hij mijn preadvies dan toch niet zo nauwkeurig gelezen als hij wil doen voorkomen. Ik wil niet zonder meer dat we overgaan naar de OM-afdoening, ik heb alleen aangegeven dat er verschillende mogelijkheden zijn. Mogelijkheid 1 is om de afdoening binnen het bestuursrecht te houden, maar anders om te gaan met de taakopvatting van de bestuursrechter bij bestraffende sancties. Dat kan ook echt, zoals we de voorzitter net in zijn openingsrede hebben horen zeggen. Niet alles hoeft langs dezelfde lat gelegd te worden. Artikel 8:69 Awb kan bij bestraffende sancties anders worden opgevat en de rechter kan dan meer ruimte nemen. Hiermee boek je heel veel winst. Deze werkwijze levert bovendien een aantal voordelen op die je mist als je naar de OM-afdoening zou overstappen; Brugman heeft er terecht op gewezen dat het voordelen oplevert om alles binnen het bestuursrecht te houden. De OM-afdoening zou een alternatief kunnen zijn voor de bestuurlijke boetes maar zij is sowieso al veel minder geschikt voor de bestraffende intrekking. Dat heb ik ook aangegeven in het preadvies.

Mijn opvatting is dus niet dat alle bestuurlijke bestraffende sancties naar de OM-afdoening moeten worden overgeheveld, ik heb alleen aangegeven dat er verschillende mogelijkheden zijn. De eerste is, zoals gezegd: houd de bestraffende sancties binnen het bestuursrecht, maar laat de bestuursrechter de zaak wel anders aanpakken. Een tweede mogelijkheid is overhevelen naar de strafbeschikking. Dat heeft bepaalde voordelen, ook met betrekking tot de invulling van strafrechtelijke begrippen. Het gaat nu nog wel eens mis in het bestuursrecht als je met lastige aspecten te maken krijgt, zoals ook eerder al aan bod kwam. Je ziet af en toe dat er niet goed gekeken wordt naar de vraag of iemand kan worden aangemerkt als 'overtreder'. Hetzelfde geldt voor een AVAS-verweer. Soms blijkt dat een bestuursrechter daar niet goed mee uit de voeten kan. Dit zou je langs de weg van de strafbeschikking kunnen ondervangen. Ik heb daarbij aangegeven dat het om een bestuurlijke strafbeschikking zou moeten gaan, dus niet dat het OM dat alles op zich zou moeten nemen. De bestuursorganen die nu al de boete opleggen, zouden in dat geval de strafbeschikking opleggen. Als er verzet wordt aangetekend tegen de strafbeschikking, kom je dan natuurlijk wel bij de strafrechter terecht. Daar zou je volgens mij dan ook met wat personele verschuivingen in de rechtbanken wel een oplossing kunnen vinden voor de capaciteitsproblemen en de financiering, als daar al sprake van zou zijn. Ik denk dat daar wel een mouw aan te passen is.

Mijn belangrijkste punt is dat er twee mogelijkheden zijn, beide met hun voor- en nadelen, waar ik me ook van bewust ben. Als de bestuursrechter de inhaalslag maakt, ligt de keuze voor het bestuursrecht meer voor de hand. Gebeurt dat niet, dan zul je toch moeten kijken naar een andere oplossing en dan is de bestuursrechtelijke strafbeschikking een goed alternatief.

Hartmann: De strafbeschikking is bedoeld voor kleine ronde feiten. Ik weet dat daar in de praktijk wel de hand mee wordt gelicht, maar als we het over mededingingsrechtelijke feiten hebben, is de materie zo ingewikkeld dat de kennis en expertise toch echt bij de ACM zit.

Albers: In de stukken die zijn opgesteld om te zien welke sancties kunnen worden overgeheveld van het strafrecht naar het bestuursrecht, stond exact hetzelfde criterium: het moest om eenvoudig te bewijzen feiten gaan. Het is een pragmatisch argument. De bestuursrechter is aanvankelijk natuurlijk tegen dezelfde problemen aangelopen.

Hartmann: Maar ik zie nog niet gebeuren dat er mensen van de toezichthouders in het strafrecht substituut-officier van justitie gaan spelen om de zaak bij de strafrechter te bepleiten. Daar moeten we niet aan beginnen en dat gaat ook niet gebeuren.

Voorzitter: Albers heeft haar preadvies geschreven vanuit de vraag hoe je zo iets systematisch, optimaal zou kunnen inrichten, waarbij de uitvoerbaarheid natuurlijk een belangrijk aspect is, maar het gaat dan wel over twee verschillende dingen. Dit ter ondersteuning van Albers.

Er ligt nog dat andere punt, over ouderschap en deelnemingsvormen. De vraag is eigenlijk of in de bestuursrechtelijke praktijk wel voldoende gewaarborgd is dat

wat er in het besluit staat toereikend is om van die vormen van ouderschap uit te kunnen gaan.

Mr. F.J.P.M. Haas

De voorzitter legt mij naar aanleiding van de interventie van Hartmann de vraag voor of in de bestuursrechtelijke praktijk wel voldoende is gewaarborgd dat wat er in het besluit staat toereikend is om van bepaalde vormen van ouderschap uit te kunnen gaan. Dat zullen we moeten zien, want we hebben zulke besluiten nog niet gehad. Tot op heden zijn in de fiscale praktijk bij mijn weten twee vierdetrancheboetes opgelegd. U kunt ervan uitgaan dat als wij deze sessie volgend jaar zouden herhalen, er tientallen, zo niet honderden van deze boetes zullen zijn opgelegd. De invoering van de Vierde Tranche is nu vier, vijf jaar geleden en dat is zo ongeveer de inwerktijd voor een bestuursorgaan. Bovendien heb ik het idee dat dit onderwerp nu, met name binnen de Belastingdienst, veel meer gaat leven. De uitbreiding van de deelnemingsvormen per 1 januari zorgt ervoor dat ook potentiële problemen zoals het verschil tussen medeplegen en medeplichtigheid zijn opgelost. De vraag of je wel een medepleger kunt hebben als je geen pleger hebt, met name als het gaat om doleuze of culpoze delicten, is ook opgelost. Er rest nog een ambtelijk probleem, namelijk dat er een paraaf moet worden gezet in Den Haag, maar ook dat lijkt min of meer opgelost te zijn. Ik meen serieus dat de top van de Belastingdienst nu ook voor toepassing van dit instrument voelt.

Het zal een leerproces worden voor de bestuursorganen om hiermee om te gaan, maar we gaan het oplossen op vergelijkbare wijze als de strafrechter. Sterker nog, we zullen op deelproblemen misschien wel richtinggevend worden. Bijvoorbeeld in situaties waarin je als medepleger een boete kunt krijgen wanneer je niet hebt ingegrepen waar ingrijpen geboden was. Het is fiscaal een buitengewoon interessant gebied: belastingadviseurs, accountants en notarissen die van alles zien, weten dat het niet goed zit maar desalniettemin niet ingrijpen. Aanpakken!

Hartmann: Ik vroeg vooral naar het bewijs.

Haas: Het gaat natuurlijk om het bewijs, maar dat kan op dezelfde manier geleverd worden, want daar is de vrije bewijsleer op van toepassing. Je hebt in het bestuursrecht niet het klassieke strafrechtelijke stelsel, dus bewijs kan ook door middel van vermoedens geleverd worden, ook wanneer het gaat om beboetbare feiten. Bij een notaris die erin slaagt een pand in één dag vier keer in waarde te zien stijgen, lijkt het vermoeden dat er iets mis is wel gerechtvaardigd.

Hartmann: Op dit punt kan er nog wel eens een spanningsveld ontstaan tussen de strafrechter en de uitleg van de deelnemingsvormen.

Haas: Niet in de uitleg van de deelnemingsvormen, maar wel in het bewijs.

Voorzitter: En daar zie je dan dat het toch verschil maakt bij wie je aan het procederen bent.

Hartmann: Het zou dan aan de bestuursrechter zijn om gelijke tred te houden.

Voorzitter: Ik begrijp uw vraag heel goed. We zullen de toekomst moeten afwachten op dit punt. Het is een belangrijke vraag, en via het verslag zal ook deze vraag in de geschiedenis worden meegenomen.

Mr. F.C.M.A. Michiels

Complimenten aan de preadviseurs! Voordat ik mijn echte vragen ga stellen aan Albers en aan het duo Van Emmerik en Saris, even een amuse. Op bladzijde 118 staat: 'Het kan heel goed zijn dat op het moment dat u dit preadvies leest, de rechtspraak verder in beweging is gekomen. De agendering van een thema voor de VAR-jaarvergadering kan immers op zichzelf al leiden tot een bijstelling van jurisprudentie.' Ik vroeg mij af welke empirische aanwijzing de preadviseurs hebben voor de juistheid van deze stelling. Deze vraag mogen ze eventueel ook tijdens de lunch beantwoorden.

Dan een vraag aan Van Emmerik en Saris, over de indringendheid van de toetsing. De heersende leer in de rechtspraak en de literatuur zegt dat vol moet worden getoetst: dat is in ieder boek te lezen. De voorzitter stelde de vraag vanmorgen zelf ook, maar beantwoordde hem gelukkig nog niet: wat betekent dit nu eigenlijk? In 2007 hebben De Waard en ik in een boekje voor de Raad van State betoogd dat uit niets blijkt (en al helemaal niet uit de woorden 'full jurisdiction' in artikel 6 EVRM) dat de volle toetsing iets anders zou zijn dan de toetsing aan alle aspecten, waaronder de evenredigheid. Maar de vraag hoe diepgaand of indringend die toetsing moet zijn, respectievelijk hoe terughoudend die toetsing mag zijn, is daarmee niet beantwoord. In het preadvies van Van Emmerik en Saris wordt op bladzijde 155 een uitstekende samenvatting gegeven van onze opvatting ter zake en ook van onze beschrijving van wat bestuursrechters feitelijk op dit punt doen. Die samenvatting begint met een enigszins omineuze aankondiging: 'Een enigszins afwijkend standpunt verkondigden Michiels en De Waard...' enzovoort. Al die andere mensen vinden blijkbaar allemaal A en alleen die twee, die het niet helemaal hebben begrepen, zeggen B! We hebben verder ook geen navolgers meer gekregen, dus je zou haast denken dat het niet klopt, maar wij weten wel beter. Ik vlei mij met de gedachte dat deze twee preadviseurs het eigenlijk met ons eens zijn. Ze hebben een prachtige analyse gemaakt van de rechtspraak van onder andere het Straatsburgse Hof en komen tot precies dezelfde conclusie. Mijn vraag is dus of deze preadviseurs daarmee ook een afwijkend standpunt innemen en als dat zo is, welke vreselijke gevolgen dat dan moet hebben voor de heersende leer.

Ze zijn het trouwens op één punt niet met ons eens, zeggen ze op dezelfde bladzijde. Ze zeggen daar dat wij 'deels een punt' hebben (dus ongeveer een half punt) met ons betoog, inhoudende dat de rechter indringender moet toetsen als de wetgever bepaalde factoren niet in de evenredigheidstoets meeneemt. Mijn vraag is dan: als de wetgever die factoren niet vergeten is, maar opzettelijk niet wil meewegen, welke legitimatie heeft de rechter dan om er zelf factoren bij te halen? Wie bepaalt wat relevant is ten aanzien van zoiets ongrijpbaars als de evenredigheid?

Dan een vraag over het preadvies van Albers. Dat gaat deels over de indringendheid, maar nu wil ik de focus richten op de relatie tot het strafrecht. Het is

vanmorgen al eerder aan de orde geweest: Albers geeft de voorkeur aan het strafrecht boven het punitieve bestuursrecht waar het de rechtsbescherming tegen bestraffing betreft. Overigens is 'punitief bestuursrecht' de term waar ik de voorkeur aan gaf; mijn opmerking, gericht tot Hartmann, in 1996 ging alleen over de term, niet over het belang van het onderwerp.

Ik vind het op zichzelf heel verfrissend als iemand niet zijn eigen rechtsgebied verdedigt, maar zegt dat wat ze bij de burens doen, eigenlijk beter is. Dat is spannend, maar klopt het ook? Als ik het preadvies lees, krijg ik steeds meer het idee dat Albers de rechtsbescherming in het strafrecht wat al te gunstig voorstelt. Dat komt misschien omdat zij vooral naar de theorie kijkt. We moeten volgens mij niet op basis van de theorie van het strafrecht de praktijk van het bestuursrecht de maat gaan nemen. Albers zegt er zelf in alle eerlijkheid bij, en dat heeft ze vanmorgen nog eens herhaald, dat er geen tijd was voor empirisch onderzoek. Dat begrijp ik volledig en dat verwijt ik haar allerminst. Nu de vergelijking met het strafrecht zo nadrukkelijk in beeld is gekomen, is het wel een gemis dat we geen preadviseur hebben die naar de strafrechtspraktijk heeft gekeken. Als dat namelijk gebeurd zou zijn, had wel eens kunnen blijken dat daar nog altijd een zekere mate van willekeur, althans persoonlijke voorkeur, in de straftoemeting heerst. De ervaringen met de databank consistente straftoemeting maken duidelijk dat de zoektocht naar een dergelijke consistente straftoemeting in ieder geval moeizaam verloopt; zie ook het aprilnummer van *Trema* van dit jaar. Individuele strafrechters willen in hun redelijkheidstoets liever niet worden gestúurd. Als het als gevolg daarvan zo is dat het nogal wat uitmaakt bij welke rechter je terecht komt, is het verlangen naar een bestuursrechter die (meer dan thans het geval is) een op het individuele geval toegespitste toetsing verricht, misschien niet zo vanzelfsprekend. Ervan uitgaande dat zij ook voorstandster van de consistente straftoemeting is, is mijn vraag aan Albers of zij iets zou zien in rechterlijke beleidsregels voor de strafrechtelijke straftoemeting. Ik bedoel daarmee niet die tot weinig of niets verplichtende oriëntatiepunten, maar stevige richtlijnen zoals we die in het bestuursrecht ook hebben voor het bestuur, en waar de hoogste bestuursrechters behoorlijk veel waarde aan hechten.

Mr. C.M. Saris

Wij hebben een groot aantal boetestelsels onderzocht, en met name de factoren die relevant zijn bij de beoordeling van de evenredigheid. Onze aanbeveling is dat de rechter in concrete situaties altijd moet kijken of de boete 'onder de streep' evenredig is. In ons onderzoek hebben we niet gezien dat de wetgever boetestelsels heeft gemaakt waarbij bepaalde omstandigheden bewust niet kunnen worden meegewogen, en dat is ook wel logisch omdat de wetgever op hoog niveau wetgeving zal maken. In concrete situaties moet een boete onder de streep dan wel evenredig zijn. De mate van toetsing zal, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, verschillen. Om een voorbeeld uit de Tabakswet te geven: er was een wettelijk gefixeerde boete bepaald voor tabaksfabrikanten, waarvan het CBb heeft gezegd dat de ondernemer die verscheen geen tabaksfabrikant was, maar een middelgrote onderneming, en dat de boete in de concrete situatie lager moest worden vastgesteld. We hebben zo iets ook gezien in de Wml-zaken van de

Afdeling, waar het ging over een boete wegens het te weinig betalen van vakantietoeslag voor een bedrag van ongeveer 12 euro. De opgelegde boete bedroeg zestig keer dit bedrag. Daarvan heeft de Afdeling ook gezegd dat een boete vermenigvuldigd met een factor zestig in de concrete situatie niet evenredig was. Onze stelling is dus dat de rechter altijd onder de streep moet kijken of de opgelegde boete, binnen het kader van wetgeving en beleid, evenredig is.

Michiels: Op zich ben ik het daar natuurlijk mee eens, en waarschijnlijk zullen we het er allemaal over eens zijn dat een boete uiteindelijk in het individuele geval evenredig moet zijn, maar dat is de vraag niet. De vraag is welke rol de rechter daarbij moet spelen. Moet hij betrekkelijk achteroverleunend zeggen dat het er door de oogharen kijkend niet gek uitziet of moet hij enorm actief, alsof het bestuur er niet geweest is, zeggen dat hij het helemaal zelf gaat bepalen en letterlijk op de stoel van het bestuur gaan zitten? Dat zou mij buitengewoon onverstandig lijken, omdat hij van dat soort dingen waarschijnlijk veel te weinig verstand heeft. We hebben niet voor niets een taakverdeling.

Saris: Wij vinden dat de rechter hier toch een actieve rol in heeft. Dat is ook te zien bij de Centrale Raad en het College van Beroep voor het bedrijfsleven: zij passen de techniek toe van de communicerende vaten. Ze kijken wat de wetgever aan omstandigheden heeft verdisconteerd ter bepaling van de hoogte van de boete. Daar wordt ook het beleid bij betrokken en vervolgens wordt er in de wetsgeschiedenis gekeken welke afwegingen de wetgever heeft gemaakt. Als er dan een zaak ter beoordeling voorligt waarbij wordt geconstateerd dat de omstandigheden niet zijn verdisconteerd, staat niets eraan in de weg om deze wel mee te rekenen.

Van Emmerik: De kern van de vraag van Michiels lijkt mij gericht op een situatie waarin de wetgever bijvoorbeeld bewust heeft bepaald dat opzet niet mag meespelen. Ik denk dat wij het ons breder voorstellen: het geheel zou consistent moeten zijn. Ik denk dat daar voor de rechter een rol in blijft bestaan. Het blijft natuurlijk een lastig samenspel tussen de verschillende actoren, maar ik denk dat de rechter in ultieme zin de evenredigheid moet bewaken. Dan zou het ook passend zijn om in een geval waarin opzet niet verdisconteerd is, zoals in de Wav-zaken, toch naar opzet te kijken. Onze oproep zou zijn om over de hele linie consistent te werk te gaan.

Naar aanleiding van Michiels' 'amuse': als we het over Wav-zaken bij de Afdeling hebben, zit er naar onze mening enige beweging in de jurisprudentie. Uit het jaarverslag van dit jaar blijkt dat er een speciale werkgroep is die zich met punitieve sancties bezighoudt.

Over het afwijkende standpunt van Michiels en De Waard wil ik zeggen dat dit wat ons betreft zeker niet negatief moet worden beoordeeld. Ik denk dat we ons in hun kamp bevinden, in die zin dat er vaak meer in de Straatsburgse jurisprudentie wordt gelezen dan er staat. Proportionaliteit moet worden getoetst, maar de centrale vraag blijft hoe vol de toetsing is. We krijgen daar niet altijd duidelijkheid over, maar ik denk dat ook vanuit Straatsburg wel blijkt dat de rechter uiteindelijk de ruimte moet houden om in te grijpen.

Mr. B.W.N. de Waard: Ik steun mijn collega Michiels hierin. Blijkens bladzijde 135 zijn de conclusies die Van Emmerik en Saris naar aanleiding van hun eigen analyses trekken, exact dezelfde als de conclusies die Michiels en ik hebben getrokken. Verderop, op bladzijde 155, wordt echter de indruk gewekt dat er een heersende leer is en dan nog een paar afwijkende heren, te weten Michiels en ik! De eisen van de heersende leer worden allemaal uit artikel 6 EVRM gehaald, ‘ze vloeien voort uit artikel 6 EVRM’, terwijl Saris en Van Emmerik eerder hebben geanalyseerd dat in ieder geval in de Europese jurisprudentie op basis van artikel 6 EVRM niet de eis van volle toetsing te lezen valt.

Van Emmerik: We sluiten ons graag aan bij het afwijkende standpunt, maar we voegen eraan toe dat de jurisprudentie heeft laten zien dat het beeld heel diffuus is. Het gaat steeds om de casus die aan de orde is. Wat je toch ziet, ook bij wettelijk gefixeerde boetes, is dat het Hof blijkbaar (ook in de zaak *Malige*) in het verband van evenredigheid bepaalde aspecten uitdrukkelijk noemt. In dat opzicht valt er nog iets meer uit te halen: wat levert het rechterlijk oordeel voor de persoon in kwestie op? Krijgt hij de kans om de punten van het rijbewijs terug te krijgen? In dit soort zaken voert het Hof een vrij vergaande evenredigheidstoets uit. Aan de ene kant wordt er gezegd dat wettelijke gefixeerde boetes geen probleem zijn in de zin van artikel 6 EVRM, maar als je goed leest, zie je dat er uiteindelijk toch een toetsing *in concreto* van evenredigheid plaatsvindt.

Michiels: Nog heel kort over de *Way*: wel of niet onderscheid maken naar de grootte van de onderneming? Als de wetgever dat duidelijk niet doet, is dat een bewuste keuze, en zijn daar ook wel redenen voor aan te geven. Vinden Van Emmerik en Saris dat de rechter dat onderscheid niettemin wel als criterium moet gebruiken?

Van Emmerik: We geven wat algemene richtsnoeren voor dingen waar je normaal gesproken rekening mee moet houden en die volgens ons in de Awb moeten worden opgenomen. Ik kan me, naar aanleiding van de vraag van Michiels, voorstellen dat je voor een specifieke wet een uitzondering maakt, maar dan moet die wel goed gemotiveerd worden. Op dit moment is de praktijk eigenlijk een zootje en loopt het allemaal door elkaar, dus dan moet de wetgever wel heel goede redenen voor zijn keuze hebben. Zelfs dan kan het zijn dat in een concreet geval iets niet voorzien is en heel onredelijk uitpakt.

Voorzitter: Er ligt nog een vraag die betrekking had op het preadvies van Albers. Mag ik deze zo parafaseren: wat kan het strafrecht eigenlijk van het bestuursrecht leren als het om consistente straftoemeting gaat? Als je ook vindt dat er consistente straftoemeting moet zijn, kan dan de beleidsmatiger benadering van de bestuursrechter in het strafrecht ook niet z'n voordelen hebben?

Mr. C.L.G.F.H. Albers

Even vooraf: volgens Michiels heb ik een voorkeur voor het strafrecht, maar zo heb ik het niet gezegd. Ik heb het strafrecht met het bestuursrecht vergeleken en ik heb aangegeven dat de burger in het strafrecht een hogere mate van

rechtsbescherming lijkt te hebben, met name op de punten die door mij zijn onderzocht: de toegang tot de rechter, de mate waarin de rechter zelf actief is, de ongelijkheidscompensatie en dergelijke.

Michiels snijdt een ander punt aan, waar ik in mijn onderzoek niet op ben ingegaan. Omwille van de beperkte ruimte moesten er keuzes gemaakt worden. Straftoemeting was niet een van de aspecten van mijn onderzoek, vooral ook omdat dat logischerwijs beter paste bij het onderwerp van Saris en Van Emmerik. Ik heb dus niet zozeer gekeken naar het aspect van de straftoemeting waar Michiels naar vraagt. Zoals ik al aangaf, kon ik geen empirisch onderzoek doen, maar ik werk op een kleine faculteit en zit tussen de collega's van strafrecht. Een aantal van hen is ook rechter-plaatsvervanger. Ter staving van mijn bevindingen heb ik aan hen regelmatig bestuursrechtelijke casus voorgelegd, uitgelegd hoe de bestuursrechter daarmee omgaat en gevraagd wat zij als strafrechter in zo'n geval zouden doen. Uit deze gesprekken bleek wel dat zij verbaasd waren over de in hun ogen passieve houding van de bestuursrechter.

Michiels: Ik spreek ook wel eens mensen uit het strafrecht en zij signaleren dan pure willekeur, niet omdat de mensen niet integer zouden zijn, maar omdat verschillende rechters verschillende straftoemetingsideeën hebben. Is dat dan zo gunstig?

Albers: Dat is niet echt gunstig, maar je ziet in alle geschillen dat het er vrij sterk van afhangt welke rechter je zaak behandelt. Dat zie je ook als je een ambtenaar-rechtelijk geschil hebt, het blijft tenslotte mensenwerk. Je zou ervoor kunnen kiezen om dit dicht te timmeren, maar dan moet je toch ruimte creëren om in concrete gevallen weer van dat dichtgetimmerde beleid af te stappen.

Michiels: Maar als je je als bestuursrechter betrekkelijk terughoudend opstelt ten opzichte van op zichzelf deugdelijke beleidsregels, moet er misschien in een enkel geval nog wel iets gebeuren, maar is de grote lijn behoorlijk consistent. Dat is toch wel het verschil.

Haas: Consistent is natuurlijk dat je iedereen dezelfde straf geeft, maar dat willen we juist niet. Ik denk overigens dat het ook niet waar is dat de strafrechters naar willekeur straf toemeten. Je hebt daar de bulkzaken, de dronken rijders, de winkeldieven, de gewoonte-inbrekers, en daar zijn normen voor. Ik heb zelf zes jaar strafrecht gedaan: je kunt redelijk voorspellen wat iemand krijgt als hij met x promille achter het stuur zit. Maar als het gaat om de bijzondere dingen, is de ene moordenaar nu eenmaal de andere niet. In zulke gevallen bestaat juist behoefte aan individuele beoordeling, en datzelfde geldt voor de bestuurlijke boete. De man die voor de zesentwintigste keer te laat aangifte doet, krijgt gewoon de boete die daarbij hoort en de marge daarin tussen de verschillende rechters is gering.

Van Emmerik: Michiels zegt ook dat de beleidsregels heel belangrijk zijn: hoe gedifferentieerder ze zijn, hoe minder reden de rechter heeft om in te grijpen. Wanneer die beleidsregels er niet zijn en er niet zoveel is verdisconteerd, is het misschien goed om het voorbeeld van het strafrecht te volgen door voor veelvoorkomende feiten in het boeterecht oriëntatiepunten te formuleren. Dat is de achtergrond van onze aanbeveling op dat punt.

Huldiging van de winnaars van de VAR-pleitwedstrijd

De voorzitter spreekt als volgt

We beginnen deze middag met iets feestelijks: afgelopen woensdag heeft in Leiden de jaarlijkse VAR-pleitwedstrijd plaatsgevonden. De wedstrijd vond plaats in de Sterrenwacht, een prachtige plaats in Leiden, waar we vorstelijk zijn ontvangen. Door studenten van negen verschillende universiteiten is daar gepleit, nadat ze van te voren schriftelijke stukken hadden uitgewisseld, zoals dat in een echte procedure ook gaat. Ze hebben gepleit over een casus op het gebied van het subsidierecht, zoals je dat in Leiden kunt verwachten. Het was een prachtige casus, die in vele opzichten als voorbeeld kan dienen voor toekomstige pleitwedstrijden. Als u hoort dat het om een pleitwedstrijd gaat, denkt u wellicht dat we ons met rechtsgeschiedenis bezighouden, want als u op de hoogte bent van hoe rechtszaken tegenwoordig verlopen, weet u dat er nu we de nieuwe zaaksbehandeling hebben vaak helemaal niet gepleit mag worden. In de nieuwe aanpak wordt meteen gevraagd naar je zielenroerselen in plaats van dat je een juridisch pleidooi kunt houden. Er werd mij afgelopen winter dan ook gevraagd hoe lang we het nog zouden volhouden en men opperde dat het einde van de VAR-pleitwedstrijden toch wel in zicht was. Er is toch een oplossing gevonden en er is gepleit, maar dan op een modernere manier met meer discussie en interactie. Het was een genoegen om te zien!

U wilt natuurlijk weten wie er gewonnen heeft. Er deden negen teams mee. Op de vierde plaats is geëindigd het team van Utrecht, op de derde plaats het team van Leiden, op de tweede plaats het team van de VU en op de eerste plaats het team van Groningen. De leden van dat team wil ik vragen naar voren te komen. Het zijn Nawal Bouayad, Maryna Kazlova, Hylke ten Bruggencate en Emil Verheul.

[Applaus]

Voorzitter: Gefeliciteerd! Het bijzondere aan de leden van dit pleitteam is niet alleen dat ze het werkelijk heel goed gedaan hebben ik heb het zelf gezien maar bovendien dat ze niet voor het eerst winnen. Ze hebben ook al een pleitwedstrijd op het gebied van het Europees recht gewonnen, dus we hebben hier echt met briljante studenten te maken. Ik wil nu graag aan Sandra van Heukelom vragen hoe het haar bij deze bijzondere pleitwedstrijd als voorzitter van de jury is vergaan.

Mr. S. van Heukelom: Ik vertelde daar op de pleitwedstrijd dat wij, als bestuursrechtelijk Nederland, trots mogen zijn op deze lichter studenten. We hebben woensdag genoten van de enorme gedrevenheid, ik noemde het zelfs de excellentie, van deze groep studenten. Ze hebben lastige casus voorgelegd gekregen. Bij het subsidierecht kun je nog enigszins beredeneren hoe het allemaal moet werken, maar de finalecasus ging over boeteoplegging op grond van de Wav. Ik weet niet wie de Wav wel eens gelezen heeft, maar het is echt een vreselijke rotwet! Deze studenten slaagden er toch in onmiddellijk tot de kern door te dringen en de belangrijkste punten eruit te pikken. Ik vind het fantastisch hoe ze dat hebben gedaan. De jury had een grote breinbreker aan deze klus en de einduitslag scheelde maar één punt ten opzichte van de waardige tegenstander die de tweede plaats behaalde, de VU. Met de andere juryleden, Ben Verwaaijen en Rianne Jacobs, heb ik afgesproken dat we niet zullen verklappen waar het hem in zat: dat is het geheim van de raadkamer. Dat deze studenten fantastisch hebben gepresteerd, staat wel vast! Niet afschaffen dus, deze wedstrijd, maar juist in ere houden om te zien wat onze studenten in Nederland allemaal kunnen bereiken. Ik stel voor nog een groot applaus te geven aan de winnaars!

[Applaus]

Voorzitter: Zo'n team wordt ook altijd begeleid. Als je zo briljant bent, heb je misschien weinig begeleiding nodig, maar we kunnen niet zien wat zich achter de schermen allemaal heeft afgespeeld. Ik wil niet onvermeld laten dat Bert Marseille, ons allen welbekend en hier ook aanwezig, het team heeft begeleid en daarmee ook wel een applausje heeft verdiend!

[Applaus]

Mr. B. Marseille: Je zei dat je niet weet hoeveel zo'n begeleider doet en daar moet ik even op reageren. Ik heb eigenlijk heel weinig gedaan, want deze studenten waren heel moeilijk te begeleiden. Ze waren er bijna nooit, het was heel moeilijk om afspraken te maken en wat ik instrueerde hebben ze eigenlijk ook niet zo goed gedaan, maar dat is nu allemaal vergeven en vergeten.

Voorzitter: Zo'n VAR-pleitwedstrijd is niet mogelijk zonder de grote inzet van mensen die het allemaal organiseren. Komal Habib van de Universiteit Leiden, zij is hier ook, heeft dat op voortreffelijke wijze gedaan en alles is vlekkeloos verlopen. Ze wilde niet in beeld komen, maar ze zit ongeveer daar.

Ik wil hier zeker ook de leden van de jury vermelden. U heeft zelf wel eens met dossiers te maken, maar hier ging het om behoorlijke dossiers die doorgenomen moesten worden. Er waren negen teams, dus dat was een enorm karwei. De jury stond onder leiding van Sandra van Heukelom. Zij heeft dat natuurlijk niet alleen gedaan, er waren vele anderen bij betrokken, van wie sommigen ook hier in de zaal zitten. Ze hebben de VAR daar een enorme dienst mee bewezen, waarvoor veel dank!

[Applaus]

Deze studenten zijn nu, net als de andere finalisten, een jaar gratis lid van de VAR. Een mooiere prijs kun je niet krijgen, vooral nu de contributie net is verhoogd, zoals vanmorgen is besloten in de huishoudelijke vergadering.

Verenigingsleven

Voorzitter: Dames en heren. Ik meld nog even een paar dingen voordat we verder gaan met de preadviezen. Ik vertelde u al dat de VAR dit jaar 75 jaar bestaat. We gaan dat natuurlijk vieren en daar krijgt u nog alle informatie over, maar omdat u zich er natuurlijk vast op wilt verheugen, vertel ik u dat het gaat gebeuren op 18 december in het Academiegebouw in Utrecht. Dan zal er ook een boek verschenen zijn ter ere van het 75-jarig bestaan: een bundel met dertien hoofdstukken die gewijd zullen zijn aan de europeanisering van het algemeen bestuursrecht. Het gaat dus om de vraag of er in het algemeen bestuursrecht een *ius commune* ontstaat. Interessante auteurs hebben zich gemeld (nadat hun dat gevraagd was) om enthousiast mee te schrijven, dus daar kunt u zich op verheugen.

Dan wil ik vast vermelden dat we volgend jaar natuurlijk weer vergaderen over nieuwe preadviezen, met als onderwerp de rechtsvorming in de bestuursrecht-spraak. Ik zal het onderwerp nu niet toelichten; dat komt een andere keer wel. We zijn zeer verheugd te kunnen melden dat ze geschreven zullen worden door Ernst Hirsch Ballin, Rolf Ortlep en Albertjan Tollenaar.

Interventies, met reacties van de preadviseurs (middaggedeelte)

waarin opgenomen twee paneldiscussies

Mr. A.P. Klap

Ik wil graag reageren op de bijdrage van Michiels, die de vergadering net voor de pauze afsloot. Ik ben het volledig met De Waard en Michiels eens en dat zal ik ook toelichten. Het is trouwens twintig jaar geleden dat Michiels aan de VU zijn oratie hield over de opmars van de bestuurlijke boete en ik denk dat we sindsdien hebben kunnen zien dat er ontzettend veel gebeurd is op het gebied van het punitieve bestuursrecht. Zo veel, dat er wel gesproken kan worden van een nieuwe dimensie en een nieuw perspectief.

Ik noem een paar dingen. De bestuurlijke boete is niet langer het kleine zusje van de strafrechtelijke boete dat de inmiddels gedateerde jurkjes van haar oudere zus moet afdragen. Nee, de bestuurlijke boete is uitgegroeid tot een sanctie die op eigen benen staat. Vooral in het financiële en economische bestuursrecht, waar ze soms naast, of in plaats van, een last onder dwangsom fungeert en soms als enig mogelijke sanctie. Ook de Wet milieubeheer kent de bestuurlijke boete als zelfstandige sanctie.

De verzelfstandiging van de bestuurlijke boete leidt er mijns inziens toe dat deze meer op eigen merites moet worden beoordeeld en niet altijd zonder meer als *ultimum remedium* kan worden gezien. Vooral niet als herstelsancties – daarbij denk ik vooral aan de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang – vanwege hun voorwaardelijke karakter te weinig effect sorteren. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer er sprake is van een bewuste, moedwillige overtreding of wanneer herstel niet mogelijk is. In dat geval kan het met het oog op de gewenste generale preventie nodig zijn een bestuurlijke boete op te leggen. Tegen deze achtergrond moet volgens mij ook de recente jurisprudentie van het CBB worden begrepen waarin een beginselplicht tot handhaving wordt aangenomen die ook op het opleggen van een bestuurlijke boete betrekking heeft. Dit betekent dat waar een overtreding geconstateerd wordt, zo nodig met boeteoplegging moet worden opgetreden.

Vervolgens zijn er natuurlijk ook een aantal nieuwe sancties tot ontwikkeling gekomen. Ik noem het openbaar maken van sancties, *naming and shaming*, en het alcoholslotprogramma. Beide sancties zijn volgens mij ook te zien als instrumenten om tot een effectievere handhaving te komen. Het opmerkelijke van de nieuwe sancties is dat ze niet goed passen in het gebruikelijke schema van herstel- en

strafsancties. Ze dragen elementen van beide soorten sancties in zich, en het is niet bij voorbaat duidelijk of het herstel of de bestraffing vooropstaat.

Dan kom ik nu toe aan de preadviezen, die ik met veel plezier en bewondering gelezen heb. Ze zijn breed van opzet en gaan diep op de verschillende aspecten van de bestraffende sancties in. Wat ik gemist heb, is dat nieuwe perspectief. Wat me opviel, zeker in het preadvies van Albers, is hoezeer ons beeld van bestuurlijke sancties steeds bepaald lijkt te worden door een zwart-witonderscheid tussen herstelsancties en bestraffende sancties. Een sanctie is ofwel een herstelsanctie, ofwel een bestraffende sanctie. De vraag is of artikel 5:2 Awb tot deze conclusie dwingt. Weliswaar vloeit uit dit artikel voort dat er onderscheid is tussen beide sancties, maar ik zie niet in waarom dat onderscheid ook onmiddellijk met zich mee zou brengen dat iedere sanctie in een van beide categorieën moet worden ingedeeld. Vooral niet omdat zo'n vaak geforceerde indeling onbedoelde, en mijns inziens ook ongewenste, consequenties heeft. Ik noem er twee die met elkaar samenhangen.

Het eerste bezwaar is dat met zo'n geforceerde indeling het hele sanctiemid-denveld buiten beeld blijft. De indeling leidt er namelijk toe dat het denken over sancties nogal eenzijdig bepaald wordt door sancties met een onbetwistbaar herstelkarakter of een onbetwistbaar bestraffend karakter, dus bepaald wordt door de last onder bestuursdwang en de bestuurlijke boete. Voor sancties met een meer gemengd karakter, zoals intrekingsbesluiten of *naming and shaming*, is geen zelfstandige plaats in ons denken ingeruimd. Dat betekent dat allerlei relevante verschillen tussen sancties, zoals het al dan niet voorwaardelijke karakter ervan, buiten beschouwing blijven en ook niet tot hun recht kunnen komen. De meer gemengde sancties worden daardoor onvoldoende op hun eigen merites beoor-deeld. Zo verschilt de intrekking van een uitkering, subsidie of vergunning in ieder geval al in zoverre van de last onder bestuursdwang, dat er sprake is van een onvoorwaardelijke sanctie. Voor mij is dat onvoorwaardelijke aspect ook een reden om de evenredigheid toch wat anders te bekijken, ongeacht of het om een bestraffende sanctie gaat of niet.

Mijn tweede bezwaar is dat de beoordeling van opgelegde sancties op een monochrome wijze, via zo'n zelfde zwart-witschema, plaatsvindt. Is er sprake van een bestraffende sanctie, dan wordt deze als *criminal charge* met alle waarbor-gen van artikel 6, tweede lid, EVRM omringd, ook als de sanctie een lichte is. Gaat het daarentegen om een herstelsanctie, dan gelden dezelfde waarborgen niet, ook niet als deze sanctie direct ingrijpende gevolgen heeft. Daarin zit iets ongerijmds, vooral omdat de indringendheid van de evenredigheidstoets ook vaak (mijns inziens vaak ten onrechte, zie De Waard en Michiels) wordt opgehangen aan het tweede lid van artikel 6 EVRM. De evenredigheidstoets (weer verwijzend naar De Waard en Michiels) hangt met de *full jurisdiction* uit het eerste lid van artikel 6 EVRM samen en dus niet met de vraag of er sprake is van een *criminal charge*. Dat betekent dat er geen reden is om de indringendheid van de evenredigheidstoets afhankelijk te stellen van het onderscheid tussen bestraffende en herstelsancties.

Per saldo leidt de geforceerde indeling van sancties dus gemakkelijk tot blik-vernauwing of tunnelvisie. Mijn vraag aan alle preadviseurs is daarom of het geen tijd is om de bakens te verzetten en het belang van het onderscheid tussen de bestraffende sancties en de herstelsancties te relativeren, vooral met betrekking tot

de evenredigheid. Volgens mij is er veel bij gewonnen als ons denken over sanctieoplegging en de toetsing ervan door de rechter minder van het bedoelde onderscheid afhangt. In ieder geval is het zaak om de evenredigheid van sancties los van het al dan niet bestraffende karakter ervan te beoordelen. Voor mij zou de ingrijpendheid of zwaarte van een concrete sanctie bepalend moeten zijn voor de indringendheid van de evenredigheidstoets. Toegespitst op de door Albers behandelde intrekingsbesluiten zou de evenredigheid van zo'n intrekingsbesluit dan afhangen van het onvoorwaardelijke karakter van de intrekking in combinatie met het verwachte gevolg ervan. De winst van mijn voorstel zit erin dat de evenredigheid de plaats krijgt die ze in het kader van de sanctieoplegging hoort te hebben. Bovendien wordt de rechter er hopelijk toe aangespoord te motiveren waarom de sanctie al dan niet evenredig is. Zoals Van Emmerik en Saris in hun preadvies stellen, kan dat dan weer een prikkel zijn voor de wetgever en het bestuursorgaan om de evenredigheid in algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels te verdisconteren en verder uit te werken. In feite is dit een vraag aan alle preadviseurs, maar misschien in het bijzonder aan Albers.

Voorzitter: Dank u wel voor deze interessante vraag. Ik neem toch de vrijheid om deze eerst voor te leggen aan Van Emmerik en Saris. Wanneer we de gedachte van Klap volgen en het dus niet puur gaat om de vraag of we te maken hebben met een strafsanctie of een herstelsanctie, maar om de impact van het besluit (met name kijkend naar de onvoorwaardelijkheid van de gevolgen), zouden we de criteria die jullie onderscheiden hebben voor evenredigheid in de intensiteit van de toetsing door de rechter dan ook op die manier kunnen gebruiken? Of moet je daarmee op een andere manier omgaan?

Mr. M.L. van Emmerik

Klap zegt dat het onderscheid tussen bestraffende sancties en herstelsancties eigenlijk te veel een digitaal onderscheid is, en dat het vooral om *criminal charge* en burgerlijke rechten en verplichtingen gaat. We zijn het daar helemaal mee eens. Met Tom Barkhuysen heb ik in een noot bij het Jussila-arrest⁶ al eerder op het genoemde digitale onderscheid gewezen. Bij *criminal charge* krijg je alle toeters en bellen van artikel 6, lid 2 en lid 3, EVRM en het is de vraag of dat past bij een steeds ingewikkelder wordend boeterecht; dat ben ik helemaal met Klap eens. Als we het hebben over de evenredigheid, volgt de *full jurisdiction*-eis uit artikel 6, lid 1, EVRM en ziet deze eis ook uitdrukkelijk op vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen, al is hij daar niet toe beperkt. Dit sluit aan bij ons eigen onderzoek, maar ook bij Michiels en De Waard. Kort en goed: de ingrijpendheid van de sanctie zou leidend moeten zijn, ook voor de intensiteit van de toetsing. Ik denk dat we artikel 6 EVRM daar niet eens altijd bij nodig hebben. We hebben ook het eigendomsrecht van artikel 1, Eerste Protocol, dat er eisen aan stelt. Het digitaal onderscheid is lastig. Voor ons thema van evenredigheid moeten we veel meer kijken naar de ingrijpendheid van de sanctie en vol toetsen op de evenredigheid.

6 EHRM 23 november 2006, AB 2007/51, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (Jussila t. Finland).

Voorzitter: Mevrouw Albers, hoe kijkt u aan tegen het idee van Klap om minder strikt om te gaan met het onderscheid tussen herstelsancties en bestraffende sancties, dat als geforceerd ervaren zou kunnen worden, en meer te kijken naar andere factoren, zoals de ingrijpendheid en de onvoorwaardelijkheid?

Mr. C.L.G.F.H. Albers

Het is inderdaad een vrij digitaal onderscheid, maar er zijn ook mengvormen. Zo zijn er intrekkingen waarvan je kunt zeggen dat ze gedeeltelijk herstellend en gedeeltelijk bestraffend zijn. In mijn preadvies heb ik ook gesignaleerd dat je soms met een dubbele sanctie te maken hebt. Ik heb daar opgemerkt dat de waarborgen in ieder geval moeten gelden voor zover de sanctie bestraffend is. Als je kijkt naar een ander onderscheid, zoals bijvoorbeeld ingrijpendheid, zul je in veel gevallen de sancties die nu bestraffend zijn, ook als ingrijpend karakteriseren. Het ligt misschien anders als het om grote boetes in het mededingingsrecht gaat, omdat er gezegd zou kunnen worden dat zo'n boete voor zo'n grote onderneming niet echt ingrijpend is. Je kunt je dus afvragen wat ingrijpend is en wat niet, en op zittingen zal dat steeds een punt van discussie zijn. Als een bestuursorgaan iets niet ingrijpend vindt en er minder waarborgen aan verbindt, terwijl de rechter vervolgens meent dat de sanctie wel ingrijpend was, is het besluit al genomen. Wat doe je dan? Vernietig je dan het besluit?

Klap: Het was niet mijn bedoeling om te zeggen dat je niet meer hoeft aan te geven of iets een bestraffende sanctie of een herstelsanctie is, alsof dat helemaal niets toevoegt. Mijn standpunt is dat voor de evenredigheid nu te veel 'alles of niets' geldt.

Albers: Dan beperk je je dus tot de evenredigheid en volg je twee sporen. Je gebruikt 'bestrafing' om te kijken of bepaalde waarborgen, zoals het geven van de cautie, verwijtbaarheid en dergelijke aspecten, van toepassing zijn en kijkt alleen voor de evenredigheid naar de ingrijpendheid.

Klap: Maar de evenredigheid is wel een heel belangrijk punt. Volgens mij gaan de discussies vaak over de evenredigheid van een sanctie en wellicht iets minder vaak over de andere aspecten.

Albers: Maar wat wil Klap daar dan mee doen? Is dit niet wat al impliciet gebeurt als je de evenredigheid toetst?

Klap: Ik ben eigenlijk doorgeshaan op de voorbeelden van de intrekkingbesluiten die Albers in haar preadvies noemt. Ze schrijft daar dat ze dat bestraffende sancties zou noemen. Ik ben het daar soms mee eens. Ook in het NTB werd echter gezegd dat Albers het eigenlijk precies andersom doet: ze noemt alles bestraffend. Blijkbaar zit er iets in het midden. Los van de vraag of iets een bestraffende sanctie of een herstelsanctie is, moet de evenredigheid tot haar recht kunnen komen.

Albers: De passage over de intrekking en het bestraffende karakter ervan gaat natuurlijk niet alleen over de evenredigheid, maar ook over de waarborgen die bij de voorbereiding van zo'n intrekkingbesluit gelden. Dan speelt niet alleen de ingrijpendheid een rol.

Voorzitter: De stelling van Klap komt erop neer dat het bij dingen als de cautie, waarborgen en verwijtbaarheidskwesities van belang blijft of het om een bestraffende sanctie gaat of niet, maar dat dit voor de indringendheid van de toetsing eigenlijk niet doorslaggevend zou hoeven te zijn.

Ik kijk eens even naar de zaal. U kunt zich van alles voorstellen bij ingrijpende besluiten en indringende toetsing. Zou het onderscheid dat Klap maakt een goed onderscheid zijn?

Mr. R.J.G.M. Widdershoven: De lijn waarvoor Klap kiest, bevalt mij wel: ik heb ook al een tijd een hekel aan de digitale indeling, die eigenlijk alleen maar is afgedwongen door het feit dat het EVRM geen rekening hield met het bestuursrecht, want daarom staat er alleen maar *criminal* en *civil*, en hebben we aan de ene kant allemaal toeters en bellen en aan de andere kant bijna rechteloosheid als het om sancties gaat.

De driedeling die er vast wel gaat komen tussen echt herstellend, echt leedtoevoegend, en meer dan herstellend maar toch niet leedtoevoegend, zit al enigszins in het Europees recht. Ik verwijs hier naar de *Bonda*-zaak, waarin sancties die verder gaan dan herstel toch niet aangemerkt worden als punitief. Je kunt dat verkeerd vinden, maar het is gebeurd. Die driedeling is ook wel goed, want daarmee krijgen de sancties die nu nog net aan de kant van het herstel worden getrokken, ook fatsoenlijke aandacht op het punt van evenredigheid. Ik weet niet of de cautie bij intrekking echt zulke problemen oplevert, maar ik denk dat dat wel zal meevallen. Iets soortgelijks geldt voor enkele andere punten. Ik zie alleen één nadeel en daar ben ik nog niet uit: wanneer de wetgever de zaak heeft dichtgeplamuurd, hoe kom je als rechter dan aan een serieuze evenredigheidstoets toe als je deze niet kunt baseren op het *criminal charge*-verhaal? Ik verwijs bijvoorbeeld naar het alcoholslot: eigenlijk is het opleggen daarvan geen leedtoevoegende sanctie, maar het wordt leedtoevoegend gemaakt door de Afdeling, omdat er sprake moet zijn van een *criminal charge* om te kunnen toetsen.

Mr. T. Barkhuysen: Ik vind de eventuele driedeling een mooie suggestie. 'Waar baseer je de evenredigheidstoets op als je zo'n driedeling gaat maken zonder artikel 6 EVRM?' vraagt Widdershoven. Van Emmerik gaf al aan dat je ook bij het eigendomsrecht kunnen aansluiten. In de jurisprudentie zie je al dat naarmate de ingreep in het eigendom forser is, er meer procedurele waarborgen moeten worden geboden en de toetsing intensiever zou moeten zijn.

Ik wil van mijn kant graag een vervolgvraag stellen. Ik ben zelf wel een voorstander van het relativeren van het digitale onderscheid, maar waarom zou je alleen bij ingrijpende sancties meer op evenredigheid toetsen? Waarom niet als er een besluit wordt genomen om in mijn achtertuin een raffinaderij te bouwen? Dat kan ook zeer ingrijpend zijn. Toch zeggen we dan dat de toets terughoudend is.

Klap: Omdat we het over sancties hadden, heb ik me beperkt tot sancties die ingrijpend zijn.

Mr. O.J.D.M.L. Jansen: Het punt van Klap kun je ook op een andere manier benaderen. Waar het eigenlijk over gaat, is dat er een aantal vrij algemene beginselen zijn die al dan niet in grondrechten zijn verankerd. Als ik een voorbeeld mag noemen dat niet over evenredigheid gaat: in het bestuursrecht leiden we allerlei mededelingsplichten af uit het zorgvuldigheidsbeginsel als het gaat om belangrijke rechten van de burger. Je zou kunnen zeggen dat de cautie een uitwerking is van zo'n zorgvuldigheidsbeginsel. Als ik op die manier naar het recht kijk, ben ik het met Klap eens dat de zwart-witbenadering niet zo productief is, omdat je heel veel kunt doen met vergelijkbare noties met betrekking tot andere besluiten. Om een voorbeeld te noemen: er zijn andere ingrijpende besluiten dan sancties. Waar rechten op een belangrijke manier door de overheid worden geraakt, zal de rechter de neiging hebben daar indringend naar te kijken. Zijn de feiten die eraan ten grondslag liggen voldoende onderzocht? Daar zal de rechter indringender naar kijken dan wanneer het gaat om een besluit dat minder ingrijpt op de rechten. Ons bestuursrecht is natuurlijk doordeesemd van zulke noties. We zijn nu iets te veel aan het focussen op de vraag of er *civil rights and obligations* in het geding zijn casu quo een *criminal charge*, en dat is op zich zeker van belang, ook voor de mogelijkheden voor de Raad van State om net te doen wat de wetgever niet wil. (Overigens is dat in betere handen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven!) Mijn stelling zou zijn dat Klap helemaal gelijk heeft, maar dat het nog meer gaat om een iets daaronder liggende notie, namelijk dat de grondrechten waar we het over hebben raken aan een aantal algemene beginselen die je ook zonder deze grondrechten zou kunnen gebruiken.

Voorzitter: Al zou het EVRM niet bestaan, dan nog zou je de theorie van Klap kunnen aanhangen.

Mr. N. Verheij: Toen Barkhuysen met het eigendomsrecht kwam, raakte ik in de war. Ik dacht dat Van Emmerik net had uitgelegd dat de indringende toets uit artikel 6, lid 1, EVRM voortvloeit, dus dan hebben we dat eigendomsrecht helemaal niet nodig.

Van Emmerik: Misschien hebben we het eigendomsrecht nodig in de gevallen waarin artikel 6, lid 1, EVRM niet van toepassing is, want er zijn best veel geschillen die daar niet onder vallen. Het is dan een breder principe dat je zou moeten toepassen.

Voorzitter: Even ter voorkoming van geheimtaal: bij artikel 6, lid 1, EVRM gaat het om burgerlijke rechten en verplichtingen.

Albers: Meer precies ziet artikel 6, lid 1, EVRM op beide: *fair trial* geldt voor *civil rights and obligations* én voor *criminal charge*, volgens lid 1. Vanaf lid 2 krijg je dan voor de *criminal charge* aanvullende waarborgen, waaronder de onschuldpresumptie, verdedigingsrechten etc. Dus het eerste lid vangt eigenlijk alles al. Als ik de

rechtspraak lees, krijg ik de indruk dat de *full jurisdiction* naar de aard van het geschil anders wordt ingevuld door het Hof. *Full jurisdiction* kan dus bij *civil rights and obligations* een andere invulling krijgen dan bij *criminal charge*.

Klap: Maar dat hoeft er toch niet aan in de weg te staan? De aard van het geschil kan toch ook de ingrijpendheid van de opgelegde sanctie zijn?

Albers: Dit ging alleen over de invulling van artikel 6, lid 1, EVRM.

Voorzitter: Nico Verheij was eigenlijk nog aan het woord.

Verheij: Voor driekwart van het bestuursrecht hebben we ook nog artikel 47 Handvest.

Nog een ander punt: het idee om minder digitaal te onderscheiden in twee soorten sancties spreekt mij, wat de indringendheid van de toetsing betreft, ook aan, maar dat roept wel wat andere vragen op. In de eerste plaats gaat het invullen van de evenredigheid gemakkelijk als het gaat over een geldbedrag: je kunt wat meer of wat minder doen. Het gaat ook nog voor zover de sanctie een element van tijdsduur heeft, want dat kan ook wat korter of wat langer. Maar dat alcoholslot zit in die auto of het zit er niet in, het is alles of niets. Je moet opnieuw gaan nadenken over wat evenredigheid in dat soort gevallen precies betekent.

Mijn tweede punt is: is het niet zo dat we de hele doctrine over het begrip *criminal charge*, die ik ook verafschuw omdat ik de jurisprudentie van Straatsburg niet zo helder vind, toch nodig hebben? Niet zozeer voor de evenredigheid, als wel voor de overige aspecten van het tweede en derde lid, dus voor de rechten van de verdediging en met name voor de reikwijdte van het *ne bis in idem*-beginsel. We moeten dan opnieuw nadenken welke sancties wel of niet kunnen cumuleren.

Klap: We kunnen bepaalde cumulatieproblemen ook met de evenredigheid wel redelijk aanpakken. Misschien niet voor alles, maar voor een deel wel.

Mr. S. Singh: Er zijn veel zaken die momenteel het bestuursrecht insluipen, die geen sanctie worden genoemd, maar wel heel veel effect hebben. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de maatregel in de Wet werk en bijstand. Er wordt nu ook in de Wet werk en bijstand opgenomen dat als je niet voldoende informatie geeft, je beslagvrije voet kan worden verlaagd. Ik heb zelf te maken gehad met de bestuursrechtelijke premie die bij wijze van prikkel kan worden opgelegd en waarover nu wordt gediscussieerd of het wel of geen sanctie is. Deze figuur is te vinden in de Zorgverzekeringswet: als je de premie voor je zorgverzekering zes maanden niet betaalt, volgt er een bestuursrechtelijke premie, die officieel geen sanctie is. Doordat de wetgever momenteel allerlei categorieën bedenkt die officieel geen sancties zouden zijn, maar die wel het effect hebben van een sanctie, vallen deze allemaal buiten het bereik van artikel 6 EVRM, zodat je het *ne bis in idem*-beginsel niet goed kunt toetsen en evenredigheid geen issue is. Ik wil dit toch even melden, omdat het steeds meer voorkomt, waarbij ik vooral aandacht vraag voor de maatregel in de Wet werk en bijstand. Deze houdt in dat wanneer je een paar maanden iets niet gedaan hebt, je uitkering zomaar kan worden ingehouden.

Voorzitter: Dit kan dienen ter ondersteuning van de argumentatie van Klap, inhoudende dat je dergelijke besluiten ook meer binnen het bereik van de evenredigheidstoets zou kunnen trekken.

Mr. A. van Angeren

Mijn naam is Aert van Angeren en ik spreek namens de AFM. Ik hoor wat beroering in de zaal? Goed, ik ben werknemer bij de AFM en in die hoedanigheid wil ik hier interveniëren. Ik zat net bij de lunch aan een tafeltje met twee zeer aardige dames die mij vroegen waar ik van was. Toen ik vertelde dat ik van de AFM was, vonden ze dát het aardige aan de VAR, dat je er mensen van allerlei pluimage treft. Dat is uiteraard een compliment aan de VAR, maar tegelijkertijd is het ook een compliment aan mij, en de momenten dat je als AFM'er met zoveel vreugde wordt ontvangen, moet je koesteren. Het was een goed begin.

Ik heb twee vragen voor de preadviseurs Van Emmerik en Saris. De vragen betreffen de aanbevelingen die zij in hun preadvies hebben gedaan ten aanzien van het bestuur. Twee aanbevelingen om precies te zijn, één over het opstellen van een beleidsregel waarin de evenredigheid tot uiting komt bij het opleggen van boetes, en daarnaast één over de informatieplicht die de toezichthouder heeft ten aanzien van de vermeende overtreder om op onderzoek te gaan naar de omstandigheden die maken dat de hoogte van de boete verlaagd zou moeten worden.

Ik wil mijn vragen kort inleiden door iets te zeggen over de werkwijze van de AFM ten aanzien van boetes. Allereerst is de AFM bevoegd om boetes op te leggen uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht; dit is eigenlijk de belangrijkste wet voor de AFM. Ook de Wet toezicht accountantsorganisaties geeft de AFM bevoegdheden om boetes op te leggen, maar de Wet op het financieel toezicht is de belangrijkste. Ik weet niet of er hier mensen zijn die met het financieel toezicht bezig zijn, maar het is een wet die zeer uiteenlopend is en zeer veel normadressaten kent uit verschillende hoeken, zoals beleggingsondernemingen, financiële dienstverleners, ondernemingen die actief zijn in de markt zonder een daartoe vereiste vergunning (de zogenoemde illegalen), de mensen die op de beurs werken, de mensen die zich schuldig zouden kunnen maken aan marktmisbruik, en zo kan ik legio voorbeelden opnoemen. Het gaat dus om zeer veel verschillende partijen, van groot tot klein, waarmee wij in het toezicht dagelijks te maken hebben.

De AFM legt relatief veel boetes op. Een jaar geleden waren het er meer dan vijftig, inmiddels is dat wat verminderd. U kunt de jaarrekening van de AFM erop naslaan, maar volgens mij zijn er het afgelopen jaar tussen de dertig en vijfendertig boetes opgelegd. Dat lijkt misschien niet zoveel, maar daar gaat nogal wat aan vooraf. Overigens is het zo dat de Wet op het financieel toezicht geen gefixeerd boetestelsel kent, maar een stelsel op basis van drie categorieën, waarbij voor de meest zware overtredingen een grens is gesteld van twee miljoen euro boeteoplegging, voor de middelzware overtredingen een grens van vijfhonderdduizend euro en voor de kleinere overtredingen een grens van tienduizend euro. Daar zit dus nog wel wat ruimte tussen.

Dan wat betreft de procedure bij de AFM. De AFM heeft een aparte boetefunctionaris. Op het moment dat het onderzoeksdossier is afgerond en aan het bestuur

van de AFM wordt voorgesteld een boete op te leggen, wordt het dossier aan de boetefunctionaris overgelegd. De boetefunctionaris zal vervolgens een boetevoornemen uitsturen naar de vermoedelijke overtreder, waarin deze wordt uitgenodigd tot het geven van een zienswijze. Dat kan mondeling, maar het mag ook schriftelijk. In de meeste gevallen zal het mondeling gebeuren. Tijdens het aanhoren van de mondelinge zienswijze zal de boetefunctionaris over het algemeen veel vragen stellen aan de vermoedelijke overtreder omtrent zijn omstandigheden. Het hangt er hierbij van af of hij te maken heeft met een grote normadressaat, een groot bedrijf, of met een kleine overtreder. De kleine overtreder weet over het algemeen minder goed waar hij aan toe is. Een grote overtreder heeft meestal een advocaat tot zijn beschikking die de kritische vragen zou kunnen stellen. Tot zover de achtergrond van de procedure.

Dan kom ik nu aan mijn vragen toe. Er ligt een aanbeveling om een beleidsregel op te stellen waarin de evenredigheid tot zijn recht zou kunnen komen. Gezien de vele normadressaten, groot en klein, uit al die verschillende invalshoeken is mijn vraag hoe Van Emmerik en Saris dat in de praktijk voor zich zien. Hoe zou je een beleidsregel kunnen opstellen met in het achterhoofd al die verschillende omstandigheden die ook nog in de hoogte van de boete verdisconteerd zouden moeten worden? Kunnen de preadviseurs tips voor de praktische invulling geven? Zoiets moet natuurlijk voor de AFM wel werkbaar blijven.

Mijn tweede vraag betreft de informatieverplichting. Even los van de vraag of zo'n informatieverplichting werkelijk bestaat, ben ik benieuwd hoe ver Van Emmerik en Saris vinden dat deze zou moeten gaan. Ik kan me situaties voorstellen waarin de vermoedelijke overtreder rustig achterover gaat zitten en wacht tot de AFM hem allerlei vragen stelt. Op het moment dat de AFM deze vragen niet stelt, hoeft hij deze informatie ook niet te berde te brengen en vervolgens kan hij als verweer opvoeren dat de AFM niet aan haar zorgvuldigheidsvereiste heeft voldaan, omdat zij de vragen niet heeft gesteld. Met andere woorden: waar ligt de grens?

Voorzitter: Veel dank voor deze interessante vragen. Ik denk dat het aardig is om met de vraag over de beleidsregel te beginnen. Een beleidsregel waarin de evenredigheid van de sanctie tot zijn recht komt, met veel normadressaten van verschillend pluimage hoe zien jullie dat voor je? Er werd zelfs gevraagd om een paar tips.

Mr. C.M. Saris

Ik kan me het dilemma voor bestuursorganen goed voorstellen. Praktisch gezien stel ik me zo voor dat op het moment dat beleid wordt aangepast of op het moment dat beleid wordt gemaakt, het goed is om er met verschillende mensen uit het beleidsveld naar te kijken, maar ook eens bij de Nederlandsche Bank of bij ministeries te gaan kijken hoe zij het beleid hebben vormgegeven. Er zijn natuurlijk verschillende wijzen om dat op een behoorlijke manier te doen. Eén van de mogelijkheden is om binnen een bepaalde bandbreedte nog weer onderscheid te maken tussen de verschillende factoren. In het kader van Van Angerens vraag: de AFM heeft te maken met kleine ondernemingen of eenmanszaken, middelgrote ondernemingen en grote ondernemingen. Als bestuursorgaan wil je een zekere marge houden en niet alles zó dichttimmeren dat je na een paar jaar met de

handen in het haar zit als er zich net weer een andere situatie voordoet. Ik denk dat het voor een boeteplegend orgaan belangrijk is goed in kaart te brengen welke mogelijke situaties er zijn en hoe lichte, wat zwaardere en heel zware overtredingen ingedeeld worden, om daarmee vervolgens een bandbreedte te creëren waarbij in de basis een goede afweging wordt gemaakt. In een concrete situatie kan daar dan altijd nog op gematigd worden.

Van Angeren: Begrijp ik goed dat volgens Saris als uitgangspunt de categorie van de overtreder genomen zou moeten worden en aan de hand daarvan (met behoud van marge) gekeken zou moeten worden hoe hoog de boete in verschillende gevallen zou kunnen zijn?

Saris: Dat zou kunnen, maar ik kan me ook andere varianten voorstellen. Je zou kunnen zeggen dat het voor de AFM van belang is om welke marktpartij het gaat en hoe groot deze is, maar dat je ook nog kijkt naar andere omstandigheden, zoals opzet, of iemand ergens voordeel van heeft genoten, enzovoort. Wat ons overigens opviel in ons onderzoek, is dat de AFM een bestuursorgaan is dat met heel veel factoren al rekening houdt.

Van Angeren: We hebben natuurlijk ook al wel veel procedures gevoerd waardoor we wijzer zijn geworden en een bepaalde gedragslijn kiezen.

Voorzitter: De tweede vraag van Van Angeren was ook erg interessant. Die kwam erop neer dat je als belanghebbende achterover zou kunnen leunen en zo een vernietigingsgrond wegens schending door AFM van de informatieverplichting zou kunnen uitlokken.

Mr. M.L. van Emmerik

Ik vind het een interessant punt. In zijn algemeenheid stellen we voor om in de Awb de verplichting op te nemen om partijen voldoende voor te lichten over wat er van hen verwacht wordt. Dat moet je doen om aan te tonen dat iets *in concreto* onevenredig is. Meer *in concreto*, als het gaat om financiële aspecten: welke bewijsstukken moet je inleveren, moeten daar medische bewijsstukken bij zitten? Ik zie het punt dat Van Angeren maakt: dat we nog eens goed zouden moeten kijken welke verplichtingen deze benadering met zich meebrengt voor de partij in kwestie. Het uitgangspunt blijft voor ons dat het bestuursorgaan de vereisten precies moet aangeven. Ik kan me toch voorstellen dat je ook grote spelers op de financiële markten duidelijk kunt maken wat er precies van hen verwacht wordt. Er zit nog een tweede deel in ons voorstel: ook als de informatie gegeven is en partijen er desondanks in een vroeg stadium van de procedure niets mee doen (dus ze leveren geen bewijsstukken om de evenredigheid aan te tonen), mag je de partijen daar later op afrekenen.

Van Angeren: En als die informatie nu niet wordt geboden, omdat er bijvoorbeeld een grote bank zit met een zeer bekende advocaat die geacht wordt die vragen zelf te stellen, hoe kijkt Van Emmerik daar dan tegenaan?

Van Emmerik: Ik vind dat een interessante vraag, waar ik even over na moet denken. Laat ik het zo zeggen: het raakt aan een punt van het bestuursprocesrecht dat je allerlei verschillende varianten hebt. In het bestuursprocesrecht hebben we geen verplichte procesvertegenwoordiging, maar ik ben het met Van Angeren eens dat het wel een groot verschil maakt of we te maken hebben met een boetezaak op het gebied van de sociale zekerheid of met een grote onderneming. Toch denk ik dat dit aan het principe niet afdoet. De centrale stelling in ons preadvies is: breng consistentie in de factoren. Iedere speler in de trias heeft zijn rol te spelen: de wetgever, het bestuur, maar ook de overtreder, die dan wel voldoende moet zijn voorgelicht. Wij denken dat ons voorstel in den brede geldt.

Mr. R.J. Koopman

Ik kan de verleiding niet weerstaan om misbruik te maken van het feit dat ik met de microfoon rondloop en zelf iets te vragen.

Betekent het betoeg van Van Emmerik dat deze preadviseur op dit terrein een grondenfuik wil introduceren? Ik bedoel te vragen of iemand die verwijtbaar niets heeft gezegd in de bezwaarfase over zijn financiële situatie of wat dan ook, op dat punt volgens de benadering van Van Emmerik later niets meer voor de rechtbank of in hoger beroep zou mogen aanvoeren, ook al ziet de rechtbank recht voor ogen dat de sanctie onevenredig zwaar is en misschien wel dat het desbetreffende bedrijf er inmiddels veel slechter aan toe is? 'Ja, dat had u in de bezwaarfase moeten aanvoeren, u heeft er alle gelegenheid voor gehad, maar nu is het te laat.' Zoiets?

Van Emmerik: Nee, ik denk dat een strenge grondenfuik te ver gaat en niet is wat wij beogen. Ik moet onmiddellijk toegeven dat er ergens een grensvlak is. Sowieso, en dat is een punt van vanochtend, moet je wat mij betreft ook gewoon ingrijpen als je als rechter het idee hebt dat iets echt niet deugt. Maar hoe weet je dat? Doorgaans doordat partijen gegevens aanreiken. Als ze dat nalaten, zou je op een gegeven moment wel kunnen zeggen dat het daarmee klaar is. Ik ben met Koopman eens dat dit een lastig punt is. Ik zou denken dat je veel van partijen mag verwachten, maar dat de rechter uiteindelijk zijn eigen verantwoordelijkheid blijft houden.

Mr. K. Defares: Mijn naam is Kenneth Defares, ik ben advocaat in Amsterdam. Het is een interessant punt dat aan de orde wordt gesteld. Ooit ben ik betrokken geweest bij een boete voor een tabaksfabrikant ter hoogte van 450.000 euro. De tabaksfabrikant was het niet eens met de boete en stelde zowel in bezwaar als later in de gerechtelijke procedure dat er in beginsel geen reden was om een boete op te leggen. Dat ging niet goed in bezwaar en dat ging ook niet goed bij de rechtbank Rotterdam. Het ging iets beter bij het CBB. Bij de mondelinge behandeling bij het CBB heb ik als gemachtigde van de tabaksfabrikant de vraag opgeworpen of hier sprake was van een boete in de zin van artikel 6 EVRM, waarop in beginsel volledige toetsing moet plaatsvinden, en heb ik gesteld dat er in het kader van de toetsing geen plaats is voor een wettelijk gefixeerd boetestelsel zoals neergelegd in de Tabakswet. Uiteindelijk was het CBB ontvankelijk voor deze

argumentatie. Nadat het boetevoornemen was uitgereikt, is er in de voorfase geen voorlopige zienswijze op ingediend, vervolgens is de bezwaarfase afgerond en heeft de procedure bij de rechtbank Rotterdam plaatsgehad, en pas bij het CBb is aan de orde gesteld dat de evenredigheidsvraag nog niet was beantwoord. Het CBb is daarin meegegaan en heeft vol getoetst of de aan de tabaksfabrikant opgelegde boete evenredig was. Anders dan de toezichthouder van de AFM betoogt, denk ik dat je wellicht in de eerste fase en zelfs in hoger beroep niets hoeft te zeggen over de omstandigheden, omdat naar mijn smaak artikel 6 EVRM dwingt tot de volle toetsing zodra het gaat om *criminal charges* ex artikel 6.

Van Emmerik: Volle toetsing en ambtshalve toetsing zijn wel verschillende dingen. Artikel 6 EVRM dwingt niet tot een ambtshalve toetsing. Dat betekent dus ook dat in die zin een wettelijk gefixeerd stelsel op zichzelf kán. Als op een gegeven moment in de procedure de evenredigheid aan de orde wordt gesteld, zal de rechter daar wel mee aan de slag gaan.

Mr. S. Pront-van Bommel: Ik denk met Van Angeren mee. Wat hij aan de orde stelt, zou ik niet in de sleutel van de grondenfuik willen plaatsen, maar in de sleutel van de wederkerige rechtsbetrekking. Welke verplichtingen en gehoudenheden en rechten heb je als burger in relatie tot een bestuursorgaan? (Misschien wil Damen daar zo ook nog wat over zeggen.) Ik denk dat het niet slecht zou zijn als we een oplossing zouden kunnen vinden door meer aandacht te besteden aan het leerstuk van de hoedanigheid van partijen in de wederkerige rechtsbetrekking en door tot een nadere interpretatie te komen van de omstandigheden, en van daaruit van de gehoudenheden, de rechten en plichten over en weer. Zoiets lijkt mij goed mogelijk vanuit het leerstuk van de wederkerige rechtsbetrekking. Misschien vloek ik in de kerk door dat leerstuk hier zo voorop te stellen, maar ik denk dat we daarmee een heel eind kunnen komen. In bepaalde omstandigheden kunnen we dan zeggen dat de informatieverplichting een andere inkleuring heeft als het om grote partijen gaat met veel ervaring en een kennisvoorsprong op de kleine ondernemer, ook al doordat ze bij wetgevingsprocessen vaak formeel of informeel betrokken zijn geweest. Zo komen we een heel eind zonder in het zwart-wit van de grondenfuik te vervallen.

Voorzitter: Graag als afronding van dit blok nog even een reactie van Van Emmerik en Saris: jullie hebben de woorden ‘wederkerige rechtsbetrekking’ misschien niet gebruikt, maar deze sluiten wel aan bij jullie pleidooi om niet al te zwart-wit beleid te maken, maar rekening te houden met wie je tegenover je hebt.

Van Emmerik: Wat Pront zegt, spreekt me wel aan: letten op de aard van de partij waarmee je te maken hebt. Is het een hele grote marktpartij of iemand die maar af en toe met het bestuursrecht in aanmerking komt? Ik kan me voorstellen dat dit een verschil maakt.

Pront: We kunnen hierin leren van het privaatrecht, daar is dit leerstuk veel verder ontwikkeld, juist ook met betrekking tot de financiële leerstukken. Barendrecht en anderen hebben daar veel nuttigs over geschreven.

Eerste paneldiscussie

Voorzitter: Dames en heren, we gaan over tot een variatie in de werkvorm. U verwacht nu een volgende interventie, maar die komt er niet. Ik vraag drie panelleden naar voren te komen: Herman Bröring, Laurens Jörg en Pierrette Gaasbeek. Misschien kunt u alle drie heel kort, in één zin, zeggen wie u bent en waar u werkt.

Mr. P. Gaasbeek: Ik ben Pierrette Gaasbeek en ik ben advocaat bij Bird & Bird.

Mr. H.E. Bröring: Mijn naam is Herman Bröring en ik ben hoogleraar in Groningen.

Mr. L. Jörg: Mijn naam is Laurens Jörg, ik ben medewerker juridische zaken bij ACM.

Voorzitter: Dames en heren, u ziet het: we hebben een gemengd panel. We gaan in op het thema evenredigheid, waar we het vandaag al eerder over gehad hebben. Ik vraag Herman Bröring als eerste zijn vraag naar voren te brengen.

Bröring: Er is al veel aan de orde geweest, maar ook een aantal dingen niet. Het aardige was dat er zojuist gesproken werd over de informeerplichten. Wij juristen zijn rare snoeshanen, want we zijn eigenlijk niet geïnteresseerd in de vraag of er een boete wordt opgelegd en dat onderwerp is ook niet aan de orde gekomen. Ik durf hem hier nauwelijks aan te halen, want je kunt je gemakkelijk vergissen en daar kom je dan snel achter, maar Lex Michiels heeft volgens mij wel eens betoogd dat er ook een beginselplicht zou moeten zijn waar het gaat om het opleggen van een boete. Dat zou hij ontleend kunnen hebben aan het Duitse recht, waar in het strafrecht het legaliteits- in plaats van het opportunitiebeginsel geldt. Daar begint het dus mee: of er een boete wordt opgelegd. Vervolgens stellen we de vraag naar de hoogte van de boete en pas dan komen we allemaal in de benen, leggen we de boete onder het vergrootglas van de *full jurisdiction* en gaan we hem tot op de cent nauwkeurig uitrekenen. Dan is er de derde fase, die van de executie, en daarin geldt *'who cares'*. Arthur Hartmann heeft er terecht op gewezen. Dit geldt trouwens ook voor het strafrecht: ook daar ligt een groot probleem wat de executie betreft. Wat mij betreft zit er een onbalans in de aandacht van de juristen voor de vraag óf je een boete oplegt en de vraag naar de executie, met daar middenin de *full jurisdiction* waar ik het zelf verder ook over wil hebben.

Er is terecht gezegd dat *full jurisdiction* eigenlijk een fictie, of zelfs een illusie, is, want de hoogte van de boete is nooit tot op de cent nauwkeurig te bepalen. Als een bestuursorgaan een boete oplegt van duizend euro, zal de rechter niet zeggen 'als ik goed naar alle omstandigheden van het geval kijk, wordt het 898,63 euro.' Dat hebben we intuïtief ook wel in de gaten, want afgeronde bedragen aanvaarden wij als evenrediger dan bedragen tot op de cent nauwkeurig. Er is veel over gezegd en het is erg moeilijk om te bepalen tot hoever je precies moet gaan. Bovendien is ook terecht opgemerkt dat beleidsregels van belang zijn voor de consistentie en voor gelijke behandeling, dus daarmee blijft het schipperen. Wat me in de preadviezen opviel, is dat wordt gezegd dat het CBb en de Centrale Raad preciezer zijn in de beoordeling en meer afstand nemen van de wetgever dan de Afdeling

Bestuursrechtspraak, met name op het gebied van Wav-casus. Op het terrein van de Wav zou er ook een verandering geweest zijn: er zou sinds 2012 meer naar de draagkracht worden gekeken. Ik vraag me af hoe het met de Wav zit, en hoe precies ernaar wordt gekeken. Er werd lange tijd gemeend, vooral ingegeven door de eerstelijnsrechtspraak, dat de Wav-jurisprudentie wat zou worden versoepeld. In 2012 volgde meer aandacht van de Afdeling voor draagkracht. In de zomer van 2013 volgde een aantal uitspraken, waar ik even uit zal citeren. De Afdeling zegt daar dat aangevoerd was dat de doelstellingen van de Wav niet waren geschonden aangezien ten tijde van de overtreding geen arbeidsmarkttoets werd uitgevoerd bij de behandeling van een aanvraag van een tewerkstellingsvergunning voor bemanning in de binnenvaartsector Tsjechië, enzovoorts. Vervolgens zegt de Afdeling dan: 'Gegeven de [...] feiten en omstandigheden, die door de minister niet zijn bestreden, is de Afdeling evenwel thans van oordeel dat het samenstel daarvan noopt tot matiging van de opgelegde boete [...]'. Er wordt dus niet meer apart naar de factoren gekeken, maar ook naar de onderlinge samenhang. Dat leek me prachtig, alsof er dooi was ingetreden. In allerlei zaken zijn wel wat bijzonderheden aan de hand, en dan zegt de Afdeling (Van Emmerik en Saris wijzen er ook op) dat allerlei factoren die relevant zijn voor de evenredigheid worden geacht verdisconteerd te zijn in de beleidsregels. In de jurisprudentie over de hoogte van de boete toetst de rechter normaal gesproken de boetebeleidsregels marginaal en zegt dat deze niet vol of indringend getoetst kunnen worden omdat ze afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval. Die omstandigheden kunnen zo gevarieerd zijn dat de rechter maar met een boogje om de beleidsregels heen loopt en net als de strafrechter inzoomt op de omstandigheden van het geval. In deze Wav-jurisprudentie gebeurt dat niet, daarin wordt gezegd dat alles verdisconteerd is. De beleidsregels zelf worden marginaal getoetst, maar er wordt ook niet gekeken naar de omstandigheden van het geval, omdat alles verdisconteerd is. Dat betekent volgens mij dat de Afdeling hier wel heel terughoudend toetst. Deze uitspraak is van augustus 2013, dus het omgaan en de dooi zie ik niet zo erg.

Nu zou je denken dat de Centrale Raad het altijd beter doet, maar ter geruststelling: dat is niet zo. In een zaak waarin een boete is opgelegd voor een ten onrechte uitwonende u weet dat dit boetebeleid is aangescherpt blijkt iemand volgens de GBA niet ingeschreven te zijn op het uitwonende adres, zodat een boete wordt opgelegd. Volgens de wet is deze boete *ten hoogste* 50% voor de eerste keer. In de Memorie van Toelichting is uitgesproken dat het meteen 50% zou moeten zijn. Lagere rechters hebben vervolgens geoordeeld dat het gek is om de eerste keer meteen 50% op te leggen, want er kunnen altijd nog ernstigere omstandigheden zijn, maar toch gaat de Centrale Raad hierin mee. Dat geeft aan dat de harde lijn zich ook daar wel aandient. Hier zou de wettekst toch wat meer ruimte bieden. Kortom: op bepaalde terreinen zie ik niet dat de bedoeling van de wetgever gevolgd wordt, met daarbij een indringende toetsing als het gaat om de evenredigheid bij boetes (met name bij beleidsregels). Misschien dat dit nog toegelicht kan worden.

Reactie uit de zaal: Misschien mag ik een kleine procesinterventie doen? We hebben nu een panel, dus misschien is het goed als de voorzitter nog even toelicht wat er verwacht wordt van de zaal, want dat is mij nog niet helemaal duidelijk.

Voorzitter: Dat zal ik dadelijk doen. We willen eerst het verhaal van het panel horen. Daarna gaat Jessica Hoitink met de microfoon de zaal in om u aan het woord te laten.

Gaasbeek: Ik heb de opdracht om het kort te houden, en dat zal ik ook doen. Ik wilde iets zeggen over de beleidsregels waar ik mee werk. Ik werk in het energierecht, met name in het mededingingsrecht – het is al een paar keer ter sprake gekomen. Daar is duizend euro een symbolische boete, want het gaat er om echt grote bedragen. We hebben beleidsregels. Ik las het preadvies en dat was een plezier. Ik las erin dat wanneer je uitgebreide beleidsregels hebt, er minder ruimte voor de rechter is om de evenredigheid te toetsen. Ik chargeer het een beetje, maar dat was de teneur. Als je dan kijkt naar de beleidsregels die wij hanteren, ben ik verschrikkelijk blij dat we een rechter hebben die hopelijk op evenredigheid blijft toetsen, want in de beleidsregels is de norm dat de boete wordt opgelegd tussen de 0% en 50% van de omzet. Dat is enorm ruim. De ACM en de NMA motiveerden dat altijd goed, dus had de rechter ook de ruimte om het goed te toetsen, maar toch was er een heel belangrijke rol weggelegd voor de rechter om *in concreto* te toetsen of de boete uiteindelijk evenredig is.

Jörg: De beleidsregel is voor de ACM natuurlijk een gegeven. Je kunt van alles van beleid vinden, maar als toezichthouder moet je het toepassen en uitvoeren. Daarnaast hebben we een primair besluit met een tamelijk uitgebreide boeteparagraaf waarin de evenredigheid aan bod komt die volgt uit de beleidsregel, waarbij rekening gehouden wordt met de betrokken omzet. Daardoor komt ook tot uitdrukking hoe groot de onderneming is. Er is een jaaronzet, een boetemaximum van 10% van de jaaronzet, er zijn boeteverhogende en -verlagende omstandigheden, ernstfactoren, kortom: alles wordt uitgebreid gemotiveerd om uiteindelijk als toezichthouder tot een evenredige boete te komen. Bij de bestuursrechter heb je daar vervolgens een buitengewoon levendig debat over en dan volgt er een uitspraak waarin je over de evenredigheid praktisch niets terugziet. Hoe motiveert de bestuursrechter de evenredigheid? De verzuchting bij ons is wel eens: ‘Waar doen we het allemaal voor? Het kan straks allemaal anders zijn!’

Gaasbeek: Dat geldt net zo goed voor ons als advocaten, want uiteindelijk staat er een bedrag in het arrest, waarvan we ons afvragen hoe we het voor de volgende keer moeten uitleggen.

Voorzitter: Als ik dit even in de zaal mag gooien, ben ik benieuwd hoe die vindt dat we hier tegenaan moeten kijken. Herman Bröring heeft een paar voorbeelden gegeven waarin bij de toetsing van het besluit tot oplegging van de boete werd gezegd dat de situatie verdisconteerd was in de beleidsregel. Zo’n beleidsregel zelf wordt terughoudend getoetst, dus wat blijft er dan uiteindelijk over van de indringende toetsing van de hoogte van de dwangsom? Van Pierrette Gaasbeek begrijp ik dat het vanuit het perspectief van de advocaat die opkomt voor de vermeende overtreder noodzakelijk is dat de hoogte van de boete wordt getoetst, ook al is er een beleidsregel, omdat de beleidsregel vaak een enorme marge biedt (tussen de 0% en de 50%). Van Laurens Jörg begrijp ik dat de noodzaak bij het

bestuursorgaan, de oplegger van de boete, bestaat om beleid te vormen teneinde tot hanteerbaarheid te komen, maar dat het antwoord van de rechter op de vraag of het resultaat evenredig is geweest wordt gemist, terwijl je dat als bestuursorgaan ook wilt weten.

Jörg: Precies, je probeert een consistente beschikkingspraktijk te vormen.

Voorzitter: Nu kijk ik naar de zaal: wat zijn uw eigen ervaringen in de praktijk met de toetsing van de hoogte van de boete door de rechter?

Koopman: Ik krijg de indruk dat niemand hier ooit een procedure heeft gevoerd over de hoogte van een boete.

Mr. L. van Rijckevorsel: Ik heb niet geprocedeerd, maar ik ben bestuursrechter geweest, dus ik heb ze wel voor de tafel gehad. Zeker in het begin van de bestuurlijke sancties was dat bijna een traumatische ervaring met de Wav, omdat wij dachten dat we de evenredigheid mochten toetsen en daar enthousiast mee aan de gang gingen om de kleine werkgevers een beetje uit de wind te houden, om vervolgens te merken dat de Afdeling daar totaal anders mee omging. De Afdeling oordeelde dat alles verdisconteerd was in de wet en het beleid, en dat de rechter daar eigenlijk af moest blijven. Het zat er helemaal niet in! Het waren boetes van 4000 of 8000 euro, wat we in beide gevallen erg hoge bedragen vonden. Afgestraft door de Afdeling hebben we wat gas teruggenomen, maar ik ben blij te horen dat er hier veel geluiden opgaan om toch flink op de evenredigheid in te zetten.

Mr. S. Nuijten: Ik ben Saskia Nuijten, advocaat bij NautaDutilh. Mijn opmerking sluit aan bij wat Aert van Angeren net naar voren bracht: in het financiële recht is de ruimte er wel. Lange tijd zijn er categorieën geweest voor de draagkracht en dan wist je waar je uitkwam. Die categorieën heeft de wetgever laten vallen en nu is er één boete als uitgangspunt, met een grote reikwijdte waarbinnen de boete wordt opgelegd. Er is gekeken hoe je daarmee om moet gaan en dat vertaalde zich uiteindelijk in de evenredigheid, waarin ernst, duur, verwijtbaarheid en draagkracht netjes waren uitgewerkt. Vervolgens kwam de rechter met dezelfde vragen die de AFM naar voren bracht: hoe moet dat dan? De boetes zijn wel erg hoog. De wetgever had het oog op ING en SNS, maar niet iedere ondernemer is een internationale onderneming. Er wordt mee omgegaan, de rechtbank Rotterdam zegt nu steeds dat een onderneming niet het type onderneming is waar de wetgever het oog op had en dat het dus een ander bedrag wordt, maar zonder enig aanknopingspunt wat de motivering betreft of over de relevante punten die worden meegenomen. Het wetgevingskader biedt die aanknopingspunten wel: het moet natuurlijk weer gewoon gaan om ernst, duur, verwijtbaarheid en uiteindelijk draagkracht, maar die komen helemaal niet terug.

Voorzitter: Blijkens de reactie van Saskia Nuijten is het denkbaar dat de uitkomst evenredig is, maar dat men meer uitleg wil over de manier waarop de rechter daarop is gekomen. Dat is eigenlijk ook wat ik bij de panelleden bespeur. Dat is

iets anders dan het punt dat de boetes niet evenredig zijn; het zijn twee verschillende dingen.

Is er nog iemand die hier iets over wil vragen?

Koopman: Ik wil vragen of er misschien strafrechters zijn die ervaring hebben met het Promise Project. Een van de onderdelen daarvan is dat de hoogte van de straf moet worden gemotiveerd. Ik heb begrepen dat sommige strafrechters dat best moeilijk vonden, maar dat andere daar inmiddels heel bedreven in zijn geraakt.

Mr. J. Olivier: Ik werk bij de gemeente Leiden. Ik ben simpel jurist en had eerlijk gezegd nooit de Wav ingekeken, tot ik twee jaar geleden op een gegeven moment een boetebeschikking kreeg in een casus waarin een schoonmaakbedrijf een medewerker had ingehuurd zonder een tewerkstellingsvergunning. Ik begreep dat het schoonmaakbedrijf daar een boete voor kreeg, maar ik vond het heel opmerkelijk dat de gemeente Leiden als werkgever voor de wet ook voor het volle bedrag werd vastgespijkerd. Nadenkende over wat ik vanochtend heb gehoord, vroeg ik me af in welke rol de gemeente zat. Formeel in de rol van werkgever, maar strafrechtelijk misschien in de rol van medeplichtige. Er werd dus niet gedifferentieerd in de boete die het schoonmaakbedrijf kreeg en de boete voor de gemeente.

Voorzitter: Zo dadelijk zullen Van Emmerik en Saris op een aantal punten reageren, en daar willen ze dit wellicht ook bij meenemen.

Olivier: De procesvertegenwoordiger van het ministerie zei bij de Raad van State na afloop meteen dat hij wel wist hoe het zou uitvallen en dat gaf me sterk het gevoel dat de Raad van State een verlengstuk was van de minister.

Voorzitter: Nu zou ik graag een strafrechter horen, om te kijken hoe het daar gaat.

Van Angeren: Het is eigenlijk heel eenvoudig: het Promise-verhaal heeft inmiddels ook een afkalkend effect, want we zijn alweer in een nieuwe fase van denken over het motiveren. Of het zoveel heeft opgeleverd ten aanzien van de op te leggen straf en de motivering daarvan? Veelal zien we natuurlijk toch de standaardredeneringen over de ernst van het feit en de straftoemeting en de schuld, dat wil zeggen over de verwijtbaarheid van de betrokkene zelf. Het zijn dus de punten die in het bestuursrecht ook een rol spelen, alleen worden ze daar verdisconteerd in de standaardredenering, waar je wel wat extra aan kunt toeschrijven, maar dat is het dan ook.

Haas: Ik ben het daar helemaal mee eens. Ik heb zelf veel strafrecht gedaan en dus ook veel strafvonnissen gemotiveerd, uiteenlopend van boetes van 300 gulden tot levenslange gevangenisstraf. Uiteindelijk moet je niet denken dat de rechter een soort catalogus kan bieden, nee, het motiveren houdt op. We moeten niet verwachten dat het bestuursrecht kan, wat het strafrecht op dat punt niet kan. De ervaringen van Van Angeren komen overeen met die van mij: het is een soort black box, waar alles ingaat en waar op een gegeven moment iets uitkomt. We moeten daar niet te veel van verwachten.

Ik wil ook nog even aansluiten op de beleidsregel: als een beleidsregel erg uitgewerkt is, is het gewoon een goede beleidsregel. Dat wil niet zeggen dat deze omstandigheid de rechterlijke toetsing zou moeten inperken. Een goede beleidsregel is een stap vooruit, maar niet meer dan dat.

Mr. P.G.H. Albert: Mijn naam is Albert, ik ben fiscalist en heb daarom een vraag voor Haas. In het belastingrecht is het zo, dat wanneer je onjuist aangifte doet en de Belastingdienst daar achterkomt, je een fiscale boete krijgt, die varieert met een bepaald percentage van de ontdoken belasting tot maximaal 100%. Nu is er onlangs een wetwijziging gekomen die een maximumboete van 300% mogelijk maakt in specifieke gevallen; het gaat dan om ontdoken belasting in box 3. Voor de niet-fiscalisten: bijvoorbeeld voor een spaarrekening in Luxemburg die je nooit hebt opgegeven. De wetgever is er namelijk achtergekomen dat de belastingdruk op zo'n spaarrekening wel erg laag is, en om die reden is de maximumboete naar 300% gebracht. Voor alle andere inkomensbestanddelen geldt nog steeds dat maximum van 100% van de ontdoken belasting. Als iemand een bankrekening niet heeft opgegeven en de inspecteur 300% boete oplegt, hoe ga je daar dan als belastingrechter mee om? Ik kan me voorstellen dat je het eigenlijk flauwekul vindt dat de boete verhoogd is en dat de wetgever gewoon de enkelvoudige belasting op de inkomsten uit vermogen hoger had moeten stellen, en dat je daarom de boete op 100% houdt.

Haas: Deze hele kwestie heb ik beschreven in een artikel in het *Fiscaal weekblad FED*,⁷ dus mensen die dat willen, kunnen het daar nalezen: '100% is niet genoeg'. De redeneringen die de regering gebruikt heeft om de boete naar 300% te brengen, zijn gewoon drogredeneringen. Maar dat laat onverlet dat de wetgever in zijn onmetelijke wijsheid de maximumstraf heeft verhoogd. Dat is dus een gegeven. Er had ook kunnen staan dat box 3 ontduiken een jaar gevangenisstraf oplevert: dat vind ik allemaal best. Het punt is alleen dat hoe hoger de boete is, hoe eerder het voor ons interessant is om te kijken of de boete nog wel passend en geboden is. Ik heb er als rechter geen moeite mee dat de maximumstrafmaat is verhoogd, verder is het een politieke kwestie. Daarmee houdt het voor mij op. De maximumboete is dus een gegeven, maar hoe hoger de boete is, hoe eerder wij aanleiding zullen vinden om in te grijpen. Dat hebben we ook gezien in de sfeer van de verzuimboete, die verhoogd werd van enkele honderden euro's naar vijfduizend euro. Daarop heeft de belastingrechter veel meer ingegrepen dan voorheen.

Koopman: Haas zegt dat de initiële toetsing of een straf voor de ergste vorm van een bepaalde overtreding passend en geboden is, bij de wetgever ligt. De wetgever heeft geoordeeld dat 300% bij de ergste vormen van box 3 belastingontduiking passend en geboden is, en dat wordt dus niet getoetst. Vervolgens worden er variaties aangebracht afhankelijk van de ernst van de situatie.

7 FED 2009/98.

Haas: Dat klopt. Je gaat niet in tegen wat de wetgever, dus het Nederlandse volk, heeft vastgesteld. Kennelijk vindt men deze overtreding heel erg en dus is er een hoge boete op gesteld. Als je dat los zou laten, begeef je je op een hellend vlak. Waar houd je dan op? Ik ervaar het als een gegeven, dat in het kader van de *trias* niet aan de rechter is.

Voorzitter: Dat lijkt dan dus wel erg op wat de bestuursrechter doet.

Haas: Ik denk niet dat de bestuursrechter er anders tegenaan kijkt, maar hoe hoger de boetes kunnen worden, hoe eerder er reden zal zijn om in het concrete geval in te grijpen.

Voorzitter: Ik geef het woord aan Laurens Jörg uit ons panel, want hij wilde aansluiten op wat Haas hiervoor zei.

Jörg: Precies. Ik hoorde Haas zeggen dat de rechter uiteindelijk toch een *black box* is, maar daar komt een bestuursorgaan dus niet mee weg.

Haas: Dat is jammer voor het bestuursorgaan, maar dat is mijn probleem niet.

Jörg: Nee, maar dan zijn we ook snel klaar.

Haas: Maar dat is uiteindelijk wel precies de taakverdeling! Ik kijk in het concrete geval welke boete ik passend en geboden vind.

Voorzitter: Ik laat nog één vraag uit de zaal toe, en dan komen de preadviseurs weer aan het woord.

Mr. R.W. Veldhuis: Ik treed veel op voor toezichthouders en daarbij sta ik dan voor de rechter die zich over zijn tafel buigt en zegt: ‘Goh, AFM, waarom meent u dat hier een boete van twee-en-een-halve ton moet worden opgelegd?’ Van Haas begrijp ik dat ik dan moet zeggen dat de hoogte van de boete uit een *black box* komt: dat wij het antwoord op die vraag ook niet weten, maar gewoon afwegen. Ik geloof toch niet dat dit de goede weg is. Van een bestuursrechter mag vervolgens worden verwacht dat hij motiveert hoe hij tot een bepaald bedrag komt. Dat is efficiënt, omdat het bestuursorgaan daar ook van kan leren en misschien komen we dan ook minder vaak voor die *black box* terecht.

Voorzitter: We gaan nu naar de preadviseurs.

Van Emmerik: Er is veel gezegd, maar de discussie laat, lijkt mij, in ieder geval al zien dat veel van onze aanbevelingen navolging verdienen. Ik zal er een paar dingen uitlichten. De gedachtewisseling laat nog eens zien hoe goed het is dat de wetgever nadenkt over de factoren die moeten worden meegenomen, over de consistentie. Wat mij opviel, was een opmerking van Bröring, die uit de nieuwe jurisprudentie over thuiswonende en uitwonende studenten heeft begrepen dat recidive blijkbaar geen rol speelt, althans dat je meteen de volle mep kunt krijgen.

Dit is een onderstreping van ons pleidooi voor consistentie. Misschien kan er soms reden voor een uitzondering zijn, maar die moet dan goed gemotiveerd worden. Tot zover de wetgever.

Als het om de rechter gaat, voel ik met Haas mee naar aanleiding van de discussie van vanochtend, dat de rechter de ultieme bewaker is van de evenredigheid. Een vraag terug aan De Waard en Michiels (die ze nu niet hoeven te beantwoorden): stel dat de wetgever alles dichtgetimmerd heeft, kan de rechter dan niets meer? Ik denk dat de rechter in sommige gevallen wel iets kan. Stel dat je op een kleine overtreding tweehonderdduizend euro boete krijgt, dan mogen we blij zijn dat er in Nederland rechters zijn die dan ingrijpen. Dat zegt ook één van de sprekers in het panel. De rechter moet in ieder geval gemotiveerd de feiten en omstandigheden nalopen, en zo goed mogelijk laten zien wat hij gedaan heeft dat is een belangrijke aanbeveling.

Ons centrale punt in het preadvies is dat ieder zijn eigen rol te spelen heeft. Hoe meer de wetgever en de beleidsregelgever verdisconteerd hebben, hoe minder ruimte er feitelijk misschien voor de rechter overblijft om op te treden, maar daarbij benadrukken we het woord ‘feitelijk’: dus niet uit principe. De rechter moet de toets altijd kunnen en willen vervullen. Dat kan betekenen dat wanneer alles netjes verdisconteerd is, er minder aanleiding is voor de rechter om nog in te grijpen op evenredigheid, maar in een rechtsstaat is het belangrijk dat de rechter die mogelijkheid wél heeft. Misschien doet hij het soms daadwerkelijk in concrete gevallen, maar laten we vooral de belangrijke preventieve werking van de rechter niet vergeten. Laat wetgever en bestuur maar de terechte angst houden dat de rechter uiteindelijk kan ingrijpen. Dat is wel de essentie waar het, wat ons betreft, vandaag om gaat. We zijn niet voor niets begonnen met een oud citaat uit de Magna Charta: het gaat om evenredige bestraffing, passend en geboden, dus ik ben heel blij met het antwoord dat Haas vanochtend gaf naar aanleiding van een vraag van Brugman, waaruit blijkt dat er in Nederland rechters blijven die ingrijpen wanneer zij het idee hebben dat het helemaal misgaat. Dat is de meest extreme variant, maar ieder heeft hier wel zijn rol in te spelen. Als beleid meer is uitgewerkt, is er feitelijk misschien minder ruimte voor de rechter, maar hij of zij is de ultieme bewaker van de evenredigheid *in concreto*.

Haas: Hoe meer uitgewerkt en genuanceerd het beleid, hoe minder aanleiding om in te grijpen!

Voorzitter: Dat is een interessante nuancering: hoe meer beleid, hoe minder aanleiding om in te grijpen als het beleid deugt. Dat is eigenlijk waar we mee begonnen, met het voorbeeld van Bröring: het beleid moet ook nog wel getoetst worden. Bent u enigszins gerustgesteld door deze discussie?

Bröring: Soms gebeurt er natuurlijk gewoon te weinig: dat is het probleem. De wetgever spreekt zich soms ook buitengemeen scherp uit. Ik weet niet precies uit welke gedachte, misschien heeft men gedacht dat de rechter wel weer wat tegendruk zou kunnen geven, maar die tegendruk zie je op bepaalde terreinen toch niet zo veel. Zoals vandaag al eerder is gesignaleerd, is het strafrecht op dit gebied niet beter. We hebben besluiten in het bestuursrecht die getoetst worden

en gebaseerd zijn op beleidsregels die dienen ter motivering van het besluit. Als je vergelijkbare strafrechtelijke zaken neemt, hebben we een uitgebreid strafrechtelijk systeem *Bos/Polaris*, een OM-afdoening en dan kun je in verzet gaan. Dan krijg je er tien procent bovenop. Dan ga je naar de strafrechter en als je een redelijk verhaal hebt, doet de strafrechter er in kleine zaken weer vijf procent af, en dan is iedereen blij. De officier heeft er vijf procent bij, de advocaat heeft er vijf procent af, de verdachte heeft er vijf procent af, en de strafrechter heeft met dit verkapte griffierecht het systeem in stand gehouden, want anders gaat iedereen door. Zo werkt een systeem. De strafrechter neemt afstand van *Bos/Polaris* en zegt 'Ik ben de baas', maar vervolgens krijg je, zoals Arthur Hartmann ook zei, een standaardmotivering, 'gelet op dit en dat'. De oriëntatiepunten zijn vaag. Wat het extra ingewikkeld maakt (en in dat opzicht ben ik het niet met de preadviseurs eens), is dat ook de rechter aan de rechterlijke beleidsregels moet werken. Je hebt dus de beleidsregels van het bestuur en van de rechter. Die van de rechter wijken natuurlijk expres een beetje af, want de rechter wil de baas zijn, maar het systeem wordt er niet transparanter van. Beleidsregels kunnen op zichzelf dus wel heel goed zijn, maar laat de rechter daar dan af en toe een beetje preciezer naar kijken.

Van Emmerik: Ons voorstel op dit punt: rechterlijke beleidsregels ingeval er geen beleidsregels van het bestuur of richtsnoeren van de wetgever zijn. Ze zijn dus bedoeld voor als er helemaal niets is.

Voorzitter: Dus geen conflicterende beleidsregels.

[Theepauze]

Voorzitter: Dames en heren, we hadden het ook voor de theepauze al over de verschillen tussen het bestuursrecht en het strafrecht. Overigens ook al eerder, voor de lunchpauze, toen naar voren kwam dat gehechtheid aan het beleid en de regels over de hoogte van de sancties zoals deze zich in het bestuursrecht voordoen, ook zo hun voordelen hebben als het om consequent sanctiebeleid gaat. We verlaten nu het thema van de hoogte van de sanctie en kijken naar de procesrechtelijke kanten. De hamvraag is of het bestuursprocesrecht net zo geschikt, minder geschikt of juist beter geschikt is voor de beoordeling van punitieve geschillen. Daar hebben we zo dadelijk weer een paneldiscussie over.

We geven eerst Nico Verheij nog de gelegenheid om een vraag te stellen aan de preadviseurs.

Mr. N. Verheij

Een aantal dingen die ik had willen vragen, zijn al gevraagd, dus ik houd het kort. Ik had bijvoorbeeld aan Albers willen vragen of zij het strafrecht niet al te rooskleurig voorstelt, maar sinds Arthur Hartmann vanochtend zo welsprekend zijn eigen vakgebied heeft afgeserveerd, zou het wreed zijn om nog meer zout in die wonde te wrijven. Misschien moet hij erover nadenken om asiel aan te vragen in het bestuursrecht!

Ik sluit aan bij het thema dat de voorzitter noemde, ‘voldoet het bestuursrecht even goed als het strafrecht?’ Albers vindt duidelijk van niet en vindt dat ook al heel lang. Zij memoreert in haar eerste voetnoot dat ik er mede schuldig aan ben dat zij op het spoor van de bestuurlijke boete is geraakt, maar ik weet nog steeds niet of ik daar nu trots op mag zijn of dat ik me daar jegens haar voor moet verontschuldigen. Aan de ene kant is ze uitgegroeid tot een groot deskundige op dit gebied (zie het preadvies, maar ook eerder haar proefschrift en andere publicaties), maar aan de andere kant heb ik haar er nooit kunnen betrappen dat zij voor de rechtsfiguur van de bestuurlijke boete enige sympathie heeft. Het is een fascinatie met het kwaad, vanuit haar standpunt gezien.

Op een aantal punten heb ik vragen. De grondenfuik kwam even ter sprake. Volgens mij is er in punitieve zaken geen grondenfuik, ook niet in hoger beroep bij de Afdeling. In de discussie vanmorgen liepen er op dat gebied twee dingen door elkaar. Als je bijvoorbeeld kijkt naar de financiële gevolgen van de sanctie voor de overtreder, speelt de vraag of je dat *ex tunc* of *ex nunc* moet doen. Ik denk het laatste, maar dat is een andere kwestie dan of er wel of niet een grondenfuik is.

Een ander punt dat ik al noemde, is dat Albers vindt dat het bestuursrecht slechter is omdat wij niet allerlei dingen ambtshalve doen. Zij noemt daarbij onder andere de verwijtbaarheid. Ik heb vanmorgen al even gezegd dat de overtreder in mijn ervaring altijd roept dat hij er niets aan kan doen. Om daar ambtshalve naar te kijken zou je een zaak moeten hebben waarin duidelijk aanknopingspunten zijn om aan de verwijtbaarheid te twijfelen, terwijl de betrokkene zich daar niet op beroept. Zo’n zaak heb ik nog nooit gezien!

Dan iets over het bewijs. De bestuursrechter, zo schrijft Albers, zou veel uitvoeriger zijn bewijsoordeel moeten motiveren. Dat gebeurt inderdaad niet altijd uitvoerig, maar mijn vraag is ook waarom dat altijd uitvoerig zou moeten gebeuren. Ik doe nu zo’n kleine drie jaar boetezaken en één van de dingen die mij daarbij zijn opgevallen, is dat er in de zaken waar ik mee te maken heb (Wav-zaken, maar ook arbeidstijden- en arbeidsomstandighedenzaken, en toepassingen van de Wet minimumloon), er maar zelden een beboete persoon of onderneming roept: ‘Ik heb het niet gedaan.’ Het komt wel voor, maar eigenlijk niet eens zo vaak. In Wav-zaken gaat de discussie meestal niet over de vraag of er een vreemdeling was die werkte, maar over de vraag of de vreemdeling werknemer was of zelfstandige en of de onderneming terecht als werkgever werd aangemerkt. Als de kale feiten niet in discussie zijn, waarom zou je dan nog eens uitvoerig moeten opschrijven: ‘Zoals in het boeterapport, op basis van de verklaring van de vertegenwoordiger van de onderneming, is geconstateerd, is er toen en toen, dat en dat gebeurd, en dit wordt bevestigd door die en die?’ Dat staat namelijk al in het boeterapport, en als het niet betwist wordt, waarom zou ik het dan nog eens uitgebreid moeten herhalen in de uitspraak? Hetzelfde geldt in de context van de Arboret: de zaken die daar komen, gaan bijna altijd over boetes die zijn opgelegd naar aanleiding van een arbeidsongeval. In mijn ervaring staat meestal niet ter discussie of het ongeval heeft plaatsgevonden. De vraag is wel of de werkgever voldoende heeft gedaan om het te voorkomen. Het feit dát er een stalen balk naar beneden gevallen is, wordt meestal niet ontkend, dus waarom zou je dan nog een keer uitvoerig de verklaringen waaruit dat blijkt, moeten citeren?

Ten slotte nog een heel concrete vraag. Op bladzijde 97 van het preadvies schrijft Albers dat doordat in het hoger beroep bij de bestuursrechter de aangevallen uitspraak centraal staat, de rechten van de verdediging onder druk komen te staan. Zou zij dat even voor mij willen ondertitelen, want daar begrijp ik echt helemaal niets van.

Albers: Ik zal proberen alle vragen te beantwoorden, het waren er veel.

Om te beginnen zegt Verheij dat de boete 'het kwaad' is in mijn ogen, maar dat is niet het geval. Het gaat mij met name om de vraag of de Awb voldoende rechtsbescherming biedt. Ik heb aangegeven dat de Awb de vereiste ruimte en rechtsbescherming *kán* bieden, maar dat dit nu niet altijd gebeurt. Ik heb niet de allergrootste problemen met de boete op zich, het gaat me met name om de manier waarop de rechtsbescherming wordt vormgegeven.

Van de grondenfuik heb ik zelf ook gezegd dat deze grotendeels verdwenen is. In de afdelingsuitspraak die ik heb gevonden, was het beeld nog wisselend, in de zin dat ik niet kon vaststellen dat de grondenfuik helemaal verlaten was. Dat kan van de kamer afhangen, maar het kan ook een toevallige uitschieter geweest zijn waarin de uitspraak neigde naar het niet meenemen van een later aangevoerde grond. Ik heb geschreven dat ik het beeld niet helemaal duidelijk vond, niet dat het zonder meer zo is dat de Afdeling de grondenfuik nog steeds hanteert.

Met het verhaal over *ex tunc/ex nunc* ben ik het eens, en dat heb ik ook aangegeven: als de bestuursrechter op grond van artikel 8:72a Awb zelf in de zaak voorziet, moet hij zelf *ex nunc* beoordelen hoe de feiten en omstandigheden van het geval op dat moment zijn, ook met betrekking tot de hoogte van de boete. Volgens mij verschillen we hierin niet van mening.

Verheij ging ook nog in op het bewijs. Volgens hem zijn de dingen meestal wel duidelijk, maar vooral in de zaken op grond van de Wet arbeid vreemdelingen gaat het ook om bijvoorbeeld de vraag of 'de toezichthouder nu wel of niet kon zien of er iemand in de keuken bezig was, aangezien er plakfolie op de ramen zat'. Dan wordt anderhalf jaar later via een bestuurlijke lus een nieuw boeterapport opgemaakt waarin de toezichthouder alsnog verklaart dat er wel plakfolie op de ramen zat. Dat vind ik bewijstechnisch wel wat dunnetjes. Om dat soort dingen gaat het, en niet om de zaak waarbij iemand met z'n vingers tussen de zaag is gekomen omdat het beschermkapje er niet opzat. In die laatste zaken zitten de problemen niet.

[Enig rumoer in de zaal]

Nou ja, daar zitten zeker problemen, maar als zowel de werkgever als de werknemer daar niet over van mening verschillen, zit *daarin* geen probleem. Het gaat mij om zulke voorbeelden: boeterapport, gevolgd door aanvullend rapport dat anderhalf jaar later op basis van verklaringen is opgemaakt, terwijl er niemand meer ter plaatste is geweest en terwijl niet meer kan worden nagegaan of er anderhalf jaar geleden wel of geen plakfolie voor het raam zat. Ik doel op een heel breed scala van gevallen. Ik zou toch graag zien dat daar wat kritischer naar gekeken werd en dat de rechter zelf aan de slag zou gaan met de bevoegdheden die hij heeft. Ik denk dat er op dit gebied soms kansen gemist worden.

Wat de passage op bladzijde 97 betreft: daar gaat het me er vooral om dat je een verdichting van de rechtsstrijd krijgt doordat de Afdeling vooral kijkt of de rechter zijn werk goed heeft gedaan.

Verheij: Maar wat heeft dat met de rechten van de verdediging te maken en, meer in het algemeen, wat is daar mis mee?

Albers: Dat je dan vaak niet de volledige herkansing hebt, die je in het strafrecht wel hebt. Bepaalde aspecten worden niet altijd even gemakkelijk meegenomen.

Verheij: Maar als er zich in hoger beroep nog iets nieuws voordoet, is dat in beginsel in punitieve zaken ook geen probleem.

Voorzitter: Dat heeft dan met de eerste vraag te maken en met de opmerking dat er geen grondenfuik in hoger beroep in punitieve zaken zou bestaan.

Albers: Los van de grondenfuik heb ik aangegeven dat het mij om de insteek gaat waarbij je de uitspraak van de rechter centraal stelt en niet de vraag of er een overtreding is begaan en of er een overtreder is. Je kijkt naar een uitspraak waartegen hogerberoepsgronden zijn ingebracht. Gaandeweg de procedure raken gronden en argumenten die tegen het boetebesluit zijn ingebracht buiten beeld die wel in de rechtsstrijd in bezwaar of eerste aanleg besloten lagen.

Verheij: Maar dan is nogmaals mijn opmerking: dat komt omdat er dus al een rechter is geweest (namelijk een rechtbank) die daar al heel goed naar gekeken heeft. Mijn idee over hoger beroep is inderdaad dat het niet bedoeld is om het werk van de eerste rechter geheel te negeren en helemaal over te doen.

Voorzitter: Boudewijn de Waard wil zich in de discussie mengen.

Mr. B.W.N. de Waard: Ik waag me op glad ijs, omdat ik de jurisprudentie voor ik hier naartoe ging niet nog een keer bekeken heb. Op dezelfde bladzijde 97 staat een voorbeeld van een geval waarmee ik Albers wil steunen en Verheij toch een beetje wil tegenspreken. Als de Afdeling kijkt wat er in eerste aanleg precies gebeurd is, wil de Afdeling nog wel eens streng zijn als het gaat om wat de eerste rechter ambtshalve heeft gedaan. Er is een voorbeeld genoemd, ik dacht dat Albers het zelf zou aanhalen, over een arbeidsongeval waarbij de rechter in eerste aanleg (ik citeer uit mijn hoofd) heeft gezegd: 'U zegt dat u geen overtreder bent; dat ben ik niet met u eens, maar ik vind dat er reden is de boete te matigen, want de verwijtbaarheid is gering.' Zo'n soort verhaal was het. Vervolgens zei de Afdeling dat de rechter dat niet had mogen doen, omdat hij daarmee buiten de omvang van het geschil trad. Dit sluit aan bij het punt van Brugman van vanmorgen en volgens mij ligt hier vooralsnog een probleem in het bestuursprocesrecht als het gaat om de wijze waarop sancties getoetst worden.

Albers: Dat was inderdaad de uitspraak waar ik ook eerder in deze discussie op doelde en volgens mij constateerde de rechtbank zelfs dat er geheel geen

verwijtbaarheid was, maar dat weet ik niet meer precies. Dit zijn in ieder geval de voorbeelden waar ik op doelde: de rechtbank ziet dat er iets niet deugt aan een besluit, maar krijgt vervolgens in hoger beroep de Afdeling over zich heen, die zegt dat de rechter daar helemaal niet aan had mogen toetsen.⁸ Op dat moment wordt de overtreder tekortgedaan en is de rechtsbescherming minder dan in het strafrecht. Een strafrechter zou dat niet doen.

Verheij: Ik heb de uitspraak niet scherp voor ogen, dus daar kan ik niet veel over zeggen. De eerste vraag die ik mijzelf zal stellen (want ik ga hem nu natuurlijk wel nalezen morgen!) is of het een hoger beroep was van de overtreder of van het bestuursorgaan.

Albers: Ik weet het niet uit mijn hoofd, maar ik sluit niet uit dat het bestuursorgaan in die zaak appelleerde. Ik denk dat het niet uitmaakt wel in de bestuursprocesrechtelijke context in het algemeen natuurlijk maar niet in het bestraffend bestuursrecht, omdat (zoals ik heb aangegeven) de houding van de bestuursrechter daar toch een hele andere zou moeten zijn. Haas heeft het ook al gezegd: in het fiscaal recht zal de rechter nooit iets ambtshalve doen ten nadele van een beboete persoon.

Haas: Ik zal het heel kort houden: wat Albers zegt wordt door Verheij zelf bevestigd, want hij zegt net zelf dat er al een rechter is geweest, en dat hij daarmee de taak al beperkter opvat. Dat is dus een andere insteek dan die van de belastingrechter.

Verheij: Ik ontken het ook niet, ik vraag me alleen af wat er mis mee is.

Haas: Dat kun je je afvragen, maar dan kun je je ook afvragen wat de zin van het hoger beroep is en welke functie het hoger beroep moet hebben. Dat is de kern van een andere discussie.

Verheij: Die discussie hebben we op een andere vergadering al eens uitgebreid gevoerd.

Tweede paneldiscussie

Voorzitter: Dames en heren, we hebben hier inmiddels een nieuw panel zitten. Ik heb al aangekondigd waar ze het over gaan hebben. In wezen komen we er vandaag heel vaak op terug: is het bestuursprocesrecht in vergelijking met het strafprocesrecht minder, beter of even goed geschikt? De panelleden zeggen eerst heel kort, in een paar woorden, wie ze zijn.

Mr. D.A. Verburg: Ik ben André Verburg, senior-rechter en inhoudelijk adviseur bij de rechtbank hier ter stede, Midden-Nederland.

⁸ ABRvS 2 juni 2004, JB 2004/276 (arbeidsongeval).

Mr. G.T.J.M. Jurgens: Ik ben Gerdy Jurgens, ik ben hoogleraar bestuursrecht hier ter stede.

Mr. A.R. Hartmann: Ik ben Arthur Hartmann, raadsheer bij het Hof in Den Bosch, strafsector, en tot voor kort bijzonder hoogleraar bestuursstrafrecht.

Voorzitter: Mevrouw Jurgens, wilt u een aftrap geven?

Jurgens: Als je aan het eind van de middag nog in een panel mag, kom je toe aan de wat meer evaluerende opmerkingen ten aanzien van de dag. Naar mijn indruk wordt het bestuursrecht in het kader van het thema van de dag hier over het algemeen positief gewaardeerd. We lijken een systeem te hebben dat in potentie op een goede manier met bestuurlijke boetes kan omgaan en er ook allerlei waarborgen voor kan bieden dat dit op een verantwoorde manier gebeurt. We hoeven bepaald niet te zeggen dat we met de beboeting naar het strafrecht moeten of dat we naar het strafrecht moeten kijken: het systeem in het bestuursrecht heeft immers zelf al heel goede papieren. In de loop van de dag zijn er al allerlei interventies en discussies over geweest en ik denk dat we kunnen concluderen dat we niet de hele tijd naar het strafrecht hoeven te kijken.

Ik noem een paar punten die ik de kracht van het bestuursrecht vind. We hebben het nu steeds gehad over wat de rechter met bestuurlijke boetes doet, maar voordat een boete bij een rechter komt (en soms komt die boete helemaal niet bij de rechter), is er natuurlijk een voorbereiding van het boetebesluit. Het bestuursrecht heeft juist in die voorbereidingsfase veel meer mechanismen en systeemelementen om de voorbereiding adequaat te laten zijn, met betrokkenheid van de overtreder, contact tussen boeteopleggend orgaan en de overtreder, vaak met een hoorplicht. Dat alles garandeert natuurlijk ook een bepaalde zorgvuldigheid ten aanzien van het boetebesluit, waardoor je in een groot aantal gevallen ook helemaal niet bij de rechter terecht hoeft te komen. Dat is de kracht van het bestuursrechtelijke systeem zelf. Natuurlijk staat en valt die kracht ook met het feit dat het bestuur wéét dat er een rechter is die achteraf goed kijkt of het bestuur het wel op een goede manier doet, maar er ligt een goed accent op de voorbereiding.

Het gelijkheidsbeginsel is vandaag al een paar keer aan de orde geweest. Het bestuursrecht heeft een beter antwoord (ook als het niet in alle gevallen perfect uit de verf komt) om ervoor te zorgen dat vergelijkbare gevallen gelijk worden behandeld, bij het bestuursorgaan dat zelf de consistentie betracht en bij de rechter die toetst of het bestuursorgaan het gelijkheidsbeginsel op een goede manier in acht neemt.

De positie van derden is in het bestuursrecht ook beter verankerd dan in het strafrecht. Natuurlijk is het niet zo dat de derden altijd onverkort veel te zeggen hebben ten aanzien van de beboeting, maar de aandacht voor de derden is een krachtig element uit het bestuursrecht.

Met andere woorden: ik denk dat we heel blij mogen zijn met de beboeting in het bestuursrecht. Ik zeg niet dat het boetebestuursrecht perfect en klaar is; daarom zitten we er hier vandaag ook over te discussiëren. Er zijn allerlei verbeterpunten, maar de waarde van het bestuursrecht voor beboeting is heel groot. Ik zou dan ook niet toe willen naar het strafbeschikkingsmodel, met een

bestuurlijke strafbeschikking en een toetsing door de strafrechter. Er is hier een paar keer aandacht gevraagd voor eenheid in begripsvorming tussen bestuursrecht en strafrecht als het gaat over allerlei begrippen die daar moeten worden uitgelegd, maar als je de bestraffende sancties naar het strafrecht en de beoordeling door de strafrechter haalt, knip je de band door met de rest van het bestuursrecht. Het bestuursrecht heeft natuurlijk ook een belangrijke gereedschapskist in de sfeer van de herstelsancties, waar ook allerlei begrippen moeten worden ingevuld. Begrippen als overtreder, overtreding, daderschap... dat zijn leerstukken die binnen het bestuursrecht op een uniforme manier moeten worden uitgelegd, en waarvan ik denk dat het geen winst is als we een deel naar het strafrecht brengen.

Goede papieren voor het bestuursrecht dus, en laten we er dan vervolgens over praten hoe het nog beter kan.

Voorzitter: Mag ik tussendoor één opiniepeiling in de zaal doen, alleen door handopsteking? Het wordt niet in de krant geplaatst, dus u kunt anoniem stemmen. Wie vindt eigenlijk dat het bestuursrecht niet de goede papieren heeft? Jurgens noemde de voorbereidingsfase met zijn waarborgen, het gelijkheidsbeginsel in het consistente sanctiebeleid en de positie van derden. Het kan best zijn dat sommigen van u het daar helemaal niet mee eens zijn en zich voorstanders van overheveling naar de strafrechter voelen. Wie de hand naar aanleiding van mijn vraag opsteekt, vindt dat het bestuursrecht de goede papieren onvoldoende heeft en dat de bestraffende sanctie bijvoorbeeld via de strafbeschikking beter bij het strafprocesrecht kan worden ondergebracht.

Ik zag één hand, van Van den Boogaard om het maar anoniem te houden, maar ik heb hem beloofd dat hij straks nog wat mag zeggen en daarom weet ik wie Van den Boogaard is. Ik geef u zo meteen nog even het woord!

Verburg: Ik wil twee dingen zeggen op dit vlak, in het verlengde van de opmerkingen van Gerdy Jurgens. Waar Albers zegt dat de motivering in uitspraken van bestuursrechters op het gebied van de bewijsmiddelen en bewijswaardering wel wat beter mag, onderschrijf ik dat, anders dan Verheij. Natuurlijk heb ik het dan niet over gevallen waarin het bewijs helemaal geen discussiepunt is. Als je op rechtspraak.nl kijkt, kun je ook uitspraken van mij tegenkomen waarin we toch vrij gemakkelijk gezegd hebben dat het, gelet op het boeterapport, allemaal akkoord is. Als je zo'n boetedossier kritisch bekijkt, blijkt het vaak honderd, soms honderdvijftig pagina's dik te zijn, met een rapport in eigenlijke zin van zo'n twintig pagina's, met daaronder wat pv's en daar weer onder wat kopieën van stukken. Het is dus een mengelmoes van allerlei bevindingen van allerlei aard, en ik denk dat wij als rechters ons daar wel wat drukker over zouden mogen maken.

Voorzitter: Bedoelt u dan ook dat de bestuursrechter dat ambtshalve meer zou moeten doen, ook als het boeterapport niet is bestreden? Want daar had Verheij het over.

Verburg: Ja, dat was het punt van Verheij, maar hij sloot daarmee aan bij het pleidooi van Albers voor een betere motivering. Als het boeterapport niet bestreden is, hoef je er ook niets over te zeggen. Vaak is het wél bestreden en dan zie je

dat de rechter toch met maar één of twee zinnen motiveert. Ik denk dat we daarin wel wat beter ons best zouden mogen doen, maar wel op grondslag van wat er in het beroep is aangevoerd.

Het tweede punt dat ik wil maken, begint bij de bestuurlijke lus. We hadden het er vanmorgen al over met Schreuder, maar ik wil nu aan een ander punt raken. Op bladzijde 87 zegt Albers dat ze moeite heeft met de bestuurlijke lus. Ze heeft vandaag toegelicht dat dat vooral gaat over de bewijscompletering. Twee pagina's verderop, 89-90, zegt ze dat ze er onder omstandigheden wel vóór is dat de rechter eigen onderzoek gaat doen, bijvoorbeeld door getuigen te horen of anderszins zijn eigen onderzoeksbevoegdheden aan te wenden. In het bestuursrecht vind ik dat nog veel linker dan de bestuurlijke lus! In het strafrecht is het Openbaar Ministerie de vervolgende instantie en de strafrechter de strafopleggende instantie, maar in het bestuursrecht is de bestuursrechter geen van beide. Het bestuursorgaan is hier de vervolgende en de strafopleggende instantie. Wanneer de bestuursrechter eigen onderzoek gaat doen, loopt hij veel eerder het risico dat hij een incompleet besluit compleet aan het maken is. Dat hij, met andere woorden, het gebrek in het onderzoek door het bestuursorgaan of het gebrek in de motivering van het besluit aan het completeren is. Dan zou je vervolgens kunnen zeggen dat de eigen onderzoeksbevoegdheden van de rechter vooral gericht moeten zijn op ontlastend materiaal. Dat zou kunnen, maar je weet nooit hoe het uitpakt. Ik maak regelmatig mee dat iets ontlastend materiaal lijkt, maar dat het verkeert in zijn tegendeel, *it blows up in their faces*. Bovendien moet ook wanneer er ontlastend materiaal wordt aangebracht in de eerste plaats aan het bestuursorgaan gevraagd worden wat het ervan vindt en wat de motivering is om er wel of niet iets mee te doen. Ook in dat geval, wanneer de rechter eigen onderzoek gaat doen, loopt hij het risico dat hij het werk van het bestuursorgaan doet. Om er een strik omheen te doen formuleer ik mijn vraag: is het niet veel riskanter als de rechter eigen onderzoek gaat doen en is de bestuurlijke lus niet een veel beter middel om de verantwoordelijkheid te leggen waar hij hoort, namelijk bij het bestuursorgaan dat zijn besluit moet completeren?

Voorzitter: Dat is een mooie vraag om eens mee in de zaal te kijken. Het punt dat André Verburg naar voren brengt, is dat als er nader bewijs nodig is (nog even los van de vraag of dat belastend of ontlastend bewijs is), het uit het oogpunt van 'niet bestuurtje helpen' beter is als het bestuursorgaan dat bewijs zelf zoekt. We gaan eerst de zaal in, maar daarna wil ik graag van Arthur Hartmann horen hoe dit in het strafrecht gaat. Dus wat vindt u: is het mooi, zo'n bestuurlijke lus (formeel of informeel) bij een boete, juist om de verantwoordelijkheid terug te leggen bij het bestuursorgaan? Of wordt hier iets over het hoofd gezien en blijft dit 'bestuurtje helpen'?

Mr. B.J. van Ettehoven: Met het gevaar terug te vallen op de discussie van vanochtend: ik was eigenlijk tevreden met de conclusie dat de bestuurlijke lus niet moet worden toegepast als het gaat om bewijs dat nodig is om de overtreding of het misdrijf rond te krijgen, want dát is het ultieme 'bestuurtje helpen'. Als het bestuur het niet goed gedaan heeft, moet het besluit worden afgeschoten en is er

op zich geen herkansingsmogelijkheid. Wanneer Verburg het zo bedoelt, dus op dat onderdeel geen bestuurlijke lus maar wel voor andere doeleinden, ben ik het met hem eens. In gevallen bijvoorbeeld waarin toetsing van de evenredigheid wenselijk is of waarin er nog andere aspecten zijn die onderzocht moeten worden, kan ik me in het licht van de gelijkheid (waar het CBB de bestuurlijke lus wel voor inzet) voorstellen dat de bestuurlijke lus een mooi medium kan zijn om te komen tot finale geschilbeslechting. Het gevaar van artikel 8:69, lid 3, Awb lijkt me groot en met de bestuurlijke lus moeten we ook voorzichtig zijn, maar deze kan voor bepaalde onderdelen een oplossing zijn om te komen tot finaliteit. Als het zo bedoeld is, kan ik met Verburg instemmen.

Verburg: Ja, het was zo bedoeld. Ik bedoelde niet een pleidooi te geven voor de bestuurlijke lus, maar alleen te zeggen dat ik eigen onderzoek door de rechter nog linker vind dan de bestuurlijke lus.

Voorzitter: Jullie zijn het volgens mij met elkaar eens.

Mr. O.J.D.M.L. Jansen: Om maar met de deur in huis te vallen: ik ben een hartstochtelijk tegenstander van elke bestuurlijke lus in boetezaken: die hoort daar gewoon niet thuis. Ik ben het geheel met Verburg en Van Ettehoven eens dat het 'bestuurtje helpen' door bewijs te verkrijgen dat er op dat moment nog niet is, sowieso uit den boze is. Maar ook als het gaat om uit te vogelen hoe het zit met de evenredigheid, is daarvoor hooguit de aanhouding van de zaak aangewezen en kan er dus een nieuwe zitting geappointeerd worden. Met een bestuurlijke lus komt er een nieuw besluit bij dat verbeterd is, en dat klopt niet. Met in mijn achterhoofd de jurisprudentie in het strafrecht over herhaald dagvaarden en *ne bis in idem* moet ik grote bezwaren naar voren brengen tegen welke bestuurlijke lus dan ook in het boeterecht.

Voorzitter: Dank u wel, dat is een duidelijk standpunt. Ik wil nu eerst even aan Arthur Hartmann vragen hoe het in het strafrecht gaat.

Hartmann: Een inhaaldagvaarding bestaat wel, in heel specifieke gevallen, maar dat is echt een uitzondering. 'Bestuurtje helpen' zit er wat dat betreft in het strafrecht niet in. Wat ik wel heel interessant vind, is de zelfstandige onderzoeksbevoegdheid van de rechter: hoe ver reikt die? Ik moet eerlijk zeggen dat niet in negen van de tien, maar in 99 van de 100 gevallen het initiatief om een getuige te horen, genomen wordt door de verdediging. De verdediging vraagt om onderzoek en vervolgens wordt er gesteggeld of we dat toestaan in verband met het verdedigingsbelang en de noodzakelijkheid. Uiteindelijk wordt het verzoek al dan niet toegekend. Een strafrechter doet op eigen initiatief buitengewoon weinig. Als er in raadkamer gedebatteerd wordt over de gang van zaken en een eventuele uitkomst, zegt men een enkele keer dat er een tussenarrest gewezen kan worden om de zaak nog eens tegen het licht te houden, maar dat is het dan ook. Er is wat dat betreft in het strafrecht een heel andere situatie.

Voorzitter: Wat zou er in zo'n tussenvonnissen dan kunnen gebeuren?

Hartmann: Dat er toch nog onderzoek gedaan wordt of moet worden, omdat het onderzoek blijkbaar onvolledig is geweest. Dat kan dan gebeuren bij de raadsheer-commissaris, die inderdaad getuigen hoort of bepaalt dat er nog materiaal aangeleverd moet worden, maar het komt niet heel vaak voor.

Ik wil nog iets opmerken over de manier waarop het bewijs moet worden opgenomen in het vonnis en in het arrest, en over de vraag of dat niet wat strakker kan, zoals in het strafrecht. In het strafrecht ligt er heel vaak een ‘aantekening mondeling vonnis’ en dat is eigenlijk een stempelvonnis, want er staat niets anders in dan de beslissing. Als de zaak in hoger beroep gaat, wordt dat nog eens tegen het licht gehouden op basis van de grieven die er liggen. Als je dat verdisconteert in je arrest, is het in beginsel zo dat je niet alle bewijsmiddelen opneemt, tenzij men daarom verzoekt en in cassatie gaat, want dan ga je het verder uitwerken. Dus ook in het strafrecht is de motivering ten aanzien van het bewijs buitengewoon beperkt.

Voorzitter: Zou de motivering in veel gevallen in het strafrecht niet zelfs beperkter zijn? Want zo’n stempelvonnis kennen wij dan weer niet.

Hartmann: Zo’n stempelvonnis is maar één A4-tje, waarop staat ‘aantekening mondeling vonnis’ en ‘dit is de uitslag,’ meer niet.

Voorzitter: Dit kleurt zelfs de discussie van voor de theepauze enigszins of zelfs in hoge mate, dus het is een belangrijke toevoeging.

Ik wend mij eens even tot de preadviseurs. Het gaat nu om twee dingen, die allebei belangrijk zijn. Het één is de bestuurlijk-lusgedachte die André Verburg in de groep gegooid heeft en waar bijvoorbeeld Oswald Jansen duidelijk stelling tegen genomen heeft. Het ander is de vraag of de bewijsmotivering in het strafrecht nu zoveel beter is, wat door Hartmann sterk wordt gerelativeerd. Wie van de preadviseurs wil hierop reageren?

Haas: Ik wil er wel iets over zeggen, en ik kan deze keer heel kort zijn: ik ben het helemaal eens met Jansen over de bestuurlijke lus, dat we daar in het boeterecht niet aan moeten beginnen. Wat Hartmann beschrijft, komt helemaal overeen met mijn eigen ervaring. Als ik zie hoe ik als strafrechter, ook in hoger beroep, een arrest of vonnis motiveer en ik vergelijk dat met wat ik als belastingrechter doe, dan is mijn conclusie dat de bestuursrechter zeker niet onderdoet voor de strafrechter. We moeten het strafrecht niet verheerlijken.

Van Emmerik: Daar ben ik het graag mee eens. Ik heb vanochtend al iets over de bestuurlijke lus gezegd. Ik kan me voorstellen dat de bestuurlijke lus in bepaalde gevallen wel nuttig is, niet voor het bewijsherstel, maar wel om de evenredigheid precies te bepalen. Het bestuursrecht is zeker geschikt, maar ik denk dat we op het gebied van het horen van getuigen of de gevolgen die je verbindt aan onrechtmatig verkregen bewijs nog wel enige ontwikkeling kunnen doormaken.

Voorzitter: En waar zou die ontwikkeling volgens u naartoe moeten?

Van Emmerik: Mijn ervaring is beperkt, maar er kan misschien meer gebruikge-
maakt worden van het horen van getuigen en nog wat verder nagedacht worden
over de manier waarop je omgaat met onrechtmatig verkregen bewijs. Ik zie op
onderdelen dat we in het bestuursrecht nog wat volwassener kunnen worden en
soms voorbeelden uit het strafrecht kunnen volgen, maar op andere punten juist
niet. Er zijn natuurlijk ook andere nadelen aan het strafrecht. Zo kan er soms een
aantekening in een bepaald register plaatsvinden en dat kan, in vergelijking met
een bestuurlijke boete, ook weer een nadeel zijn. Het strafrecht is zeker niet alleen
maar positief.

Voorzitter: Wie van u heeft getuigenverhoren meegemaakt in een boetezaak?

[uit de vergadering: Jansen, Koopman, Polak, Haas]

Haas: Om de haverklap!

Voorzitter: Dus het komt in het belastingrecht veel voor?

Haas: Niet elke week, maar een paar keer per maand horen wij getuigen, ook over
aan de boete gerelateerde problemen.

Koopman: En nog veel vaker worden verzoeken daartoe afgewezen.

Voorzitter: Hoe is dat te verklaren?

Koopman: In belastingrechtzaken wordt in boetezaken heel vaak gevraagd getui-
gen te horen; vooral in fraudezaken speelt dat veel. De realiteit is dat belasting-
rechters vanwege de productienormen proberen daar onderuit te komen. Er zijn
verschillende technieken voor. Eén van de voor de belastingplichtige prettige
technieken is om op voorhand te geloven wat de getuige zou moeten gaan
verklaren, maar er zijn ook andere technieken.

Voorzitter: Dames en heren, ik geef nu eerst Ed van den Boogaard, zijn naam werd
net al genoemd, gelegenheid om een vraag te stellen, want die gaat ook over
bewijs. Daarna zal Oswald Jansen nog een interventie plegen. Die stond eigenlijk
voor vanmorgen op het programma, maar toen zat hij nog ergens anders.

Mr. E. van den Boogaard: Ik ben advocaat in Amsterdam en werk op het gebied
van de sociale zekerheid. Dat is een gebied waar de bestuurlijke boete behoorlijk
in beweging is. Sinds 1 januari 2013 is veel fraudebestrijding die tot op dat
moment strafrechtelijk werd aangepakt, overgeheveld naar het terrein van de
bestuurlijke boete. Het komt erop neer dat je, wanneer je onterecht een uitkering
hebt gekregen doordat je onjuiste inlichtingen hebt verstrekt, niet alleen alles wat
je teveel hebt gekregen moet terugbetalen, maar er een verplichte boete van 100%
van het benadelingsbedrag bovenop krijgt. Ik geef u een voorbeeld van de con-
sequenties. Stel dat de sociale dienst iemand ervan verdenkt samen te wonen op
een ander adres dan het uitkeringsadres. Er wordt onderzoek gedaan door de

sociale recherche, er wordt een buurtonderzoek gedaan, de burens worden gehoord enzovoort. De betrokkenen zelf worden gehoord, ze ontkennen bij hoog en bij laag, maar de sociale dienst zegt dat de burens verklaren dat ze samenwonen en dus wonen ze samen. We komen op een terugvordering van 45.000 euro bruto (ik kom ze ook wel hoger tegen). Dat is een benadelingsbedrag dat valt binnen de reikwijdte van de bestuurlijke boete, want de richtlijn sinds 1 januari 2013 van het OM houdt in dat alle zaken met een benadeling tot 50.000 euro bestuursrechtelijk worden afgedaan.

Het bestuursrecht begint met een bezwaarprocedure. Waar draait dit nu allemaal om? Het draait niet om de boete, het draait ook niet om het bedrag dat teruggevorderd wordt. Het draait om de vraag of er wel of niet sprake is geweest van een gezamenlijke huishouding. Het draait dus om bewijs. In bezwaar kun je wel proberen om getuigen te laten horen, maar ik heb nog nooit meegemaakt dat het lukt. In bezwaar wordt gewoon gezegd dat het frauderapport duidelijk is: 'U heeft het gedaan, ga maar naar de rechter.' Stel nu eens dat dit zich had voorgedaan vóór 1 januari 2013, toen het nog onder het strafrecht viel. Wat doe je dan als advocaat? Je bespreekt de zaak uiteraard met je cliënten en vervolgens kun je bij de rechter-commissaris in strafzaken een verzoek indienen om getuigen te horen en onderzoekshandelingen te verrichten. Als je dat verzoek goed onderbouwt, wordt het toegewezen en ga je bij de rechter-commissaris getuigen horen. Daar ben je soms een dag mee bezig: vijf, zes getuigen, soms meer. Wat leert de ervaring? Tijdens zo'n dag van getuigenverhoor zie je in acht van de tien gevallen dat de zaak draait. Daarmee vervalt de grondslag onder het besluit, de terugvordering vervalt en er komt geen straf. In het nieuwe systeem is het mij nog nooit gelukt om een bestuursrechter zo ver te krijgen dat hij gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om een rechter-commissaris te benoemen en die opdracht te geven getuigen te horen en daar inderdaad (zoals het in strafzaken gebeurt) maar eens een dag voor uit te trekken. Met een beetje mazzel wordt er eens iemand op een zitting opgeroepen, maar je hebt geen idee van de manier waarop dat op papier komt te staan. Ik kan alleen maar hopen dat de griffier dat goed doet, terwijl ik er bij de rechter-commissaris controle over heb. Al met al is de rechtsbescherming die in het strafrecht *de facto* wordt geboden om tegenbewijs te leveren of het bewijs dat er ligt te ontkrachten, vele malen groter dan in het bestuursrecht. Dat zit hem er dus niet zozeer in dat het strafrecht beter is, maar het zit hem erin dat het bestuursrecht de mogelijkheden wel biedt, maar dat de bestuursrechter er geen gebruik van maakt. Daarom ben ik van mening dat het preadvies van Albers de kern zo goed raakt. Uit de reacties hier vandaag in de zaal blijkt dat ook, want iedereen voelt zich buitengewoon aangesproken en de hele storm gaat over haar preadvies heen, maar ze heeft gewoon gelijk.

Voorzitter: Dank aan de heer Van den Boogaard voor deze adhesiebetuiging. Misschien wil mevrouw Albers er even kort op reageren.

Albers: Het is mijn visie, dus ik kan moeilijk anders zeggen dan dat ik het verhaal onderschrijf. Maar het is goed om concrete praktijkgevallen te horen, waarin zich inderdaad een duidelijk verschil openbaart, omdat dat in het onderzoek nog niet zo duidelijk voor het voetlicht was gekomen.

Koopman: Terwijl Oswald Jansen zich klaarmaakt voor zijn interventie, kan ik, ter nuancering van mijn opmerking van zojuist dat rechters er niet van houden om veel getuigen te horen, nog zeggen dat de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt buitengewoon streng is. Als er tijdig een relevant aanbod tot het horen van getuigen wordt gedaan, mag de bestuursrechter dat aanbod niet passeren. Ik heb sterk de indruk dat ook de andere hoogste bestuursrechters die norm hanteren.

Albers: Dat vraag ik me eerlijk gezegd af, want ik heb uitspraken van de Afdeling gezien waarin iets niet lijkt te kloppen. Wanneer een appellant dan tijdig aangeeft dat hij iemand wil horen op zitting, wordt dat gewoon geweigerd en wordt naar de verdedigingsrechten niet gekeken.

Mr. O.J.D.M.L. Jansen

Ik zal proberen me te realiseren wat er al besproken is en dat dus niet te herhalen. Mijn ervaring met getuigen is de volgende. Ik was nog commercieel advocaat en had de andere werkgever als getuige in een Wav-zaak opgeroepen. De rechter vergat artikel 8:28a Awb (de cautie) toe te passen op de getuige, die zelf ook verdachte was. Dat voorbeeld wilde ik even noemen: als in dergelijke zaken een andere werkgever, die verdachte is, wordt gevraagd te verklaren ter zake van het feit waarvan hij verdacht is, moet in het strafrecht de cautie gegeven worden, maar wordt dat in het bestuursrecht gewoon glad vergeten.

Ik wil bij wijze van verandering nu eens de besprekers van de preadviezen bedanken. De dank aan de preadviseurs is al herhaaldelijk uitgesproken en die deel ik volkomen, maar ik vind het ook buitengewoon nuttig voor de vergadering hier dat er in ieder geval een korte samenvatting wordt gegeven, die volgens mij ook kundig is samengesteld, van de preadviezen. Voordat ik doorga met de punten die ik wil aansnijden, wil ik een paar korte punten maken over rechtsvergelijking, want die missen we vandaag. Ik wil vervolgens een opmerking maken over de plaats van de bestuurlijke boete tussen bestuursrecht en strafrecht, heel kort want daar is al heel veel over gezegd. Ik zal daarna een klein aspect van de boeteverlaging aansnijden, en ten slotte wil ik nog wat zeggen over de aanbevelingen.

Voorzitter: Als u ook nog antwoord wilt krijgen, houdt u er dan rekening mee dat het allemaal voor vijven afgerond moet zijn!

Jansen: Heel kort samengevat: ik mis de rechtsvergelijking in de preadviezen, maar dat is geen kritiek aan het adres van de preadviseurs, want de preadviezen zijn enorm rijk. Misschien is het een idee voor het bestuur om na te denken over een manier om de rechtsvergelijking steeds structureel bij de vergadering in te brengen, door bijvoorbeeld een aantal rechtsvergelijkers te vragen over het onderwerp te reflecteren in een afzonderlijk preadvies. Ik heb zelf wat rondgevraagd, met name gisteren in de Jardin du Luxembourg in Parijs, met een biertje in de zon. Ik heb gevraagd hoe anderen dit nu doen. Eén van de opmerkingen was dat intrekkingen van begunstigende beschikkingen in Frankrijk ook wel eens bestrafend zijn, dus dat is hetzelfde als bij ons, maar ik zou niet kunnen samenvatten wat de jurisprudentie hierover is.

Het *Malige*-arrest is al een paar keer genoemd. De heersende jurisprudentie van de Franse Conseil d'État schijnt tot gevolg te hebben dat de wettelijke boetetarieven tot in laatste instantie vol worden getoetst. Misschien is dat interessant om even mee te nemen.

In Spanje is de intrekking soms wel en soms niet bestraffend; dat is niet anders dan bij ons, en de wetgever heeft het ook uitdrukkelijk bepaald en geregeld.

Deze rechtsvergelijkende noties wilde ik nog even snel voor u binnenbrengen.

Ik zal niet in herhaling vervallen door te zeggen dat ik de lijn van Albers niet onderschrijf, want dat zal helder zijn. Ik zie dat ze na alle kritiek niet van kleur is verschoten, en dat verheugt mij. (Dit is een uitdrukking die zij in haar preadvies zeer vaak heeft gehanteerd, vandaar dat ik hem hier even herhaal.)

Mij viel op dat beide groepen preadviseurs, ik focus met name op Van Emmerik, Saris en Albers, nogal wat zure opmerkingen maken over de Grondwet. Ik denk dan bij mezelf: meisjes en jongens, onze Grondwet bepaalt nu eenmaal helemaal niets, het EVRM is nu eenmaal onderdeel van ons constitutionele recht en het Europese Hof is nu eenmaal onze constitutionele rechter, dus wat maakt het uit, we hoeven alleen de Grondwet maar even aan te vullen. Volgens mij is de hoofdlijn, en ik denk dat Jurgens die ook goed heeft samengevat, dat de bestuurlijke boete op dit moment eenvoudigweg de standaardsanctie in het sanctiepalet van het bestuur is. Er zijn meer dan honderd wettelijke regelingen met een bestuurlijke boete, dus het is gewoon een algemene sanctie. Het boeterecht is in principe netjes geregeld, en we zijn hier alleen bezig met het verfijnen en het preciseren van een aantal elementen waarvoor we op zoek zijn naar verbetering.

Mij gaat het nu met name over het afstemmen van de hoogte van de boete en over het overtrederschap. Volgens vaste jurisprudentie brengt de omstandigheid dat de waarborgen uit onder meer artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest voor de Grondrechten gelden voor bestraffende sancties, niet met zich mee dat daarmee het hele strafrecht van toepassing is. Dat is de lijn die nog steeds geldt. De lijn die Albers voorstaat, is in ieder geval niet het geldende recht; wat mij betreft ook allerminst het wenselijke recht. Mij valt op dat de verschillen die door Albers worden geschetst met het strafrecht eigenlijk worden vergroot en dat de nadelen van het bestuursrecht worden overdreven. Hartmann heeft daar een paar rake opmerkingen over gemaakt. Hier en daar merk ik dat Albers argumenten hanteert die wat mij betreft niet helemaal kloppen of hier en daar misschien zelfs wel onjuist zijn, zoals bijvoorbeeld de stelling dat er in zeer veel gevallen of, verderop in het preadvies, in bepaalde gevallen niet hoeft te worden gehoord voorafgaand aan het boetebesluit. Wetgevingsbeleid is echter eenvoudigweg dat voor vrijwel alle boeteregelingen een hoorplicht geldt. Dit klopt dus niet helemaal. Wat ook niet klopt, is een opmerking in de sfeer van artikel 5:10a van de Awb: Albers pleit voor de totstandkoming van een wettelijk voorschrift, inhoudende dat het zwijgrecht en de cautie gelden voor andere bestraffende sancties dan de bestuurlijke boetes, maar die bepaling geldt al voor alle bestraffende sancties.

Wat mij betreft zijn bestuurlijke boetes het is al eerder gezegd geen systeemvreemde besluiten, ze passen uitstekend in ons bestuursprocesrecht van dit moment. Ik zie in de jurisprudentie van de bestuursrechter dat deze al langere tijd bezig is strafrechtelijke begrippen te gebruiken en toe te passen: AVAS, medeplegen, voortgezette handeling, functioneel overtrederschap, aansprakelijkheid van rechtspersonen,

feitelijk leiding geven, en ga zo maar door. We zien hooguit dat men aan het zoeken is naar de juiste toepassing van de jurisprudentie en het geleidelijk aan omturnen van de bestuursrechtelijke benadering naar een benadering die meer overeenstemming zoekt met hoe het in het strafrecht gebeurt. Met name het College van Beroep voor het bedrijfsleven is op dit moment heel actief bezig met het werken aan dat overtrederschap, en de belastingrechter moet straks ook aan de bak.

Over boeteverlaging, mijn voorlaatste thema, is heel veel geschreven en daar heb ik werkelijk niets aan toe te voegen. Al annoterende heb ik vaak gedacht dat ik eens zou moeten uitzoeken hoe het allemaal zit met de boeteverlagende omstandigheden, maar dat hoeft niet meer, want ik kan het zeker niet beter dan Van Emmerik en Saris gedaan hebben. Het is een geweldige handreiking voor de praktijk!

Ik heb er wel twee opmerkingen over. Ten eerste blijf ik bij al die omstandigheden liever dichter bij de wet. In artikel 5:46 Awb geeft de wet aan dat er drie groepen omstandigheden zijn waarbij boeteverlaging plaatsvindt: de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden waaronder de overtreding heeft plaatsgevonden. Er is daarnaast nog een vierde groep omstandigheden, die voortvloeit uit artikel 6 EVRM-jurisprudentie, en die erop neerkomt dat de hoogte van de boete moet worden afgestemd op de omstandigheden waarin de overtreder verkeert. Alle jurisprudentie die door Saris en Van Emmerik is geanalyseerd, moet eigenlijk onder die vier groepen worden gebracht. ‘De duur van de overtreding bepaalt de ernst,’ ‘opzettelijk of niet, bepaalt de ernst’, om maar wat voorbeelden te noemen. AVAS hoef ik niet toe te lichten, dat lijkt me helder. ‘Financiële omstandigheden’ is een subcategorie van ‘de omstandigheden waarin de overtreder verkeert.’ Dit is de eerste opmerking die ik zou willen maken: een verfijning van de studie die deze preadviseurs hebben verricht.

De tweede opmerking over boeteverlaging is deze: er moet een onderscheid gemaakt worden naar het moment waarop de relevante omstandigheden bij het oordeel kunnen worden betrokken. Eenvoudig gesteld is er een tweedeling. De eerste drie groepen omstandigheden die in de wet staan, spelen een rol op het moment dat het primaire besluit wordt genomen en zien op de overtreding. Wat is er gebeurd rondom de overtreding? Welke mate van verwijtbaarheid geldt voor de overtreder? Hoe ernstig was de gedraging op dat moment? De persoonlijke omstandigheden spelen echter een rol op elk moment later dan dat er een besluit wordt genomen over de boeteplegging. Het betreft daar dus een *ex nunc*-toetsing. Er is een recent arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad waarin dit heel duidelijk wordt verwoord. Ik denk dat het een standaardarrest is en zou moeten zijn op dit gebied.

Dit zijn mijn opmerkingen over de verfijning en de boeteverlaging. Een enkel woord over de stellingen, en dan houd ik op. Omdat helder is wat ik vind van de stellingen van Albers, wil ik focussen op de aanbevelingen van Van Emmerik en Saris. We moeten in de wet niet *nóg* meer omstandigheden gaan neerleggen waarmee rekening moet worden gehouden. Ik mis hier overigens één heel belangrijke die wél in de wet kan worden opgenomen: in hoofdstuk 5 moet worden bepaald dat het boetemaximum wordt afgestemd op artikel 23 Sr, dat zijn de boetecategorieën in het strafrecht. De boetecategorieën in het strafrecht moeten dan wel de 1%- en de 10%-maxima hebben gerelateerd aan de omzet. Daarmee

krijg je eenheid en dwang voor de wetgever om de boetemaxima op dezelfde manier te regelen. Daarbinnen kun je dan vervolgens regelen dat recidive een boeteverhogende omstandigheid kan zijn. Geachte preadviseurs, bent u het hiermee eens?

Van Emmerik: Op het gebied van de rechtsvergelijking zijn we het volmondig met Jansen eens. De elementen van de categorisering (Jansen noemt artikel 5:46 Awb) zijn belangrijk; we hebben aangegeven dat de categorieën soms in elkaar overlopen, dus in die zin zijn we het met hem eens. De Grondwet komt er bekaaid vanaf, maar Sillen heeft er onlangs een mooi stuk over in *Themis* geschreven. Het bestuursstrafrecht wordt steeds belangrijker, dus dat zou ervoor pleiten om een adequate regeling in de Grondwet op te nemen. Eigenlijk zijn we het op alle punten eens.

Saris: Over de *ex nunc*-toetsing hebben we in ons preadvies het nodige gezegd. Ik wijs in dit verband op onze aanbeveling, inhoudende dat er een conclusie gevraagd zou kunnen worden aan de advocaat-generaal staatsraad/raadsheer bestuursrecht met verwijzing naar de Grote Kamer. Er zijn vast en zeker nog andere punten die daar aan bod zouden kunnen komen, maar dat lijkt me, mede in relatie tot het arrest waar Jansen net op doelde, zeker een punt voor bespreking.

Voorzitter: Ik geef Karianne Albers nog even gelegenheid te reageren.

Albers: Ik heb één punt over wat ik strafrecht in ruime zin noem. Jansen zegt dat je moet kijken naar artikel 6 EVRM en het Handvest: als je daar geen *criminal charge* vaststelt, houdt het op. Ik heb altijd gezegd dat bestraffende sancties onder het strafrecht in ruime zin vallen. Dat zeg ik niet alleen, dat zeggen mensen als Corstens en Knigge ook, net als veel Duitse auteurs, als we het over rechtsvergelijking hebben – er zit in mijn preadvies wel degelijk een stukje rechtsvergelijking! Naar mijn mening moeten, als een sanctie bestraffend is, de elementaire strafrechtelijke waarborgen gelden, ongeacht waar die sanctie wettelijk geregeld is. Dat is eigenlijk ook wat het Europese Hof zegt. Ik heb nooit gezegd dat je het Wetboek van Strafvordering volledig moet toepassen, maar alleen dat je de elementaire waarborgen moet toepassen en dat lijkt me niet meer dan reëel.

Over het procesrecht zal ik niet heel uitgebreid zijn. Het vertrekpunt in het bestuursrecht is anders dan in het strafrecht, omdat het besluit daar centraal staat. Het allerbelangrijkste is dat we nog altijd met een partijenproces zitten, waarin de appellerende partij de omvang van het geschil afbakt, ook al heeft hij dat (als hij een burger is) wellicht niet eens door. Daar liggen toch beperkingen, omdat de rechter tot nu toe zich ook in het bestraffende bestuursrecht weinig actief toont, terwijl daar wel ruimte voor is. Daar moet iets aan veranderen.

Mr. R.J. Koopman

Om te beginnen mijn complimenten voor de preadviezen. Als penningmeester van de VAR vind ik het vooral heel goed dat ze korter zijn dan die van vorig jaar, want de drukker laat zich per bladzijde betalen.

Er moet mij van het hart dat enigszins ondergesneeuwd dreigt te raken dat bestuursprocesrecht dienend is, en geen doel op zich. We zijn niet bezig met een bepaald wetsartikel vanwege dat artikel, maar we zijn bezig met die artikelen omdat we een goed, eerlijk proces tot stand willen brengen waarin de rechten van de verdediging tot uitdrukking komen en waarin hoor en wederhoor wordt toegepast. Daarom denk ik dat discussies over ambtshalve aanvullen, de grondenfuik en dergelijke in de sfeer van het zorgen voor een eerlijk proces geplaatst moeten worden. Als een rechter op de zitting aan een partij vraagt: ‘Uit de recente stukken krijg ik de indruk dat u failliet bent, hoe zit dat?’ dan is hij niet bezig ambtshalve het geding uit te breiden, nee, hij vraagt partijen de gronden aan te vullen. Naar mijn idee moeten partijen daar de gelegenheid toe krijgen. Het verbod op het ambtshalve aanvullen moet er alleen toe leiden dat een partij niet overvallen wordt door een beslissing die hij niet heeft zien aankomen. Natuurlijk mag een rechter niet zomaar, ambtshalve, allerlei dingen uit een hoge hoed toveren. De rechter moet, en dat is een kwestie van fatsoen, partijen confronteren met zijn gedachten en bevindingen. Als partijen daar niet aan willen, als een burger het niet over de hoogte van de boete wil hebben, dan is het ook goed, maar dan is het aan de orde gesteld en verder klaar. Ik denk dan ook dat je als rechter de omvang van het geding overschrijdt als je, nadat een burger heeft gezegd dat hij het er niet over wil hebben, het er tóch over gaat hebben, met als gevolg dat het bestuursorgaan denkt: wat krijgen we nou, we hadden het er niet over!. Laten we het proces toch gewoon in dat soort normale, menselijke termen proberen te plaatsen.

Nu naar de techniek. Ik beperk me tot één vraag voor Haas. Ik wil hem vragen wat hij verstaat onder bewijsuitsluiting. Ziet hij bewijsuitsluiting in de ruime zin des woords, die gevat kan worden onder de *poisonous tree*-leer, of wil hij onrechtmatig verkregen bewijs alleen uitsluiten als bewijs en wil hij de resultaten van doorrechercheren wél toelaten? Stel dat een belastinginspecteur een pistool zet tegen het hoofd van een belastingplichtige en zegt dat deze hem de *passwords* en gebruikersnamen van al zijn buitenlandse bankrekeningen moet geven. De belastingplichtige doet dat, de belastinginspecteur logt in en ziet dat deze belastingplichtige op buitenlandse rekeningen betalingen heeft ontvangen van klanten. De inspecteur gaat naar een klant toe en de klant bevestigt dat en overlegt bewijsstukken. Kan de inspecteur dat bewijs dan gebruiken en alleen de informatie die hij van de belastingplichtige heeft gekregen buiten beschouwing laten of geldt hier de *poisonous tree*-leer onverkort, zowel in de procedure tegen de belastingplichtige als in die tegen de afnemer? Ik kan me namelijk goed voorstellen dat de authenticiteit van de gegevens die bij de afnemer zijn verkregen, helemaal niet ter discussie staat. De benadering is dan: natuurlijk moet de inspecteur ontslagen worden, zijn pensioen moet worden afgepakt, maar de waarheidsvinding staat voorop, want deze ondernemer heeft dit gedaan en er is geen enkele reden om aan de juistheid van de informatie te twijfelen. Ik ben, kortom, benieuwd hoe Haas dit ziet.

Haas: Ik kan er kort over zijn: ik denk dat de leer van de *poisonous tree* in zoverre geldt dat het bewijs dat alleen maar verkregen is op basis van onrechtmatig handelen van de inspecteur niet gebruikt kan worden jegens de desbetreffende belastingplichtige ondernemer. Over de afnemer, die op basis hiervan ook in het vangnet van de fiscus is gekomen, zou ik anders willen oordelen, want de

rechtsbescherming strekt zich niet zover uit. Dit is een soort *Schutznorm*-gedachte: er is onrechtmatig gehandeld jegens X, daar blijft het ook bij, en al die anderen mag je wel gewoon belasten en beboeten, in het gevang gooien, en wat je daar nog meer voor kunt verzinnen.

Voorzitter: Dames en heren, we zijn aan het einde gekomen van deze jaarvergadering. Er is helaas geen tijd meer om te reageren. Mevrouw Embregts, die hier vooraan zit, is het daar niet mee eens.

Haas: Ik leg het nog wel een keer neer in een arrest of uitspraak!

Voorzitter: Ik wil iedereen bedanken voor zijn of haar inbreng. Ik hoop dat u er ook van genoten heeft. Graag tot een volgende keer!

Bestuur en ereleden

Bestuur

Prof. mr. B.J. Schueler (voorzitter)
Mr. M.L.M. van der Loop (secretaris)
Mw. mr. M.L. Batting (adjunct-secretaris)
Mr. dr. R.J. Koopman (penningmeester)
Prof. mr. T. Barkhuysen
Mw. mr. N.H. van den Biggelaar
Mr. H. Bolt
Mr. dr. K.J. de Graaf
Mw. mr. dr. J.E. Hoitink
Mw. mr. dr. M.J. Jacobs
Mr. dr. H.G. Lubberdink
Mr. R.C. Stam
Mw. mr. dr. J.H. Verweij
Mr. W. Wensink
Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Ereleden

Mr. J.M. Polak (†)
Mw. mr. A. Rothuizen-Geerts
Mr. M. Scheltema

