Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?

VAR-reeks
152

# Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?

Preadviezen uitgebracht door

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

Voor de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
op 23 mei 2014

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2014

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 152

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2014 VAR Vereniging voor Bestuursrecht | Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, 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 verveelvoudigingen 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 978-90-8974-900-0
ISBN 978-94-6274-085-3 (e-book)
NUR 823

www.bju.nl

# Inhoud

**Bestraffend bestuur 2014** 7
Mr. dr. C.L.G.F.H. Albers

**Evenredige bestuurlijke boetes** 109
Mr. dr. M.L. van Emmerik & mr. C.M. Saris

**Fiscale boeten** 205
Mr. drs. F.J.P.M. Haas

**Bestuur en ereleden** 263

**Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR** 265

# Bestraffend bestuur 2014

*Naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht?*

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


| | | |
|---|---|---|
| **1** | **Inleiding** | **9** |
| 1.1 | Een eerste verkenning | 9 |
| 1.2 | Afbakening | 10 |
| 1.3 | De Grondwet en bestraffend bestuur: preliminaire opmerking | 11 |
| **2** | **De opkomst van het bestraffend bestuur** | **13** |
| 2.1 | Het 'handhavingstekort' aan het eind van de twintigste eeuw | 13 |
| 2.2 | Welke overtredingen lenen zich voor overheveling naar het 'bestraffend bestuursrecht'? | 15 |
| 2.3 | Geen 'nieuwe' vraag | 16 |
| 2.4 | De plaats van bestraffende bestuursrechtelijke sancties binnen het Nederlandse rechtsstelsel | 18 |
| 2.5 | De strafbeschikking als strafrechtelijke variant voor buitengerechtelijke bestraffing | 20 |
| **3** | **Bestraffende bestuurlijke sancties** | **22** |
| 3.1 | Bestuurlijke sancties | 22 |
| 3.2 | Bestraffende bestuurlijke sancties | 23 |
| 3.2.1 | Leedtoevoeging | 23 |
| 3.2.2 | Een (materieel) criterium om vast te stellen of er sprake is van bestraffing | 27 |
| 3.3 | Waarom is het van belang om te weten of een sanctie een bestraffend of herstellend karakter heeft? | 28 |
| 3.3.1 | De bestraffende sanctie als 'criminal charge'; strafrechtelijke waarborgen uit het EVRM (en voor zover het de toepassing van recht van EU-origine betreft het EU-Handvest van de Grondrechten) zijn van toepassing | 28 |
| 3.3.2 | Intensieve evenredigheidstoets | 33 |
| 3.3.3 | Cumulatie van sancties | 35 |
| 3.3.4 | Extra rechtsbescherming bij een *bestraffende sanctie* | 36 |
| **4** | **Welke bestuurlijke sancties zijn bestraffend?** | **38** |
| 4.1 | De intrekking van een begunstigende beschikking | 38 |
| 4.1.1 | Intrekking en terugvordering van subsidie | 40 |
| 4.1.2 | De tijdelijke intrekking van een (duur)vergunning | 42 |


* Mr. dr. C.L.G.F.H. (Karianne) Albers is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Open Universiteit.

4.1.3 Een schimmige sanctie of een kameleon? 44
4.1.4 Intrekking of sluiting als maatregel ter handhaving van de openbare orde 45
4.1.5 Intrekking (gedurende een bepaalde tijd) van een exploitatievergunning is niet bestraffend maar vormt een herstel van de rechtstoestand zoals die was voor verlening van de vergunning 49
4.1.6 Intrekking van de APK-keuringserkenning 50
4.2 De maatregel in het socialezekerheidsrecht; wispelturige handhaving 54
4.3 Naming and shaming 56
4.4 Het EHRM en andere bestuurlijke sancties 60
4.5 De EU en andere bestuurlijke sancties: de zaak Bonda, verdoezeling van het ware karakter van de sanctie in het EU-recht? 61
4.6 Conclusie 64

**5 Bestraffing en rechtsbescherming tegen bestraffing in het bestuursrecht anno 2014 66**
5.1 Bestuursstrafrecht en het bestuursprocesrecht 66
5.1.1 Uitgangspunten van het Nederlandse strafproces 67
5.1.2 Het bestuursproces op hoofdlijnen 70
5.1.3 De omvang van het (bestuursrechtelijk) geding 72
5.1.4 Bewijs in het bestuursrecht 78
5.1.4.1 Bewijs(lastverdeling) in het Nederlandse strafprocesrecht 79
5.1.4.2 Bewijs(lastverdeling) bij bestuurlijke boetes 80
5.1.4.3 Bestuurlijke lus: bewijsopdracht in tussenuitspraak 87
5.1.4.4 Strafrechtelijk en bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs 91
5.2 Enkele afsluitende opmerkingen over de rechtsbescherming bij bestraffende sancties 95

**6 Rechtsbescherming bij bestraffende sancties anno 2014 96**
6.1 Geen rechtvaardiging voor uniforme toepassing van het bestuursprocesrecht 96
6.2 De Awb; kneedbaar procesrecht? 98
6.3 Kapers op de kust: de Wet OM-afdoening 100
6.4 Slotconclusie: meer duidelijkheid in het bestraffend bestuursrecht is nodig 104

**Stellingen 107**

# 1 Inleiding

## 1.1 Een eerste verkenning

In het najaar van 1995 nam ik als einddoctoraalstudent Nederlands recht de trein van Maastricht naar Den Haag. Ik had in Den Haag een afspraak bij het ministerie van Justitie met een wetgevingsambtenaar[1] in verband met een mogelijke stage bij de Directie Wetgeving van het ministerie. Tijdens het gesprek werd mij de vraag gesteld of ik wist wat een bestuurlijke boete was. Ik moest toegeven dat ik niet precies wist wat dat was. Vanaf dat moment is de bestuurlijke boete niet meer uit mijn wereld weg te denken. In de kleine twintig jaar dat ik me bezighoud met de bestuurlijke boete is er veel veranderd. In 1995 heb ik in opdracht van Justitie – mede naar aanleiding van de eerste positieve ervaringen met de afdoening van lichte verkeersovertredingen met bestuurlijke boetes[2] – verkennend onderzoek gedaan naar de mogelijkheid tot het toepassen van de bestuurlijke boete op grote(re) schaal. De rechtsbescherming van de vermoedelijke overtreder vormde in dat kader de rode draad. Dit omdat die rechtsbescherming van een andere orde was dan de rechtsbescherming bij de 'traditionele beschikkingen' van bestuursorganen, zo werd mij destijds uitgelegd. De bestuurlijke boete moet namelijk worden aangemerkt als een 'criminal charge' (strafvervolging) in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).[3] Tegen die achtergrond moesten de bij de oplegging van een bestuurlijke boete in acht te nemen verdragsrechtelijke (strafprocesrechtelijk getinte) waarborgen in kaart gebracht worden. Indien mogelijk mocht ik bovendien een voorzet doen voor een algemene boeteregeling in de Awb waarin aan deze waarborgen tegemoet gekomen werd.[4]

Zo'n twintig jaar later, anno 2014, is de bestuurlijke boete op grote schaal ingevoerd. Een zoekopdracht in de wet- en regelgevingdatabank van overheid.nl leert dat intussen meer dan honderd bestuursrechtelijke wetten een boeteregeling kennen. En er komen nog steeds nieuwe regelingen bij.[5] In de Awb is intussen voorzien in een algemene regeling voor de oplegging van bestuurlijke boetes waarmee ook

---

1 Een zekere Nico Verheij.

2 De Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV), *Stb.* 1989, 300.

3 Vgl. EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/937, m.nt. E.A. Alkema (*Öztürk*), in het bijzonder par. 56.

4 Van het een kwam het ander. Het stageverslag werd een scriptie en de scriptie mondde in 2002 uit in een proefschrift (C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002).

5 Zie bijv. een recent voorstel tot het opnemen van een bestuurlijke boetebevoegdheid in de Woningwet. Wijziging van de Woningwet in verband met het versterken van het handhavingsinstrumentarium, *Kamerstukken II* 2013/14, 33798, nr. 1 t/m 4.

is geprobeerd invulling te geven aan de straf(proces)rechtelijke waarborgen uit het EVRM.[6]

Nu de bestuurlijke boete op grote schaal haar intrede heeft gedaan en we binnen het bestuursrecht intussen vertrouwd zijn geraakt met deze bestraffende sanctie wordt het tijd om de balans op te maken. Hoe is het met de rechtsbescherming[7] van de vermoedelijke overtreder[8] gesteld? Biedt de boeteprocedure uit de Awb en de rechtsbeschermingsprocedure bij de bestuursrechter de (vermoedelijke) overtreder die mate van rechtsbescherming die bij de oplegging van een bestraffende sanctie mag worden verwacht? En hoe zit dit bij andere bestraffende bestuursrechtelijke sancties? Om kort te gaan: Is het bestraffend bestuurs(proces)recht, voor wat betreft de aan de (vermoedelijke) overtreder geboden rechtsbescherming, intussen volwassen of is het nog voor verbetering vatbaar? Deze vraag staat centraal in dit preadvies.

## 1.2 Afbakening

De vraag naar de mate van rechtsbescherming die geboden moet worden bij de oplegging van een bestraffende sanctie is een vraag die ruim is. Nadere afbakening is dan ook noodzakelijk. Met het oog daarop verdient opmerking dat over bestraffende bestuursrechtelijke sancties en de rechtsbescherming die bij die sancties geboden zou moeten worden recent, maar ook in een verder verleden, onder meer in VAR-preadviezen, al veel is geschreven.[9] In dit preadvies moeten, gelet op de

---

6 Zie titel 5.4 Awb.

7 Zie voor een analyse en definitie van het begrip rechtsbescherming in bestuursstrafrechtelijke context Albers 2002, p. 5 e.v. (met verdere verwijzingen). Deze definitie is in essentie overgenomen door Stijnen (R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursstrafrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en het bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 37).

8 Ik zal mij richten op de rechtsbescherming van de (vermoedelijke) overtreder. Aan hem wordt de sanctie opgelegd. Het bestuurlijke boeterecht is mijns inziens niet (primair) gericht op de (rechtstreekse) rechtsbescherming van derden-belanghebbenden. Anders dan bij herstelsancties kan niet gezegd worden dat hun belangen (rechtstreeks) beschermd worden door oplegging van de bestuurlijke boete aan een overtreder. De boete is alleen gericht op bestraffing van de overtreder en wordt opgelegd vanuit het algemeen (handhavings)belang. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3 (MvT Vierde tranche Awb), p. 128-129, waarin ook wordt aangeven dat een derde niet snel zal worden aangemerkt als belanghebbende bij een boetebesluit, hoewel in de MvT ook wordt gesteld dat dit bijvoorbeeld voor directe concurrenten in mededingingszaken soms wellicht anders ligt. Voor zover in het bestuursrecht een derde als belanghebbende wordt aangemerkt bij een boetebesluit zou zijn procespositie mijns inziens even beperkt moeten zijn als de positie van het slachtoffer in het strafproces. Zie daarover bijv. G.J.M. Corstens bewerkt door M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, 7e druk, Kluwer: Deventer 2011, p. 55-75. Dat is thans echter niet het geval aangezien de derde als 'gewone' procespartij kan deelnemen aan de procedure tegen een boetebesluit. In het strafrecht neemt het slachtoffer geen aan het OM en de verdachte gelijkwaardige rol aan wat betreft zijn deelname aan en inbreng tijdens de procedure. Verder heeft het slachtoffer geen zelfstandige procesbevoegdheid. Hoger beroep staat alleen open voor de verdachte (tenzij hij in eerste aanleg is vrijgesproken) en voor het OM (zie art. 404 Sv). Het is dan ook uitgesloten dat het slachtoffer in hoger beroep gaat omdat hij bijvoorbeeld meent dat een te lichte sanctie is opgelegd. In het bestuursrecht kan dit (naar geldend recht) wel.

9 Ik volsta hier met een verwijzing naar mijn dissertatie (Albers 2002) en de 832 pagina's tellende dissertatie van Stijnen uit 2011. Beide met verdere verwijzingen. Hierna zullen nog vele andere publicaties worden aangehaald.

beperkte omvang, keuzes worden gemaakt. Daarom is ervoor gekozen die aspecten te belichten die in andere geschriften tot nu toe minder nadrukkelijk aan de orde zijn gekomen. Het preadvies valt daarbij uiteen in twee gedeelten. Om te beginnen wordt uitvoerig stilgestaan bij de vraag in hoeverre andere sancties dan de bestuurlijke boete als bestraffende sanctie kunnen worden aangemerkt. Deze vraag is van belang omdat bij bestraffende sancties hogere eisen moeten worden gesteld aan de rechtsbescherming van de (vermoedelijke) overtreder. Voordat ten aanzien van een aantal specifieke sancties kan worden nagegaan of zij als bestraffende sanctie moeten worden aangemerkt zal eerst moeten worden vastgesteld wanneer een sanctie als bestraffende sanctie moet worden aangemerkt. Ook op die vraag wordt in dit preadvies ingegaan.

In het tweede deel van dit preadvies richt ik mij op de rechtsbescherming die wordt geboden in het kader van de oplegging van bestraffende sancties. De bestuurlijke boete staat daarbij centraal. De nadruk zal liggen op de procedure bij de bestuursrechter en op het bestuursprocesrecht. Zo wordt onder meer ingegaan op artikel 8:69 Awb en de taakopvatting die de bestuursrechters koppelen aan deze bepaling. Verder zal aandacht uitgaan naar het bewijs in bestraffende sanctieprocedures. De procedure bij de bestuursrechter zal daarbij worden afgezet tegen de procedure bij de strafrechter. Tenzij anders vermeld wordt de fiscale boeteprocedure buiten beschouwing gelaten. Daarvoor verwijs ik naar het preadvies van Haas. Het preadvies van Haas leert ons dat het fiscale boete(proces)recht op een aantal belangrijke punten afwijkt van het 'algemene boete(proces)recht'.

Voordat de hiervoor genoemde onderwerpen aan bod komen, zal nog aandacht uitgaan naar de opkomst van het bestuursstrafrecht en de vraag welke overtredingen zich lenen voor afdoening met een bestraffende bestuursrechtelijke sanctie.

## 1.3 De Grondwet en bestraffend bestuur: preliminaire opmerking

In deze inleiding wil ik ten slotte nog de aandacht vestigen op een belangrijk constitutioneel aspect. Met de bestuurlijke boete heeft het bestuur een instrument in handen waarmee het buiten de rechter om een straf kan opleggen. Dit doet de vraag rijzen of bestraffing door het bestuur niet op gespannen voet staat met artikel 113 Grondwet (Gw). Dit artikel bepaalt dat de berechting van strafbare feiten aan de rechterlijke macht is opgedragen (artikel 113, eerste lid, Gw). Zowel de Grondwetgever als de Awb-wetgever betogen dat bestraffende sancties in eerste instantie door bestuursorganen mogen worden opgelegd (zolang het niet de oplegging van vrijheidsstraffen betreft).[10] Er is dus zo bezien geen grondwettelijk beletsel voor de toekenning van bestraffende sanctiebevoegdheden aan het bestuur.

Ik zal in dit preadvies niet lang stil staan bij de grondwettigheid van bestraffend bestuur maar wil vooraf wel een kritische kanttekening plaatsen bij de redenering van de Grondwetgever. De Grondwetgever kiest namelijk voor een formele benadering die artikel 113 Gw van zijn kracht berooft. Wat resteert, is een lege huls.

---

10 Zie *Kamerstukken II* 1979/80, 16162, nr. 3, p. 11 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3 (MvT Vierde tranche Awb), p. 118.

De Grondwetgever stelt dat artikel 113 Gw enkel ziet op het begrip 'strafbaar feit' en de 'strafsanctie' in de traditionele betekenis. Het Grondwetsartikel is volgens de Grondwetgever dan ook niet van toepassing op sancties die door een bestuursorgaan worden opgelegd. Ook niet als het bestuurlijke boetes betreft.[11] Daarmee is de mogelijkheid tot bestraffing buiten het strafrecht in ruime zin veiliggesteld.[12] Deze keuze van de Grondwetgever is op zijn minst discutabel en in ieder geval gemakkelijk. Beter had hij – evenals het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (zie paragraaf 3.3.1) – naar mijn mening het begrip 'strafbaar feit' en 'strafsanctie' op een materiële wijze kunnen invullen en anderszins kunnen voorzien in een mogelijkheid om de bestraffing in eerste instantie over te laten aan het bestuur.[13] In dat geval kunnen de benaming van de sanctie (*bestuurlijke* boete) en de sanctionerende instantie (een *bestuursorgaan*) het strafkarakter niet aan de bestuurlijke boete ontnemen en dienen elementaire straf(proces)rechtelijke waarborgen in acht genomen te worden.[14] Door het hanteren van een formeel criterium geeft de Grondwetgever zijn macht voor een groot deel uit handen. Hij creëert zodoende een mogelijkheid voor de wetgever (in formele zin) om (aan de hand van formele criteria) te bepalen of er al dan niet sprake is van een 'strafbaar feit', ongeacht de (werkelijke) aard van de sanctie waarmee de normschending gesanctioneerd wordt. Mijns inziens staat dit op gespannen voet met de aan artikel 113 Gw ten grondslag liggende rechtsstatelijke gedachte.[15]

Verdragsrechtelijk is er overigens evenmin een drempel opgeworpen tegen bestraffing door het bestuur zonder voorafgaande tussenkomst van de rechter, zolang nadien de weg open staat naar een rechter die voldoet aan de eisen uit artikel 6 EVRM.[16] Anders dan door de Grondwetgever wordt door het EHRM echter wel uitdrukkelijk het bestraffende karakter van deze bestuurlijke sancties erkend.

---

11 Zie *Kamerstukken II* 1979/80, 16162, nr. 3, p. 11.

12 Vgl. Schutgens, die waarschuwt voor de gevaren die een dergelijke formele benadering met zich brengt. R.J.B. Schutgens, *Vorm of inhoud. Over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit 2011, o.m. p. 16-17.

13 Nu blijft de wetgever immers tegen deze constitutionele drogreden aanlopen waar telkens weer een draai aan moet worden gegeven. Zie bijv. met betrekking tot de Wet OM-afdoening *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, nr. 3, p. 56 e.v. Vgl. C.L.G.F.H. Albers, 'De Wet OM-afdoening. Nagel aan de kist van de bestuurlijke boete?', *Gst.* 2008, 7298, nr. 70, p. 333-344, in het bijzonder p. 337-339.

14 Zie Schutgens 2011, p. 19 e.v. Zie voorts Böhtlingk die stelt: 'Straf is niet die sanctie die de rechter oplegt, doch is de sanctie, die de strekking van een straf heeft', F.R. Böhtlingk, *De verhouding van administratieve sancties en straffen, verslag van de algemene vergadering gehouden te Utrecht op 31 mei 1957, ter behandeling van de preadviezen van mr. A.D. Belinfante en mr. A.R. Mulder*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zoon N.V. 1958, p. 14.

15 Zie daarover uitvoerig (met verdere verwijzingen) Albers 2008, p. 336-337. Zie voor kritiek vanuit rechtsstatelijk oogpunt op het bestuursstrafrecht in ruimere zin: R.J.N. Schlössels, 'Bestuursstrafrecht en vermenging van recht. Verdwalen in fuzzy law of terug naar de rechtsstatelijke snelweg?', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, A.J. Machielse e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 491-510.

16 Vgl. EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/937, m.nt. E.A. Alkema (Öztürk), in het bijzonder par. 56.

# 2 De opkomst van het bestraffend bestuur

Het bestraffend bestuursrecht is eigenlijk geen nieuw verschijnsel.[17] Voor de invoering van de Code Pénal in 1811 werden er bij overtredingen van bestuurswetgeving al op grote schaal sancties opgelegd die men naar huidig recht zou kwalificeren als *bestuursrechtelijke sancties met een bestraffend karakter.*[18] Deze bestuursrechtelijke bestraffende sancties verdwenen echter grotendeels na invoering van de Code Pénal (zij werden toen ondergebracht in het strafrecht en daarmee getransformeerd tot strafrechtelijke sancties). Een uitzondering geldt in essentie voor het fiscale recht. Daar zijn door de eeuwen heen (in wisselende gedaanten) bestuursrechtelijke voorzieningen tot oplegging van bestraffende sancties blijven bestaan.[19] De laatste decennia is het bestraffend bestuursrecht weer sterk opgekomen.[20] Hoe kan deze 'opmars'[21] van de bestuurlijke bestraffende sanctie – en dan vooral de bestuurlijke boete – worden verklaard?

## 2.1 Het 'handhavingstekort' aan het eind van de twintigste eeuw

De opkomst van het 'bestraffende bestuur' op grote(re) schaal vanaf het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw[22] houdt verband met het op dat moment

---

17 Zie daarover uitvoerig J. van der Poel, *Rondom compositie en compromis. Fiscale studie in bestuurs- en strafrecht* (diss. Utrecht), Utrecht: Uitg. Mij. NV Kemink en Zn 1942 en verder bijv. J. van der Poel, 'Een nieuw kleed voor het fiscaal recht', *TvS* 1951, p. 181-210 en H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005, p. 17.

18 Zie bijv. Van der Poel 1942, o.m. p. 186 e.v. en Van der Poel 1951, p. 181 e.v. (het ging daarbij vooral om ('bestuurlijke') boetes, zie Van der Poel 1951, p. 186). Vgl. ook J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleed van de staat* (diss. Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 110.

19 Zie o.m. Van der Poel 1951, p. 181 e.v. Zie over het fiscale bestuursstrafrecht verder het preadvies van F.J. Haas.

20 Zie over de opkomst van het bestraffend bestuur aan het eind van de twintigste eeuw ook: Bröring 2005, p. 17 e.v.; F.M.J. den Houdijker, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?* (Jonge VAR-reeks 4), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 15 e.v. en P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 102 e.v.

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

22 De opmaat voor deze ontwikkeling vormde de zogenoemde 'Wet Mulder' (Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften, *Stb.* 1989, 300) die het mogelijk maakte om lichtere verkeersovertredingen door middel van een bestuurlijke boete af te doen.

gesignaleerde 'handhavingstekort'.[23] Daadwerkelijke handhaving van bestuursrechtelijke wet- en regelgeving (b)leek vaak moeilijk realiseerbaar te zijn.[24] Dat hield verband met het feit dat veel overtredingen van bestuursrechtelijke wet- en regelgeving destijds niet (voldoende) effectief met bestuursrechtelijke sancties konden worden gehandhaafd. Bij gebrek aan (effectieve) bestuursrechtelijke sanctiebevoegdheden bleef dan alleen de mogelijkheid van strafrechtelijke sanctionering over. In die gevallen waarin de overtreding van bestuursrechtelijke wet- of regelgeving alleen via het strafrecht kon worden gehandhaafd bleef sanctionering vaak achterwege. Redenen als overbelasting, andere prioriteitsstelling en gebrekkige kennis met betrekking tot de specifieke bestuursrechtelijke regeling bij het Openbaar Ministerie lagen daaraan ten grondslag. In het algemeen leefde dan ook de opvatting dat (op bestuursrechtelijk terrein) bestuursorganen moesten worden uitgerust met eigen en betere handhavingsbevoegdheden.[25] De eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving van regelgeving met de uitvoering waarvan het belast is, wordt zo benadrukt.[26] Om invulling te geven aan de eigen verantwoordelijkheid van bestuursorganen werd, eind vorige eeuw en begin deze eeuw, in tientallen bijzondere bestuursrechtelijke wetten, op de meest uiteenlopende terreinen van het bijzonder bestuursrecht, een bestuurlijke boetebevoegdheid opgenomen. Als sluitstuk van deze ontwikkeling op bestuursrechtelijk terrein geldt de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb (per 1 juli 2009) waarin een algemene procedure voor de oplegging van bestuurlijke boetes is opgenomen.[27]

---

23 Door de commissie-Michiels omschreven als het wél moeten handhaven maar niet kunnen of willen handhaven. Commissie-Michiels, *Handhaven op niveau*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 36 en 57.

24 Zie voor een uitvoerige uiteenzetting met betrekking tot het handhavingstekort o.m. de dissertatie van Hartmann en Van Russen Groen (A.R. Hartmann & P.M. van Russen Groen, *Contouren van het Bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1998, p. 50 e.v.) en voorts: commissie-Michiels 1998, in het bijzonder hoofdstuk 3: 'Het handhavingstekort', p. 35 e.v. en F.C.M.A. Michiels, 'De bestuurlijke boete als remedie tegen handhavingstekorten', *Justitiële verkenningen* 2005/6, p. 60-72. Dat het handhavingstekort zich echter niet alleen voordoet in deze tijd blijkt uit het proefschrift van Van der Poel (Van der Poel 1942, in het bijzonder p. 17): 'Het [d.w.z. de (bestuurlijke) compositie (= 'afkoop' ofwel transactie), toevoeging KA] verdween dan ook niet geheel, het bleef vooral voortleven in de administratieve- waterschaps- en fiscale- wetgeving, tot het ook op breeder terrein weer waardeering vond. En dat is onder meer weder het gevolg hiervan, dat het aantal sancties juist in het bijzonder in administratieve wetten zóó toenam, dat wetshandhaving volgens de lijnen van het strafprocesrecht, en met toepassing van het straffensysteem van het Wetboek van Strafrecht, practisch niet doenlijk bleek.'

25 Zie ook de in vergaderjaar 1990/91 uitgebrachte beleidsnota's: 'Recht in beweging', *Kamerstukken II* 1990/91, 21829, nr. 1-2 en 'Met vaste hand', *Kamerstukken II* 1990/91, 22045, nr. 1-2. Zie voorts: *Handhaving door bestuurlijke boeten*, Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW 94/1 - 12 januari 1994), p. 7 (hierna: commissie-Kortmann 1994) en bijv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 73-74 (MvT Vierde tranche Awb).

26 Zie o.m. commissie-Kortmann 1994, p. 7 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29707, nr. 3, p. 73-74.

27 *Stb.* 2009, 264 (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht).

## 2.2 Welke overtredingen lenen zich voor overheveling naar het 'bestraffend bestuursrecht'?

Toen eenmaal besloten was het bestuur uit te rusten met een bestraffende sanctiebevoegdheid, waarbij primair gedacht werd aan de bestuurlijke boete, moest ook de vraag beantwoord worden welke overtredingen in aanmerking konden komen voor bestuurlijke bestraffende handhaving. Welke – tot dan toe – via het strafrecht gehandhaafde overtredingen van bestuursrechtelijke wet- en regelgeving konden worden overgeheveld naar het 'bestuursstrafrecht'? De afgelopen decennia zijn op dat punt de bakens uitgezet in een aantal beleidsnota's en andere (hoofdzakelijk) van de regering dan wel de minister van Justitie afkomstige geschriften.[28] Het is hier niet de plaats om uitvoerig op al deze nota's en andere stukken in te gaan.[29] Wel kan een duidelijke lijn worden ontwaard in de diverse publicaties. Dat houdt waarschijnlijk verband met het feit dat in de verschillende stukken over het algemeen het hiervoor al enkele malen aangehaalde rapport van de commissie-Kortmann als vertrekpunt wordt gebruikt. Het komt erop neer dat voor beantwoording van de vraag of een overtreding en de sanctionering van die overtreding kunnen worden overgeheveld van het strafrecht naar het bestraffend bestuursrecht vooral van belang is of de overtreding al dan niet een 'normatieve lading' heeft. Moreel verwerpelijke delicten kunnen – naar algemeen wordt aangenomen – niet worden overgeheveld naar het bestuursrecht. Ten aanzien van overtredingen die een 'geringe normatieve lading hebben' en dus geen 'in de maatschappij levende fundamentele waarden' aantasten,[30] kan vervolgens aan de hand van een aantal factoren bepaald worden of zij zich lenen voor bestuursstrafrechtelijke afdoening. De belangrijkste factoren[31] die in wisselende samenstelling in de afzonderlijk publicaties terugkeren zijn (1) de overtredingen mogen geen letsel aan personen of individuele schade aan goederen veroorzaken,[32] (2) de gedragsnorm moet duidelijk geformuleerd zijn (zodat (bewijstechnisch) eenvoudig kan worden vastgesteld dat de overtreding begaan is), (3) de handhavende instantie moet beschikken over (voldoende en specifieke) deskundigheid die nodig is om de norm te kunnen handhaven (terwijl in de strafrechtsketen deze deskundigheid ontbreekt), (4) de handhaving moet kunnen plaatsvinden

---

28 Zie bijv. commissie-Kortmann 1994, p. 18 e.v.; Kabinetsstandpunt Handhaven op Niveau, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26800 VI, nr. 67; *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 117-119; *Kamerstukken II* 2005/06, 29849, nr. 30 (brief van de minister van Justitie in het kader van de Wet OM-afdoening) en *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69 (brief van de minister van Justitie met betrekking tot de nadere visie van het kabinet op de keuze tussen sanctiestelsels) ook uitgebracht als *Kamerstukken I* 2008/09, 31700 VI, nr. D.

29 Zie daarover Albers 2002, p. 71 e.v.

30 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 118.

31 Omwille van de beperkte ruimte wordt volstaan met het noemen van de belangrijkste factoren. Het is niet mogelijk alle factoren, indicatoren en criteria die in de verschillende publicaties worden opgesomd hier over te nemen. Zo wordt in *Kamerstukken II* 2005/06, 29849, nr. 30 (brief van de minister van Justitie in het kader van de Wet OM-afdoening) bijvoorbeeld een zestiental indicatoren opgesomd. Overigens zijn deze indicatoren in de meeste gevallen weer te herleiden tot een van de zes hierboven genoemde factoren.

32 Dit criterium vormt eigenlijk een nadere uitwerking van de 'hoofdvoorwaarde' dat alleen overtredingen met een geringe normatieve lading zich lenen voor bestuursstrafrechtelijke afdoening.

zonder de inzet van ingrijpende dwangmiddelen (in het bijzonder vrijheidsbeneming) en/of de straf bestaat niet uit oplegging van een vrijheidsstraf, (5) het gaat om massaal gepleegde overtredingen en (6) de uniformiteit van de handhaving komt niet in het gedrang (denk aan boeteoplegging door decentrale bestuursorganen in het kader van de uitvoering van medebewindstaken). Deze factoren dienen als handvatten voor de bijzondere wetgever. Het is echter de vraag of de bijzondere wetgever deze factoren ook (steeds daadwerkelijk) ten grondslag legt aan de keuze voor het ene dan wel het andere sanctiestelsel. In de praktijk lijkt de keuze voor strafrechtelijke dan wel bestuurs(straf)rechtelijke afdoening vaak op basis van vrij pragmatische overwegingen plaats te vinden. De regering lijkt intussen ook te onderschrijven dat uiteindelijk andere factoren dan de in de nota's en brieven genoemde, de doorslag kunnen geven bij de keuze voor bestuurs(straf)rechtelijke afdoening.[33] De effectiviteit van de handhaving en efficiencyoverwegingen lijken daarbij een belangrijke – zo niet doorslaggevende – rol te spelen.[34]

## 2.3 Geen 'nieuwe' vraag

Het is overigens niet zo dat de vraag welke overtredingen zich lenen voor bestuursrechtelijke (bestraffende) sanctionering, en dus overgeheveld kunnen worden van het strafrecht naar het bestuursrecht, eind jaren negentig van de vorige eeuw nieuw was.[35] Een aantal (bestuursrecht)juristen had zich eerder ook al over die vraag gebogen (onder meer in enkele VAR-preadviezen).[36] Bovendien was het een vraag die niet

---

33 Zie in dat licht ook de MvT bij de Vierde tranche Awb waarin de waarde van de daar genoemde factoren ook wordt afgezwakt. Daar wordt gesteld dat ook andere gezichtspunten een (doorslaggevende) rol kunnen spelen bij de keuze tussen bestuurs(straf)rechtelijke dan wel strafrechtelijke sanctionering (zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 118).

34 Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69 (brief van de minister van Justitie met betrekking tot de nadere visie van het kabinet op de keuze tussen sanctiestelsels), p. 2-3. Vgl. ook de kritische opmerkingen van de Raad van State ten aanzien van de keuze voor het opnemen van een bestuurlijke boetebevoegdheid in de Wet tot wijziging van de Woningwet in verband met het versterken van het handhavingsinstrumentarium. *Kamerstukken II* 2013/14, 33798, nr. 4, p. 8-9.

35 Ofschoon de stroom aan publicaties die toen loskwam wel tot die veronderstelling zou kunnen leiden. Zonder volledig te zijn kan gewezen worden op: L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una-via beginsel* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992; G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht* (Afscheidsrede Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1995; D. Schaffmeister, 'Handhaving van het bestuursrecht door boete of straf?', in: W.G.A. Hazewindus & O.J.D.M.L. Jansen (red.), *Van boeteatelier tot boetefabriek*, Deventer: Kluwer 1995, p. 58-80; F.C.M.A. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling', in: *Handhaving van het bestuursrecht* (VAR-Reeks 114), Alphen aan den Rijn; Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 7-119; J.T.K. Bos, 'De bestuurlijke boete, raakvlakken van bestuurs- en strafrecht', in: *Handhaving van het bestuursrecht* (VAR-Reeks 114), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1995, p. 119-167 en Hartmann & Van Russen Groen 1998.

36 Zie bijv. Van der Poel 1942; A.D. Belinfante, 'Strafrechtelijke en administratiefrechtelijk sancties', in: *De verhouding van administratieve sancties en straffen. Geschriften van de vereniging voor administratiefrecht no. XXXVI*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1957, p. 7-44; A. Mulder, '*De verhouding van administratieve sancties en straffen, Geschriften van de vereniging voor administratiefrecht no. XXXVI*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1957, p. 45-85; J.J. Oostenbrink, *Administratieve sancties* (diss. Utrecht), Delft: VUGA-boekerij 1967 en D. Schaffmeister, 'Politiële en justitiële

alleen in Nederland speelde. Ook bij onze oosterburen bijvoorbeeld speelde deze vraag.[37]

Hoewel de vraag of de sanctionering van een overtreding kan plaatsvinden in een bestuursrechtelijke context niet door iedereen op dezelfde wijze werd beantwoord[38] valt op dat, bij beantwoording van die vraag, ook hier de meerderheid van de auteurs een doorslaggevend gewicht toekent aan factoren die gerelateerd zijn aan de normatieve lading van de overtreding. In dat kader wordt bijvoorbeeld door Van der Poel onderscheiden tussen wets- en rechtsdelicten (ofwel 'eeuwige delicten').[39] De rechtsdelicten ('crimen') onderscheiden zich van de wetsdelicten ('contraventieën' (of breucken)) doordat er bij de rechtsdelicten '*in den beginne* het booze was en als reagens daarop de vergelding kwam, wortelend in het gemene rechtsbewustzijn.'[40] Bij wetsdelicten is er eerst een (bestuursrechtelijke) regel 'met als noodzakelijk sequeel een sanctie daarop, omdat de overheid dit wil en zoo groot als zij dit wil.'[41] Wetsdelicten kunnen volgens Van der Poel bestuursrechtelijk worden gehandhaafd, rechtsdelicten niet.[42] Rechtsdelicten moeten strafrechtelijk worden afgedaan mede omdat van strafvervolging een stigmatiserend effect uitgaat (dat bij bestuurlijke bestraffing ontbreekt).[43]

Bij bestudering van de literatuur die is verschenen nadat Van der Poel zijn dissertatie uitbracht, valt op dat veel auteurs teruggrijpen op een, met het door Van der Poel gemaakte verschil tussen rechts- en wetsdelicten, vergelijkbaar onderscheid. De 'normatieve lading' van de overtreding lijkt dan ook een belangrijke rol te spelen bij beantwoording van de vraag of een overtreding 'bestuursstrafrechtelijk' kan worden afgedaan. Daarbij wordt wel door een aantal auteurs een kanttekening geplaatst, namelijk dat het onderscheidend vermogen van dit criterium beperkt is. Er valt immers geen zwart-wit onderscheid te maken tussen rechtsdelicten en wetsdelicten. Alleen de normschendingen die als 'uitersten' aangemerkt kunnen worden, kunnen eenvoudig worden gekwalificeerd.[44] Bovendien betreft het geen statische begrippen. In de loop der tijd kan een wetsdelict transformeren tot een rechtsdelict en omgekeerd. Duidelijk is in ieder geval dat ook in de literatuur in het algemeen het standpunt wordt ingenomen dat moreel verwerpelijke delicten niet overgeheveld kunnen worden naar het bestraffend bestuursrecht. Zij zullen – mede

---

delikten', in: *Handelingen 1984 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1, eerste stuk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984.

37 Zie bijv. J. Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Berlin: 1902; M.E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrechtliche Abhandlungen*, heft 50, Breslau 1903 en H.G. Michels, *Strafbare Handlung und Zuwiderhandlung. Versuch einer materiellen Unterscheidung zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht, Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, herausgegeben von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln*, Heft 24, Berlin: Walter de Gruyter & Co. 1963.

38 Zie daarover meer uitgebreid Albers 2002, p. 56 en p. 63-69.

39 Van der Poel 1942, p. 38, 51, 85, 89, 104, 186, 194-195 en 429.

40 Van der Poel 1942, p. 85. Vandaar ook door hem gebruikte benaming 'eeuwige delicten'.

41 Van der Poel 1942, p. 85.

42 Van der Poel 1942, p. 215-216. Vgl. Van der Poel 1951, p. 208.

43 Van der Poel 1942, p. 257, Oostenbrink 1967, p. 27-28 evenals p. 99-100, Michels 1963, p. 58 en Corstens 1995, p. 20 en p. 31-33.

44 Vgl. Rogier 1992, p. 27-29.

vanwege het stigmatiserend effect dat van het strafproces uitgaat – strafrechtelijke moeten worden afgedaan.

## 2.4 De plaats van bestraffende bestuursrechtelijke sancties binnen het Nederlandse rechtsstelsel

Het is van belang om op deze plaats stil te staan bij de vraag hoe het bestraffend bestuursrecht (of zo men wil: bestuursstrafrecht[45]) gepositioneerd moet worden ten opzichte van het overige bestuursrecht en het strafrecht.[46] Het bestraffend bestuursrecht heeft raakvlakken met beide rechtsgebieden. Er wordt een bestraffende sanctie opgelegd (strafrecht) door een bestuursorgaan (door middel van het nemen van een sanctiebesluit (bestuursrecht)). Er worden dus sancties met een bestraffend karakter opgelegd buiten het – formeel gezien – strafrechtelijk kader.[47]

In mijn proefschrift heb ik het standpunt ingenomen dat bestraffende bestuursrechtelijke sancties moeten worden gerekend tot 'het strafrecht in ruime zin'.[48] In de literatuur is door meerdere auteurs betoogd dat bestraffende sancties (ongeacht of het bestuursrechtelijke bestraffende sancties dan wel strafrechtelijke sancties zijn), gelet op het aan deze sancties ten grondslag liggende doel, deel uitmaken van het 'strafrecht in ruimere zin'.[49] Zo stelt de Duitse auteur Michels het volgende:

> 'Vielmehr deutet schon die Gegenüberstellung von Begriffen wie Kriminalstrafrecht einerseits und Ordnung- oder Verwaltungsstrafrecht andererseits durch die Formulierung an, daß die beiden Glieder des Gegensatzes Teile eines größeren Ganzen, des Strafrechts im weitesten Sinne sind.'[50]

Michels onderbouwt deze stelling als volgt:

> 'Die im konstituierenden Grundwert von Justiz und Verwaltung begründete verschiedene materiale Ausgestaltung der einzelnen Handlungselemente beider Bereiche steht der einheitlichen Unterordnung unter das "Strafrecht" nicht entgegen. Strafrecht als Kategorie in diesem weiteren Sinne umfaßt vielmehr unabhängig vom materiellen

---

45 Vgl. Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 74 en p. 105 e.v. De term bestuursstrafrecht werd ook al gebruikt door Van der Poel (zie: Van der Poel 1942, o.m. p. 194, 201 en 264 en verder: Van der Poel 1951, p. 190). Zie voorts Michiels 1995, p. 62: 'Inmiddels is de term bestuursstrafrecht voor hetgeen ermee wordt aangeduid niet erg logisch. Bij bedoelde sancties gaat het immers om bestuursrecht: om punitief bestuursrecht. De term "punitief bestuursrecht" verdient dan ook de voorkeur.' Zie in dezelfde zin: O.J.D.M.L. Jansen, *De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht, Handelingen NJV 2002-I*, Deventer: Kluwer 2002, p. 167-255, in het bijzonder p. 183-184.

46 De vraag naar de positionering van sancties met een dergelijk gemengd karakter speelde echter volgens Van der Poel ook al in de voorgaande eeuwen (zie Van der Poel 1951, p. 184).

47 Zie Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 74. Zie voorts Oostenbrink die aangeeft dat bestraffende bestuurlijke sancties een grote gelijkenis vertonen met strafrechtelijke sancties (Oostenbrink 1967, p. 61 en p. 134).

48 Albers 2002, p. 29 e.v.

49 Zie naast de hierna uitvoeriger besproken auteurs bijv. ook Bröring 2005, p. 12-13.

50 Michels 1963, p. 30.

> Wesensgehalt des Unrechts im Einzelfall alle Rechtsnormen, die Gebote oder Verbote unter eine repressive Sanktionsandrohung stellen, gleichgültig ob es sich um "Strafe" oder "Buße" als Sanktion handelt.'[51]

Onder het strafrecht in ruimere zin vallen volgens Michels alle gebods- en verbodsnormen die worden gehandhaafd met bestraffende sancties. Niet alleen Michels, maar ook Nederlandse juristen als Corstens[52] en Knigge, gaan ervan uit dat bestraffende bestuursrechtelijke sancties deel uitmaken van het strafrecht in ruimere zin. Knigge schrijft in dat kader het volgende:

> 'Waarom wordt zo krampachtig volgehouden dat de oplegging van een bestuurlijke boete geen strafrecht is? Kennelijk is de gedachte dat wat een bestuursorgaan doet buiten het strafrecht valt, omdat strafrecht is wat de strafrechter doet. Dat echter is, naar ik heb betoogd, een achterhaald gedachtengoed. Het verschil in actoren vormt geen basis meer voor een bevredigend onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht. De straf wordt er niet anders van als zij niet door de rechter wordt opgelegd. Een bestuursorgaan kan daarom bij de oplegging van een boete "gewoon" de regels van het strafrecht toepassen, net zoals de strafrechter gewoon regels van civiel recht toepast als hij moet oordelen over de vordering van de benadeelde partij.'[53]

De – door mij onderschreven – opvatting van Michels, Corstens en Knigge, dat bestraffende bestuursrechtelijke sancties deel uitmaken van het strafrecht in ruimere zin, heeft consequenties voor de toepasselijkheid van het straf(proces)recht op deze sancties.[54] Deze opvatting brengt met zich dat bij de oplegging van bestraffende sancties – ongeacht of zij in bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke context worden opgelegd – *ten minste* de grondslagen van het (nationale) straf(proces) recht door het sanctionerende bestuursorgaan in acht moeten worden genomen.[55]

---

51 Michels 1963, p. 30.

52 G.J.M. Corstens, 'Bestuurlijke boeten in de vierde tranche Awb', *NJB* 2000, p. 1185 e.v., in het bijzonder p. 1187: 'Een bestuurlijke boete is nu eenmaal materieel een strafsanctie, zodat de grondbeginselen van het straf- en strafprocesrecht moeten worden gerespecteerd.' Vgl. voorts, in dezelfde zin, L.J.J. Rogier, *Straffend bestuur* (oratie Rotterdam), Rotterdam: Gouda Quint 2001, p. 10.

53 G. Knigge, 'De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht en het bestuursrecht', *RMThemis* 2000/3, p. 83 e.v., in het bijzonder p. 95. Bovendien lijkt ook de Hoge Raad (impliciet) te erkennen dat er sprake is van een strafrecht in ruime zin. Zie in dit kader: HR 26 oktober 1999, *NJ* 2000/240, m.nt. Knigge (*Police Dog*).

54 Vgl. F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 1.

55 Het gaat dan om essentiële straf(proces)rechtelijke regels en beginselen zoals: geen straf zonder schuld, samenloopregelingen, het ne bis in idem-beginsel, het nemo tenetur-beginsel, het legaliteitsbeginsel, het lex certa-vereiste, enz.

## 2.5 De strafbeschikking als strafrechtelijke variant voor buitengerechtelijke bestraffing

Ten slotte is het van belang om hier stil te staan bij de Wet OM-afdoening. Parallel aan de invoering van de Vierde tranche Awb werd op strafrechtelijk terrein de Wet OM-afdoening tot stand gebracht. De Wet OM-afdoening trad (gedeeltelijk) in werking op 1 februari 2008 (dus bijna anderhalf jaar eerder dan de Vierde tranche Awb). Met de (gedeeltelijke) inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening is er binnen het strafrecht een mogelijkheid gecreëerd om buiten de rechter om bestraffende sancties op te leggen.[56] De Wet OM-afdoening biedt niet alleen voor het OM de mogelijkheid om strafbeschikkingen op te leggen maar – onder bepaalde voorwaarden – ook voor bestuursorganen (men spreekt dan van een 'bestuurlijke strafbeschikking').[57] Is de (vermoedelijke) overtreder het niet eens met de opgelegde strafbeschikking dan kan hij verzet aantekenen. Daarna wordt de zaak via de gewone strafprocesrechtelijke procedure bij de strafrechter afgehandeld.

De invoering van de Wet OM-afdoening brengt met zich dat de vraag of, en zo ja, in welke gevallen overtredingen met bestraffende sancties afgedaan kunnen worden binnen de bestuursrechtelijke kolom, wellicht anders beantwoord moet worden. De met de Wet OM-afdoening in het leven geroepen strafbeschikking biedt namelijk een binnen de strafrechtelijke kolom gepositioneerd alternatief voor de bestuurlijke boete waarmee evenzeer het probleem van het 'handhavingstekort' kan worden ondervangen. Dit roept de vraag op of het dan niet voor de hand ligt om – nu de oplegging van bestraffende sancties door het bestuur gerekend moet worden tot het strafrecht in ruime zin – onvoorwaardelijk te kiezen voor het strafrechtelijke traject (via de (bestuurlijke) strafbeschikking)?

In meer recente van de minister van Justitie afkomstige stukken is aandacht besteed aan die vraag. In die publicaties wordt ingegaan op de vraag wanneer gekozen moet worden voor het bestuursstrafrecht, wanneer voor de strafbeschikking en in welke gevallen de keuze zou moeten vallen op het 'reguliere' strafrechtelijke traject. Vanuit Den Haag leek aanvankelijk met het oog op coherentie en eenheid binnen de rechtshandhaving te worden aangestuurd op een belangrijke rol voor de strafbeschikking. Zo heeft minister van Justitie Donner in 2005 in het kader van de voorbereiding van de Wet OM-afdoening aangegeven dat een regeling in het strafrecht de voorkeur verdient bij nieuw in te voeren bestraffende sancties.[58] Zijn opvolger Hirsch Ballin ziet dit genuanceerder. Ofschoon hij ook aangeeft dat coherentie en eenheid binnen de rechtshandhaving belangrijk zijn, meent hij dat het

---

56 Zie *Stb.* 2006, 330 (Wet van 7 juli 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten (Wet OM-afdoening)) en *Stb.* 2008, 4 (Besluit van 21 december 2007 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening).

57 Zie over de Wet OM-afdoening en de strafbeschikking verder par. 6.3 en C.L.G.F.H. Albers, 'De Awb en het bestuursstrafrecht: de eenheid heeft haar grenzen. Over geforceerde rechtseenheid en wildgroei van boetestelsels', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok e.a. (red.), *In eenheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 383 e.v. alsmede Albers 2008, beide met verdere verwijzingen.

58 *Kamerstukken II* 2005/06, 29849, nr. 30 (brief van de minister van Justitie in het kader van de Wet OM-afdoening), p. 6.

geen bezwaar hoeft te zijn dat er verschillende sanctiestelsels naast elkaar bestaan, 'zodat maatwerk geboden kan worden waar dat nodig is.'[59] Hij geeft echter uitdrukkelijk aan dat de verschillen beperkt moeten blijven tot 'wat werkelijk noodzakelijk en functioneel is en daarom uit te leggen valt.'[60] Hirsch Ballin ziet ruimte voor de bestuurlijke boete als bestraffende sanctie als er een specifieke rechtsbetrekking bestaat tussen burger en bestuursorgaan (hij noemt dit een 'besloten context').[61] Van een specifieke rechtsbetrekking tussen bestuur en burger is sprake als er in het kader van de uitvoering van de wet een rechtstreekse verbinding bestaat tussen bestuur en burger. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een belastingplichtige, een uitkeringsgerechtigde en een ondernemer die zich moeten houden aan regels uit allerlei vergunningen.[62] Mijns inziens leidt de oplegging van een *bestuurlijke* strafbeschikking binnen deze 'besloten context' door het betreffende bestuursorgaan tot hetzelfde resultaat. Met dien verstande dat het rechtsbeschermingstraject zich bij de strafrechter voltrekt en dat er in het kader van de bestuurlijke strafbeschikking door het College van procureurs-generaal richtlijnen kunnen worden vastgesteld.[63] De argumenten die worden aangedragen voor de expliciete keuze voor de bestuurlijke boete (nl. de verantwoordelijkheid voor de handhaving ligt bij het orgaan dat de rechtsrelatie met de burger onderhoudt en het orgaan heeft zicht op de concrete situatie van de burger[64]) overtuigen in dat kader niet.[65] Zowel de bestuurlijke boete als de *bestuurlijke* strafbeschikking wordt immers door het bestuursorgaan waarmee de burger een 'specifieke rechtsbetrekking' onderhoudt, opgelegd. Later in dit preadvies (in paragraaf 6.3) zal ik nog uitvoeriger stilstaan bij de mogelijkheden die de bestuurlijke strafbeschikking biedt in het kader van de handhaving van het bestuursrecht.

---

59 Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69 (brief van de minister van Justitie met betrekking tot de nadere visie van het kabinet op de keuze tussen sanctiestelsels), p. 5.

60 *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p. 5.

61 In de 'open context' (denk aan verkeersovertredingen en overlast in de openbare ruimte) ligt strafrechtelijke handhaving meer voor de hand (vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p. 8). Maar dat neemt niet weg dat ook daar de bestuurlijke boete soms goede diensten kan bewijzen (vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p. 9).

62 *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p. 6.

63 *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p. 10-11. Zo zullen vaak kwaliteitseisen worden gesteld aan de handhaving en meer in het bijzonder aan de ambtenaren/functionarissen die de strafbeschikking gaan uitvaardigen (dit met het oog op het voorkomen van onnodig veel verzetszaken en het beperken van de gevallen waarin het OM moet seponeren na aantekening van verzet). Zie verder *Stb.* 2012, 150 (Besluit van 5 april 2012, houdende wijziging van het Besluit OM-afdoening en enkele andere besluiten in verband met de invoering van de bestuurlijke strafbeschikking).

64 *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p. 6.

65 Zie met betrekking tot andere kritiekpunten ook A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law* (oratie Rotterdam), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2011, p. 40 e.v.

# 3 Bestraffende bestuurlijke sancties

Centraal thema in deze preadviezen is de rechtsbescherming bij bestraffende bestuurlijke sancties. In dat licht wordt op deze plaats stilgestaan bij de vraag wanneer er sprake is van een bestraffende bestuurlijke sanctie. Verder wordt aandacht besteed aan de vraag waarom het van belang is te onderscheiden tussen bestraffende bestuurlijke sancties en andere bestuurlijke sancties. Ten slotte komt de vraag aan de orde welke bestuurlijke sancties aangemerkt kunnen worden als bestraffende sanctie. Tegen deze achtergrond wordt ook aandacht geschonken aan relevante rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).

## 3.1 Bestuurlijke sancties

Een *bestuurlijke sanctie* is een reactie van een bestuursorgaan op een overtreding.[66] Zij kan bijvoorbeeld bestaan uit het door een bestuursorgaan – zonder tussenkomst van de rechter – opleggen van een verplichting of het onthouden van een aanspraak.[67] In het bestuursrechtelijke sanctierecht kan een onderscheid gemaakt worden tussen herstelsancties en bestraffende sancties.[68] *Herstelsancties* zien op herstel van een onrechtmatige in een rechtmatige *toestand*. Zij werken in zoverre 'toekomstgericht'. Voor zover dat nog mogelijk is, dient de overtreding (volledig) ongedaan gemaakt te worden. Daarnaast dienen de gevolgen van de overtreding, indien mogelijk, te worden weggenomen. Wie de overtreder is en of de overtreder enige schuld (in de zin van verwijtbaarheid) heeft aan de overtreding, is voor de bevoegdheid tot oplegging van een herstelsanctie in beginsel niet van belang. De oplegging van een last onder

66 Zie ook Oostenbrink 1967, p. 11 en Michiels & De Waard 2007, p. 10. Zie voor een definitie van het ruimere begrip 'sanctie': W. Duk, *Tanden van het recht: oriënterende beschouwingen over sancties*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 11.

67 Zie ook art. 5:2, eerste lid, onder a, Awb.

68 Zie art. 5:2, eerste lid, onder b en c, Awb. Van Wijk heeft het onderscheid tussen een herstelsanctie en een bestraffende sanctie treffend weergegeven in zijn VAR-preadvies uit 1954 (H.D. van Wijk, *Politiedwang. Geschriften van de vereniging voor administratiefrecht no. XXIX*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1954, p. 58-104). Hij schrijft daarover op p. 74 het volgende: 'Men kan het mogelijk ook zo stellen: de straf aanvaardt wat de gepleegde norm-inbreuk in de maatschappij teweegbracht, maar wegens die norm-inbreuk richt zij zich tot de dader om bij hem iets in orde te maken; de politiedwang wendt het oog af van de dader en gaat in orde brengen wat zijn misdraging in de samenleving voor onaanvaardbare gevolgen doet of deed ontstaan.'

bestuursdwang en het opleggen van een last onder dwangsom worden aangemerkt als typische herstelsancties.[69]

Van een *bestraffende sanctie* is sprake als de sanctie (primair) strekt tot *leedtoevoeging*. Het moet gaan om *beoogde* leedtoevoeging.[70] Deze leedtoevoeging heeft *vergelding*[71] en daarnaast *(generale en speciale) preventie*[72] ten doel. Over het algemeen wordt wel aangenomen dat het 'vergeldingsaspect' vooropstaat.[73] In dit 'vergeldingsaspect' schuilt ook het onderscheid tussen bestraffende sancties en herstelsancties. Bij bestraffende sancties gaat het vooral om het (achteraf) bestraffen van *de dader* en niet (zozeer) om het herstel van een rechtmatige toestand. De dader moet worden ingepeperd dat hij fout zat. Daarom kan een bestraffende sanctie alleen worden opgelegd aan een overtreder als hem van de overtreding een *verwijt* kan worden gemaakt ('geen straf zonder schuld').

Een bestraffende sanctie valt – net zoals bijvoorbeeld een strafrechtelijke boete of vrijheidsstraf – onder de categorie 'punitieve rechtshandhaving vanwege de overheid'.[74] Het bekendste voorbeeld van een bestraffende sanctie in het Nederlandse bestuursrecht is de bestuurlijke boete.

## 3.2 Bestraffende bestuurlijke sancties

In dit preadvies staan bestraffende bestuurlijke sancties centraal. Op deze plaats wordt daarom wat uitvoeriger stil gestaan bij het begrip 'bestraffing' en het daarin besloten liggende begrip 'leedtoevoeging'.

### *3.2.1 Leedtoevoeging*

Kenmerkend voor een bestraffende sanctie is dat zij strekt tot leedtoevoeging. Nu is het begrip leedtoevoeging een materieel getint begrip. Het is daarom tot op zekere hoogte vaag en subjectief[75] en daarmee ook enigszins kneedbaar.[76] Dat maakt dat het voor sancties waarvan het bestraffende karakter niet in algemene zin vaststaat vooral voor de bestuursrechter ruimte biedt om aan het begrip leedtoevoeging (en

---

69 Zie bijv. ABRvS 19 september 1996, JB 1996/215, m.nt. Schlössels (*dwangsom chalet Caris*). Zij mag dan ook niet verder gaan dan voor herstel van de onrechtmatige in een rechtmatige toestand nodig is. Vgl. ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:25 (*tijdelijke sluiting coffeeshop Den Haag*).

70 Zie ook de definitie in art. 5:2, eerste lid, onder c, Awb. Waarbij het dan gaat om het objectieve oogmerk van de sanctie (vgl. Michiels & De Waard 2007, p. 12-13).

71 Zie o.m. Oostenbrink 1967, p. 28 onder verwijzing naar W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 7.

72 Corstens/Borgers 2011, p. 2.

73 Pompe 1959, p. 7, Bröring 2005, p. 40-41.

74 M. Hildebrandt, *Straf(begrip) en procesbeginsel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002, p. 120. Verder valt zij onder de door Hart gegeven definitie van bestraffing (punishment) (zie H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, second edition, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 4 e.v.).

75 Vgl. Michiels & De Waard 2007, p. 11.

76 Zie Schutgens, die aangeeft dat materiële normen leiden tot een 'zekere mate van onbepaaldheid' en daarmee mogelijk tot rechtsonzekerheid. Schutgens 2011, o.m. p. 20, p 22 en p. 23 e.v.

daarmee aan het begrip 'bestraffing') tot op zekere hoogte een eigen (rechtspolitiek wenselijke) invulling te geven. Zowel de rechtspraak, de wetsgeschiedenis als de literatuur hanteert algemene definities om het begrip leedtoevoeging nader te duiden. Deze definities bieden weinig houvast bij beantwoording van de vraag wat nu precies moet worden begrepen onder leedtoevoeging.

De Afdeling bestuursrechtspraak stelt dat het bij leedtoevoeging gaat om een sanctie die er *niet* toe strekt om een onrechtmatige toestand in een rechtmatige toestand te herstellen maar om bepaald (normconform) gedrag te 'bewerkstelligen'.[77] Dit laatste geschiedt volgens de Afdeling door het toedienen van een financiële prikkel die resulteert in 'geïndividualiseerd concreet (financieel) nadeel'.[78] Er moet dus 'nadeel' ontstaan voor de overtreder als hij gesanctioneerd wordt. Dit brengt ons nog niet veel verder. Nadeel is evenzeer een vaag begrip. Daar komt bij dat de Afdeling in haar rechtspraak in de regel volstaat met de constatering dat een bepaalde sanctie al dan niet gericht is op het toebrengen van nadeel. Een motivering *waarom* de sanctie al dan niet daarop gericht is, blijft meestal achterwege.[79] De door de Afdeling gegeven definitie van het begrip bestraffende sanctie levert eigenlijk niet meer dan een synoniem voor de term 'leedtoevoeging' op.

Als het even kan, lijkt beantwoording van de vraag wat nu precies leedtoevoeging is uit de weg te worden gegaan. Dat komt zeer pregnant naar voren in de memorie van toelichting bij de Vierde tranche Awb. Daarin wordt over het begrip 'bestraffende sanctie' enkel het volgende gesteld:

> 'Het kenmerk van een bestraffende sanctie is dat zij wordt opgelegd met het oogmerk om de overtreder leed toe te voegen. Over de vraag wanneer aan dit criterium is voldaan bestaat veel jurisprudentie en literatuur. Deze kan in dit verband buiten beschouwing blijven nu de voorgestelde bepalingen vooralsnog slechts van toepassing zullen zijn op de bestuurlijke boete – die in ieder geval bestraffend van aard is – en eventueel ook op andere als zodanig aangeduide bestraffende sancties.'[80]

---

77 ABRvS 20 november 2002, JB 2003/18, m.nt. Albers (*Regionale Zeeuwsch-Vlaamse Woningbouwvereniging*).

78 Zie overigens ook de mijns inziens dubieuze aanvulling waar het gaat om intrekkingen van vergunningen in ABRvS 28 oktober 2009, JB 2009/268, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*intrekking horeca-exploitatievergunning café M. te Venlo*) en ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5952 (*weigering en intrekking exploitatievergunningen coffeeshops Amsterdam*). In die uitspraken wordt geoordeeld dat de tijdelijke intrekking van een exploitatievergunning geen 'criminal charge' (en daarmee geen bestraffende sanctie) is 'nu deze intrekking niet is gericht op het toebrengen van concreet nadeel dat verder gaat dan herstel van de rechtstoestand vóór verlening van de vergunning'.

79 Overigens klaagt ook Böhtlingk in zijn VAR-interventie uit 1957 al over het feit dat de (toen in dergelijke kwesties oordelende gemene) rechter niet motiveerde waarom (bijvoorbeeld) de tijdelijke sluiting door B&W van een café werd aangemerkt als (verboden) straf (F.R. Böhtlingk, *De verhouding van administratieve sancties en straffen, verslag van de algemene vergadering gehouden te Utrecht op 31 mei 1957, ter behandeling van de preadviezen van mr. A.D. Belinfante en mr. A.R. Mulder*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zoon 1958, p. 12-13).

80 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 84.

Een blik op de literatuur leert dat ook daarin geen klip en klaar antwoord kan worden gevonden op de vraag wanneer een sanctie 'leedtoevoegend' is.[81] In standaardwerken over bestraffing – zoals het werk van de Engelse rechtsfilosoof Hart – gaat meestal veel aandacht uit naar de sanctiedoelen en de vraag welke overtredingen door middel van een straf gehandhaafd moeten worden. Het begrip leedtoevoeging wordt in de betreffende werken vrijwel nooit uitgewerkt.[82] De voorhanden zijnde Nederlandse literatuur overziend zou men ervan uit kunnen gaan dat er sprake is van leedtoevoeging als de sanctie verdergaat dan een herstel in de rechtmatige toestand vergt.[83] Voorts zou kunnen worden gesproken van leedtoevoeging als er een sanctie wordt opgelegd terwijl herstel van de rechtmatige toestand niet meer mogelijk is en deze sanctie niet slechts schadevergoeding (compensatie) behelst.[84] Hildebrandt spreekt van 'een opzettelijke inbreuk op belangen in de zin van rechten en vrijheden.'[85] Schreuder-Vlasblom meent dat van 'straf' – en daarmee van een bestraffende sanctie die leedtoevoeging ten doel heeft – sprake is als datgene waarop, ondanks de gepleegde rechtsschennis, aanspraak is blijven bestaan, wordt onthouden of ontnomen.[86] Haar opvatting sluit daarmee aan bij de hiervoor beschreven visies.

Verder verdient opmerking dat volgens Kelk sanctionering óók als straf (en dus als bestraffende sanctie) moet worden aangemerkt als leedtoevoeging niet het primaire doel is van de sanctie maar wel dermate zeker of hoogstwaarschijnlijk is dat *subjectieve leedervaring* als gevolg aan de sanctie verbonden zal zijn.[87] Deze opvatting is nogal verstrekkend. Zo lijken bijvoorbeeld de oplegging van een last onder bestuursdwang[88] en de last onder dwangsom op basis van de opvatting van Kelk ook als bestraffende sanctie te kunnen worden gekwalificeerd.

---

81 Het door Hartmann en Van Russen Groen gemaakte onderscheid tussen de originaire en secundaire rechtsbetrekking (Hartmann & Van Russen Groen 1998, p. 82 e.v.) lijkt in dat kader geen dienst te kunnen doen omdat het niet sluitend is. Vgl. Albers 2002, p. 32-34; Michiels & De Waard 2007, p. 12 en p. 35 en Bröring 2005, p. 43-44. Opmerkelijk is bovendien dat in werken waarin bestuurlijke bestraffende sancties centraal staan soms ook helemaal niet ingegaan wordt op deze vraag. Zie bijv. Stijnen 2011.

82 Ook Hart volstaat met het noemen van leedtoevoeging als onderdeel van zijn definitie van '*punishment*'. Vgl. Hart 2008, p. 4. Zie verder bijv. D. Hazewinkel-Suringa, *De straf en haar achtergrond* (oratie Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: N. Samson 1932, E. von Beling, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Leipzig 1908 en wat betreft recenter werk bijv. Corstens/Borgers 2011, p. 2.

83 Vgl. Albers 2002, p. 27 e.v.; in dezelfde zin: Michiels & De Waard 2007, p. 10 e.v.; zij stellen op p. 11 dat er sprake moet zijn van het onvoorwaardelijk toebrengen van nadeel (daarmee sluiten zij uit dat de last onder dwangsom mogelijk als bestraffende sanctie zou moeten worden gekwalificeerd). Zie voorts Van Wijk 1954, p. 73-74.

84 Vgl. Duk 1973, p. 18-19 en W. Duk, 'Handhaving van bestuursrecht', *NTB* 1988, nr. 4, p. 105-110, in het bijzonder p. 105-106.

85 Hildebrandt 2002, p. 114.

86 M. Schreuder-Vlasblom, 'Kroniek bestuursprocesrecht', *NTB* 2001, p. 126-136, in het bijzonder p. 129 en recent in iets andere bewoordingen M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 79. Vgl. Van Wijk 1954, p. 74.

87 Vgl. C. Kelk, 'Verbreding van het punitieve spectrum', in: M. Moerings (red.), *Hoe punitief is Nederland?*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 13-29, in het bijzonder p. 15.

88 Evenals de toepassing van bestuursdwang en het kostenverhaal na toepassing van bestuursdwang.

Kelk zou tegengeworpen kunnen worden dat subjectieve leedervaring niet doorslaggevend zou moeten zijn.[89] Schreuder-Vlasblom keert zich in ieder geval uitdrukkelijk tegen deze visie. Zij geeft aan dat herstelsancties soms veel ingrijpender van aard kunnen zijn dan bestraffende sancties – en naar ik haar begrijp vanuit de overtreder inderdaad als leedtoevoegend zullen worden ervaren – maar dat altijd gekeken moet worden naar 'het objectieve oogmerk van het besluit'.[90] Wordt met een besluit van een bestuursorgaan geen bestraffing beoogd dan kan het niet als bestraffend worden aangemerkt, ook al is het zo ingrijpend van aard dat er bij degene tot wie het besluit is gericht sprake zal zijn van een mate van subjectieve leedervaring die forser is dan ingeval hem een boete (of andere bestraffende sanctie)[91] zou worden opgelegd.[92] Ook in de Awb wordt ervan uitgegaan dat er slechts sprake is van een bestraffende sanctie voor zover een bestuurlijke sanctie *beoogt* de overtreder leed toe te voegen (vgl. artikel 5:2, eerste lid, onder c, Awb).[93]

Ik heb enige moeite met het uitgangspunt dat er alleen sprake zou kunnen zijn van een bestraffende sanctie als de als gevolg van de sanctie ervaren leedtoevoeging (in objectieve zin) is beoogd. Daarvoor zijn meerdere redenen. Zo is lang niet altijd eenvoudig vast te stellen of de (subjectief) ervaren leedtoevoeging al dan niet beoogd is. Een aanknopingspunt daarvoor zou kunnen liggen in de parlementaire geschiedenis. Maar juist bij sancties waarbij de vraag naar het al dan niet bestraffende karakter van de sanctie zich voordoet, omdat het karakter niet zonder meer duidelijk is,[94] zal de wetgever in de wetsgeschiedenis vaak helemaal niet hebben aangegeven welk doel beoogd wordt met de in de wet in het leven geroepen sanctie. En zelfs als er al expliciet is aangegeven in de parlementaire geschiedenis welk karakter een sanctie heeft, valt er wat voor te zeggen om niet zomaar blind te varen op de zienswijze van de wetgever. Volgt de rechter kritiekloos de wetsgeschiedenis[95] dan kan dat met zich brengen dat een sanctie wordt 'geoormerkt' als herstelsanctie terwijl zij materieel (naar haar werking) bekeken (in het algemeen of in een concreet geval) bestraffing behelst.[96] Een wetgever kan in de wetsgeschiedenis immers ook om rechtspolitieke

---

89 Zie bijv. Hildebrandt 2002, p. 115.

90 Vgl. ook Oostenbrink 1967, p. 18.

91 Zie met betrekking tot de toepassing van zo'n ingrijpende herstelsanctie bijv. CBb 30 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:315 (*kostenverhaal spoedbestuursdwang afvoeren 218 konijnen*).

92 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 80-81. Zie verder Bröring 2005, p. 41-42. Ofschoon hij, als ik hem goed begrijp, ook meent dat we wel zullen moeten volstaan met deze (objectieve) kwalificatie van het begrip bestraffing als 'beoogde leedtoevoeging' waarschuwt hij voor het risico op rechtsvervreemding bij de burger als bij de kwalificatie van een sanctie als bestraffende of herstelsanctie de mate van ingrijpendheid van de sanctie geen rol speelt.

93 Waarbij het gaat om het *objectieve* oogmerk van de sanctie (vgl. Schreuder-Vlasblom 2013, p. 80-81 en Michiels & De Waard 2007, p. 12-13).

94 Denk bijvoorbeeld aan de intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie (zie over deze sanctie uitvoerig par. 4.1 e.v.).

95 Vgl. bijv. ABRvS 21 februari 2007, JOM 2007/163, in het bijzonder r.o. 2.5.2.

96 Niet voor niets kiest het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) voor een autonome benadering bij beantwoording van de vraag of een bepaalde door een lidstaat opgelegde sanctie of maatregel als 'criminal charge' moet worden aangemerkt. Aan het etiket dat door een lidstaat op de sanctie of maatregel is geplakt hecht het EHRM geen (doorslaggevende) betekenis, dit om te voorkomen dat de straf(proces)rechtelijke waarborgen die bij een 'criminal charge' in

redenen een sanctie als herstelsanctie bestempelen.[97] Bestuursorganen kunnen bovendien een herstelsanctie misbruiken om een (verkapte) bestraffende sanctie op te leggen (détournement de pouvoir) als de rechter alleen kijkt naar het etiket dat de wetgever op de sanctie heeft geplakt en niet naar de uitwerking van een sanctie in een concreet geval.[98] Dat is niet wenselijk omdat bij de oplegging van herstelsancties vanuit rechtsbeschermingsoogpunt ten opzichte van de overtreder minder waarborgen in acht genomen hoeven te worden.[99]

### *3.2.2 Een (materieel) criterium om vast te stellen of er sprake is van bestraffing*

Duidelijk is dat een bestuursrechtelijke sanctie moet worden aangemerkt als bestraffende sanctie als die sanctie strekt tot leedtoevoeging. In de rechtspraak treffen we geen eenduidige en heldere criteria aan ter beantwoording van de vraag of een sanctie strekt tot leedtoevoeging. Toch is het goed mogelijk om aan te geven welke factoren kenmerkend zijn voor leedtoevoeging. Voordat ik daarop inga, merk ik het volgende op. Hoewel in de regel met de sanctie leedtoevoeging *moet zijn beoogd* om te kunnen spreken van een sanctie met een bestraffend karakter, is het *oogmerk* van de sanctie mijns inziens niet in alle gevallen een doorslaggevend criterium. Doorslaggevend is of de sanctie aan de hand van materiële criteria als bestraffing (en dus als een vorm van leedtoevoeging) kan worden aangemerkt. Verder speelt een rol of de sanctie in het algemeen – dus niet alleen door de overtreder maar ook door de maatschappij als zodanig – als een vorm van bestraffing wordt ervaren.[100] Het sleutelbegrip is dus leedtoevoeging. Van leedtoevoeging (of in de woorden van de Afdeling: 'geïndividualiseerd concreet nadeel') – en daarmee van een bestraffende sanctie – is mijns inziens sprake als de sanctie verdergaat dan herstel van de (on) rechtmatige toestand vergt. In het verlengde daarvan is er sprake van leedtoevoeging als datgene waarop, ondanks de gepleegde overtreding, aanspraak is blijven bestaan, wordt onthouden of ontnomen, terwijl herstel van de rechtmatige toestand niet meer mogelijk is en de opgelegde sanctie niet alleen schadevergoeding (compensatie) betreft.

Dit (materiële) criterium zal in veel gevallen goed hanteerbaar zijn. Bij sancties die zich op het grensvlak van bestraffing en herstel bevinden, zal soms een kwalificatieprobleem kunnen ontstaan. Dit speelt bijvoorbeeld bij bepaalde vormen van intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie.[101] Verder kan het voorkomen dat een sanctie deels als herstelsanctie en deels als bestraffende sanctie moet worden aangemerkt. Eerder heb ik al aangegeven dat mijns inziens

---

acht moeten worden genomen worden omzeild. Vgl. EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/937, m.nt. E.A. Alkema (*Öztürk*), in het bijzonder par. 49 en 50.

97 Dat maakt het handhavend optreden immers een stuk eenvoudiger (zie daarover paragraaf 3.3 e.v.).

98 Vgl. ABRvS 13 maart 2001, JB 2001/95, m.nt. Albers (*dwangsom Coberco*).

99 Zie daarover paragraaf 3.3 e.v.

100 Vgl. ook Bröring 2005, p. 41-42 die waarschuwt voor rechtsvervreemding bij de burger als sancties die door de samenleving in algemene zin als vorm van bestraffing worden ervaren door wetgever en rechter niet als zodanig worden aangemerkt.

101 Ik kom daar later op terug.

ten aanzien van sancties met een gemengd karakter (deels bestraffend, deels herstellend) de waarborgen die gelden bij de oplegging van een bestraffende sanctie in acht moeten worden genomen.[102] Voor zover de sanctie opgesplitst zou kunnen worden in twee afzonderlijke sancties zouden alleen ten aanzien van het bestraffende sanctiedeel de relevante straf(proces)rechtelijke waarborgen in acht kunnen worden genomen.[103]

## 3.3 Waarom is het van belang om te weten of een sanctie een bestraffend of herstellend karakter heeft?

Het onderscheid tussen herstelsancties en bestraffende bestuursrechtelijke sancties is om een aantal redenen van belang. Zo wordt een bestraffende sanctie door het EHRM doorgaans aangemerkt als een 'criminal charge' ('strafvervolging') in de zin van artikel 6 van het EVRM. Om die reden dienen de straf(proces)rechtelijk getinte waarborgen uit het EVRM in acht genomen te worden bij de oplegging van een bestraffende bestuursrechtelijke sanctie. Ook moet de bestuursrechter bestraffende bestuursrechtelijke sancties indringender toetsen aan het in artikel 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel. Verder is de aard van de sanctie van belang bij de vraag naar (mogelijke) cumulatie van sancties. Hierna zal aandacht uitgaan naar deze afzonderlijke aspecten. Daarbij verdient opmerking dat in het preadvies van Van Emmerik en Saris uitvoerig wordt ingegaan op de evenredigheid(stoetsing) van bestuurlijke boetes.

### *3.3.1 De bestraffende sanctie als 'criminal charge'; strafrechtelijke waarborgen uit het EVRM (en voor zover het de toepassing van recht van EU-origine betreft het EU-Handvest van de Grondrechten) zijn van toepassing*

Als een (bestuurlijke) sanctie bestraffend van aard is, wordt zij door het EHRM in de regel[104] aangemerkt als een 'criminal charge' ('strafvervolging') in de zin van artikel 6 van het EVRM. Dit volgt uit het *Öztürk*-arrest.[105] Het EHRM geeft in het *Öztürk*-arrest aan dat er *drie criteria* zijn aan de hand waarvan moet worden vastgesteld of er sprake is van een *criminal charge*. Ten eerste moet worden vastgesteld of de normschending naar nationaal recht als strafbaar feit geclassificeerd wordt. Ten tweede is de aard van de overtreding van belang. Het moet gaan om een algemene

---

102 Zie Albers 2002, p. 36.

103 Een dergelijke splitsing lijkt bijv. mogelijk bij volledige intrekking van een subsidie waarbij de intrekking tot een bepaald bedrag als herstelsanctie kan worden aangemerkt en voor het overige moet worden beschouwd als bestraffende sanctie (zie bijv. ABRvS 8 februari 2000, JB 2000/91, m.nt. Albers (*Haagse woningverbeteringssubsidies*)).

104 Zie daarover Albers 2002, p. 36 en Michiels & De Waard 2007, p. 19-20.

105 EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/937, m.nt. E.A. Alkema (*Öztürk*). Zie voorts: EHRM 8 juni 1976, Series A vol. 22, NJ 1978/223 (*Engel e.a. t. Nederland*) en EHRM 23 november 2006, AB 2007/51, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, EHRC 2007/31, m.nt. Albers (*Jussila t. Finland*). Zie over het 'criminal charge-begrip' en de relevante rechtspraak van het EHRM uitvoerig Albers 2002, p. 84 e.v.

norm die eenieder kan raken. Daarbij speelt vooral de vraag of de overtreden regels tot alle burgers (eventueel in een bepaalde hoedanigheid, bijvoorbeeld als weggebruiker) zijn gericht of dat zij specifiek in het leven zijn geroepen voor een beperkte (beroeps)groep met een bijzondere status. Het gaat in dat laatste geval vooral om bepalingen van tuchtrechtelijke aard die alleen gelden voor tot een bepaalde beroepsgroep behorende personen (zoals een arts, journalist of advocaat) in de uitoefening van hun beroep. Dit tweede criterium wordt ook wel het 'normadressaatcriterium' genoemd. Het derde criterium op basis waarvan het EHRM tot de conclusie zou kunnen komen dat er sprake is van een *criminal charge*, is de aard en de zwaarte van de sanctie.

Aan het eerste criterium hecht het EHRM relatief weinig waarde, zeker als de normschending naar nationaal recht niet onder het strafrecht valt. Het EHRM wil er op die wijze voor waken dat verdragsstaten procedures tot bestraffing onttrekken aan de strafrechtelijke waarborgen van artikel 6 en 7 EVRM door er het etiket 'bestuursrecht' of 'civiel recht' op te plakken. Het EHRM legt de term *criminal charge* dan ook 'autonoom' uit (dus los van de kwalificatie die een lidstaat aan de procedure tot oplegging van een sanctie heeft gegeven). Bij die autonome uitleg wordt door het EHRM de nadruk gelegd op het tweede en derde criterium. De criteria, en dan in het bijzonder het tweede en derde criterium, moeten als alternatieve en niet (noodzakelijkerwijs) als cumulatieve criteria worden beschouwd.[106]

Het criterium 'de aard van de sanctie' is vaak doorslaggevend, zo kan worden afgeleid uit de rechtspraak van het EHRM.' Is de sanctie punitief (bestraffend) en afschrikkend[107] van aard, dan is er meestal sprake van een *criminal charge*. Daarnaast moet het in de regel gaan om een overtreding van regels die algemeen van aard zijn (deze eis vloeit voort uit het tweede criterium 'de aard van de overtreding'). Dat wil zeggen dat de wettelijke regeling die is overtreden gericht moet zijn tot alle burgers (tuchtrechtelijke regelingen vallen er dan bijvoorbeeld in beginsel ook buiten).[108] Hier moet nog worden opgemerkt dat de zwaarte van de sanctie – als het gaat om een 'lichte' sanctie zoals een zeer geringe bestuurlijke boete – niet doorslaggevend is om te komen tot de conclusie dat er géén sprake is van een 'criminal charge'. Ook zeer geringe boetes kunnen onder het begrip 'criminal charge' vallen.[109] Anderzijds

---

106 Zie bijv. (met verdere verwijzingen) EHRM 9 oktober 2003, EHRC 2003/90, m.nt. Albers (*Ezeh en Connors*), in het bijzonder par. 85). Wel kan het zo zijn dat het tweede en derde criterium op zichzelf er niet toe leiden dat er sprake is van een 'criminal charge' maar dat zij tezamen wél voldoende indicatoren bevatten voor de conclusie dat er sprake is van een 'criminal charge' (*cumulative approach*). Dit lijkt bijvoorbeeld het geval te zijn geweest in de hiervoor aangehaalde zaak *Ezeh en Connors*. Vgl. verder bijv. EHRM 3 oktober 2013, nr. 21613/07 (*Kasparov e.a. t. Rusland*).

107 Aangezien een bestraffing (mede) een afschrikkende werking ten doel heeft (generale en speciale preventie) ligt het afschrikkende aspect mijns inziens al besloten in het begrip 'bestraffing', zie Albers 2002, p. 96-98.

108 Zie uitvoerig over het begrip 'criminal charge' en de nuances die aan de hand van de drie criteria kunnen worden aangebracht Albers 2002, p. 84-120.

109 Zie bijv. EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/937, m.nt. E.A. Alkema (*Öztürk*), par. 54 en EHRM 23 november 2006, AB 2007/51, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, EHRC 2007/31, m.nt. Albers (*Jussila tegen Finland*).

kan het wel zo zijn dat de zwaarte van een sanctie op zich, los van de andere criteria, al leidt tot een 'criminal charge' bij ingrijpende maatregelen.[110]

Overigens valt te betreuren dat het EHRM ten aanzien van de doorslaggevende kenmerken van een 'criminal charge' (het bestraffende en afschrikkende karakter) in zijn rechtspraak niet verder heeft uitgewerkt wat het daaronder verstaat. Ook motiveert het EHRM in zijn rechtspraak niet waarom het van oordeel is dat een bepaalde sanctie (al dan niet) bestraffend van aard is. Het EHRM beperkt zich in de regel gewoon tot de constatering dat een sanctie een 'bestraffend en afschrikkend' karakter heeft. Vooraf is dan ook moeilijk voorspelbaar welke (bestuursrechtelijke) sancties door het EHRM tot de categorie 'criminal charge' (strafvervolging) gerekend zullen worden.[111]

De door het EHRM gehanteerde criteria brengen met zich dat bestraffende bestuursrechtelijke sancties vaak ook als 'criminal charge' zullen moeten worden aangemerkt. Is dat het geval dan moeten *alle waarborgen* die uit artikel 6 van het EVRM voortvloeien in acht worden genomen bij het opleggen van deze sanctie. Kort gezegd vloeit uit artikel 6 van het EVRM, naast het recht op een eerlijk proces, een aantal waarborgen voort die *straf(proces)rechtelijk* van aard zijn. Dit zijn dus waarborgen die ten aanzien van een 'gewoon' (niet-bestraffend) besluit van een bestuursorgaan niet in acht genomen hoeven te worden. Het betreft bijvoorbeeld de onschuldpresumptie en het zwijgrecht. De toepasselijkheid van artikel 6 EVRM brengt verder bijvoorbeeld met zich dat hoge eisen worden gesteld aan de (zorgvuldige) voorbereiding en motivering van het sanctiebesluit. Naast de in artikel 6 EVRM neergelegde waarborgen moeten ook de waarborgen die voortvloeien uit artikel 7 EVRM in acht worden genomen.[112] In artikel 7 EVRM zijn waarborgen neergelegd die verband houden met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.[113]

Uitgangspunt is dus dat de waarborgen uit artikel 6 en 7 EVRM[114] gelden als er sprake is van de oplegging van een bestraffende sanctie (voor zover deze sanctie ook zal worden aangemerkt als een 'criminal charge', wat in de regel het geval zal zijn). Dit uitgangspunt is echter tot op zekere hoogte genuanceerd door het EHRM in *Jussila t. Finland*.[115] In dat arrest heeft het EHRM bepaald dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen zaken waarin het gaat om de oplegging van bestraf-

---

110 Zie bijv. EHRM 24 januari 2012, nr. 1051/06 (*Mihai Toma t. Roemenië*), r.o. 21.

111 Vgl. Albers 2002, p. 98-100, p. 111 en p. 119-120. In vergelijkbare zin Stijnen 2011, p. 51.

112 Verder moeten de waarborgen uit art. 14 en 15 IVBPR in acht genomen worden. In art. 14 IVBPR zijn bij benadering dezelfde waarborgen neergelegd als in art. 6 EVRM. In art. 15 IVBPR zijn waarborgen opgenomen die vergelijkbaar zijn met de in art. 7 EVRM neergelegde waarborgen.

113 Het gaat onder meer om het nullum crimen sine lege-beginsel, het nulla poena sine lege beginsel en het lex certa-beginsel. Het legaliteitsbeginsel geldt op basis van art. 5:4 Awb in Nederland overigens ook voor de in hoofdstuk vijf Awb geregelde herstelsancties. Zie met betrekking tot het lex certa-beginsel bijv. ABRvS 25 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1236 (*Arboboete val in duikkuil bij onderhoud zwembad*).

114 Zie over deze waarborgen, en de invulling die het EHRM daaraan geeft, uitvoerig Albers 2002, hfdst. 3.

115 EHRM 23 november 2006, EHRC 2007/31, m.nt. Albers (*Jussila t. Finland*). Zie ook HR 23 september 2011, JB 2011/249 (*horen in verzet?*) waarin de belastingrechter hierop inhaakt met betrekking tot de toepassing van (thans) art. 8:55, vierde lid, Awb (horen in verzet).

fende sancties die behoren tot de 'hardcore of criminal law' (dan wel de 'traditional categories of criminal law'[116]) en zaken waarin het gaat om bestraffende sancties die daarbuiten vallen. Hoewel niet precies helder is welke zaken tot de 'hardcore of criminal law'[117] behoren, is wel duidelijk dat (lichte) bestuurlijke bestraffende sancties ter handhaving van het 'ordeningsrecht' daar in de regel niet onder vallen.[118] Het EHRM noemt expliciet de verkeersovertredingen en overtredingen in de sfeer van het fiscale recht als categorieën die niet onder het traditionele strafrecht vallen.[119] In zaken die niet tot de 'hardcore of criminal law' behoren, kan volgens het EHRM in 'uitzonderlijke situaties'[120] minder strikt de hand worden gehouden aan de verdragsrechtelijke waarborgen. Zo kan bij de oplegging van een lage bestuurlijke boete bijvoorbeeld onder omstandigheden (bijvoorbeeld in bewijstechnisch eenvoudige zaken) worden afgezien van een onderzoek ter zitting en worden volstaan met een schriftelijke verdediging door de 'verdachte'.[121] Op basis van de voorhanden zijnde rechtspraak meen ik dat geconcludeerd kan worden dat deze 'differentiërende rechtspraak' niet echt afbreuk doet aan de geldigheid en werking van waarborgen uit het EVRM bij bestraffende bestuursrechtelijke sancties.[122]

Het verdient opmerking dat, in situaties waarin de oplegging van een bestraffende bestuursrechtelijke sanctie de tenuitvoerlegging of naleving van Europese Unierecht ten doel heeft, het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in acht moet worden genomen.[123] Veel waarborgen uit het EVRM kennen een 'parallelbepaling' in het handvest. Dit geldt in essentie ook voor de in het EVRM neergelegde waarborgen die gelden bij een 'criminal charge'. Vergelijkbare waarborgen

---

116 EHRM 27 maart 2012, *EHRC* 2012/160 (*Berdajs t. Slovenië*), m.nt. De Bree (ontvankelijkheidsbeslissing).

117 Het EHRM lijkt hier ook te onderscheiden tussen rechts- en wetsdelicten (vgl. par. 2.3 en het daar aangehaalde werk van Van der Poel (Van der Poel 1942)).

118 Zie ook Barkhuysen & Van Emmerik die menen dat het onderscheiden tussen sancties die behoren tot de 'hardcore of criminal law' en sancties die daarbuiten vallen teneinde de omvang van de rechtsbescherming vast te stellen ongelukkig is. Zij vinden dat daarvoor beter kan worden gekeken naar de ingrijpendheid van de betreffende sanctie of maatregel (T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik in hun noot onder EHRM 7 juni 2012, *AB* 2012/334 (*Segame SA t. Frankrijk*), in het bijzonder punt 5).

119 EHRM 29 september 2011, nr. 3127/09 (*Flisar t. Slovenië*), par. 35.

120 Vgl. EHRM 29 september 2011, nr. 3127/09 (*Flisar t. Slovenië*), par. 35.

121 EHRM 27 maart 2012, *EHRC* 2012/160 (*Berdajs t. Slovenië*), m.nt. De Bree (ontvankelijkheidsbeslissing).

122 Zie EHRM 29 september 2011, nr. 3127/09 (*Flisar t. Slovenië*). Zie verder bijv. de recente rechtspraak van het EHRM over het recht op 'full jurisdiction' bij door bestuursorganen opgelegde bestraffende sancties: EHRM 27 september 2012, *AB* 2012/9, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, *EHRC* 2012/7, m.nt. A.M.L. Jansen (*Menarini Diagnostics S.R.L. t. Italië*), EHRM 17 april 2012, nr. 21539/07 (*Steininger t. Oostenrijk*) en EHRM 4 april 2013, nrs. 21565/07, 21572/07, 21575/07 en 21580/07 (*Julius Kloiber Schlachthof GMBH e.a. t. Oostenrijk*).

123 Zie HvJ EU 26 februari 2013, *AB* 2013/131, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2013/58, m.nt. Veenbrink & De Waele, *EHRC* 2013/112, m.nt. J. Morijn (*Åkerberg Fransson*) waarin het HvJ EU aangeeft hoever het toepassingsbereik van het EU-Handvest voor de grondrechten strekt. Zie over (het toepassingsbereik van) het EU-Handvest van de grondrechten verder o.m. T. Barkhuysen en A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de EU voor het bestuursrecht', *JBplus* 2011/1, p. 3-34.

zijn te vinden in artikel 47 tot en met 50 van het EU-Handvest van de grondrechten (daar treft men onder andere de onschuldpresumptie, het legaliteitsbeginsel, het ne bis in idem-beginsel en het evenredigheidsbeginsel aan). Bij de uitleg van de in het handvest neergelegde grondrechten wordt aangesloten bij de rechtspraak van het EHRM.[124] Dat betekent bijvoorbeeld dat het HvJ EU bij de uitleg van de begrippen '(straf)vervolging' en 'strafbaar feit' aansluiting zoekt bij de rechtspraak van het EHRM over het begrip 'criminal charge' en 'criminal offence'. Het HvJ EU hanteert in dat kader dus de criteria uit het *Öztürk*-arrest.[125]

Aan de uit het verdragsrecht voortvloeiende waarborgen is sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb (1 juli 2009) ook invulling gegeven in hoofdstuk vijf van de Awb (zie in het bijzonder artikel 5:4, 5:10a en de artikelen 5:40 tot en met 5:54 Awb).[126] Deze in de Awb neergelegde waarborgen moeten op grond van de Awb echter alleen in acht worden genomen voor zover het de bevoegdheid tot oplegging van een *bestuurlijke boete* betreft. Voor andere bestraffende sancties gelden de bepalingen uit titel 5.4 alleen als zij bij wettelijk voorschrift van overeenkomstige toepassing worden verklaard[127] (in dat geval zal overigens ook titel 5.1 van overeenkomstige toepassing moeten worden verklaard[128] aangezien in titel 5.1 onder meer het (strafrechtelijke) legaliteitsbeginsel en het zwijgrecht is opgenomen). Als op een bestuursrechtelijke bestraffende sanctie, die tevens kan worden aangemerkt als 'criminal charge', de betreffende bepalingen uit hoofdstuk 5 Awb niet van (overeenkomstige) toepassing zijn (verklaard), zal de (oplegging van de) bestraffende sanctie rechtstreeks moeten worden getoetst aan de hiervoor genoemde verdragsrechtelijke waarborgen. Dit zal bijvoorbeeld vaak het geval zijn bij een bestraffende intrekking.

Uiteraard blijven de verdragsrechtelijke waarborgen ook gelden ten aanzien van bestraffende sancties waarop de artikelen 5:4, 5:10a en 5:40 tot en met 5:54 Awb wel van (overeenkomstige) toepassing zijn. Voor zover mocht blijken dat in de Vierde tranche van de Awb een te beperkte of onjuiste invulling is gegeven aan die verdragsrechtelijke waarborgen kan bijgevolg teruggegrepen worden op de relevante bepalingen uit het EVRM (of IVBPR) of, als het gaat om een sanctie die uit het Unierecht voortvloeit, het EU-Handvest van de grondrechten.

---

124 Zie ook art. 52, derde lid, EU-Handvest van de grondrechten.

125 HvJ EU 5 juni 2012, *AB* 2012/315, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *EHRC* 2012/163, m.nt. B. Van Bockel (*Bonda*) waar in r.o. 37 wordt verwezen naar EHRM 8 juni 1976, Series A vol. 22, *NJ* 1978/223 (*Engel e.a. t. Nederland*). Zie ook HvJ EU 26 februari 2013, *AB* 2013/131, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2013/58, m.nt. Veenbrink & De Waele, *EHRC* 2013/112, m.nt. J. Morijn (*Åkerberg Fransson*), r.o. 35.

126 Vergelijkbare waarborgen waren voordien (in de regel) al opgenomen in bijzondere bestuursrechtelijke wetten waarin een boetebevoegdheid is opgenomen.

127 Zie art. 5:54 Awb.

128 Zie art. 5:3 Awb.

### *3.3.2 Intensieve evenredigheidstoets*[129]

Op grond van artikel 6, eerste lid, EVRM moet er sprake zijn van een recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter die beschikt over een 'volledige toetsingsbevoegdheid' ('full jurisdiction').[130] De 'volledige toetsingsbevoegdheid' wordt door het EHRM beschreven als: 'he power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below'.[131] Ofschoon de toetsing ten aanzien van de *technische/specialistische aspecten* van besluiten van bestuursorganen beperkter (of zo men wil) marginaler mag zijn, vooral voor wat betreft de vaststelling en kwalificatie van de feiten[132] brengt de eis van 'full jurisdiction' bij bestraffende (bestuurlijke) sancties met zich dat de rechter *de evenredigheid* van de opgelegde sanctie 'vol' moet kunnen toetsen. Uit de rechtspraak van het EHRM wordt afgeleid dat de eis van 'full jurisdiction' – die ook na de nuancering in de zaak *Jussila t. Finland* nog steeds onverkort geldt[133] – met zich brengt dat de bestuursrechter de hoogte of zwaarte van bestraffende bestuursrechtelijke sancties indringend moet toetsen aan het evenredigheidsbeginsel uit artikel 3:4, tweede lid, Awb. Hij moet zich daarbij afvragen of er evenredigheid bestaat tussen de ernst van de overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie.[134] Bovendien mag de rechter – als hij constateert dat de opgelegde bestraffende sanctie niet evenredig is – zelf een lichtere (of lagere) sanctie opleggen door middel van zijn bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien op grond van artikel 8:72, derde lid, onder b, Awb. Als het om de oplegging van een bestuurlijke boete gaat dan is de rechter daartoe, op grond van artikel 8:72a Awb, zelfs verplicht.

De nationale wetgever maakt bij de toetsing van de zwaarte of hoogte van *bestuurlijke boetes* overigens een onderscheid tussen 'wettelijk gefixeerde'[135] en 'variabele'[136]

---

129 Zie over de evenredigheid bij bestuurlijke boetes ook het preadvies van Van Emmerik en Saris.

130 Zie hierover: EHRM 23 juni 1981, NJ 1982/602 (*Le Compte, Van Leuven, en De Meyere*) en EHRM 10 februari 1983, NJ 1987/315 (*Albert en Le Compte*).

131 EHRM 23 oktober 1995, Series A vol. 328-C (*Gradinger*).

132 Zie bijv. EHRM 21 juli 2011, EHRC 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen (*Sigma Radio Television Ltd. t. Cyprus*) en EHRM 27 september 2011, AB 2012/9, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, EHRC 2012/7, m.nt. A.M.L. Jansen (*Menarini Diagnostics S.R.L. t. Italië*). Vgl. in EU-context HvJ EG 21 januari 1999, zaak C-120/97 (*Upjohn*).

133 Zie bijv. EHRM 27 september 2012, AB 2012/9, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, EHRC 2012/7, m.nt. A.M.L. Jansen (*Menarini Diagnostics S.R.L. t. Italië*), EHRM 17 april 2012, nr. 21539/07 (*Steininger t. Oostenrijk*) en EHRM 4 april 2013, nrs. 21565/07, 21572/07, 21575/07 en 21580/07 (*Julius Kloiber Schlachthof GMBH e.a. t. Oostenrijk*). Zie voor de toepassing van het full jurisdiction-vereiste in EU-verband: HvJ EU 8 december 2011, AB 2012/325, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*KME Germany e.a.*).

134 Dit volgt uit ABRvS 4 juni 1996, JB 1996/172, m.nt. Van der Linden (*Huisman APK*). Zie – voor zover het gaat om de oplegging van een bestuurlijke boete – ook art. 5:46, tweede lid, Awb.

135 De hoogte van de boete is (per soort overtreding) imperatief vastgelegd in de wet of een AMVB (zie art. 5:46, derde lid, Awb).

136 In de wet is alleen een maximumboetebedrag opgenomen. Het bestuursorgaan moet per overtreding de hoogte van de boete vaststellen (in dat kader is er in de regel wel een boetebeleid vastgesteld). Zie art. 5:46, tweede lid, Awb.

boetes. De 'variabele' boetes kan de rechter 'vol'[137] toetsen[138] maar bij de 'wettelijk gefixeerde boetes' dient volgens de wetgever een terughoudender toetsing plaats te vinden.[139] De bestuursrechter moet daarbij in beginsel uitgaan van de door de wetgever gemaakte afweging.[140] Bij de door de wetgever voorgestane beperkte vorm van toetsing van wettelijk gefixeerde boetes kunnen vanuit verdragsrechtelijk oogpunt vraagtekens worden geplaatst.[141] Uit de toelichting op artikel 5:46, derde lid, Awb – dat ziet op de matigingsbevoegdheid bij wettelijk gefixeerde boetes – volgt dat de regering ervan uitgaat dat zowel het bestuursorgaan als de rechter niet bij iedere oplegging van een wettelijk gefixeerde boete over de evenredigheid hoeft te oordelen.[142] Dit is slechts anders als het boetedossier duidelijke aanwijzingen bevat waaruit volgt dat verlaging van de wettelijk gefixeerde boete is aangewezen. Dan moet het bestuursorgaan nader onderzoeken of verlaging van de boete aangewezen is.[143] Voor zover het de procedure bij de rechter betreft, hoeft volgens de regering alleen een lagere boete opgelegd te worden in die gevallen waarin de overtreder gemotiveerd heeft aangegeven dat de boete in het concrete geval onevenredig is en de rechter deze mening deelt. Er moeten dan door de overtreder *bijzondere omstandigheden* gesteld worden. Volgens de regering is dit uitgangspunt niet in strijd met het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op 'full jurisdiction'. Ik ben daar niet helemaal zeker van. Ik sluit niet uit dat de mogelijkheid om de boete te matigen – als deze wordt ingevuld conform de uitleg van de regering in de toelichting op artikel 5:46, derde lid, Awb – te beperkt is om te kunnen spreken van een 'volle toetsingsbevoegdheid'. Daarbij is ook van belang dat de bestuursrechter zich alleen over de evenredigheid kan buigen als de overtreder zelf *gemotiveerd* aanvoert dat er *bijzondere omstandigheden* zijn die tot matiging nopen. Aangezien de bestuursrechter – nog los van wat in de toelichting is gesteld – op grond van artikel 8:69 lid 1 Awb niet buiten de aangevoerde gronden mag treden is de bestuursrechter dus volledig afhankelijk van hetgeen de overtreder naar voren brengt. Dat brengt met zich dat hij, zélfs als hij een boete onmiskenbaar te hoog vindt, in principe niets kan veranderen aan de boetehoogte als de overtreder daarover niet heeft geklaagd.[144]

Overigens verdient opmerking dat de Nederlandse bestuursrechters ook bij deze 'wettelijk gefixeerde bestuurlijke boetes' – wars van de bedoeling van de

---

137 Zie bijv. CRvB 27 mei 2010, JB 2010/186, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*Tw-boete verzwegen halfwezenpensioen*); ABRvS 17 maart 2010, JB 2010/108, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*Nigeriaanse krantenjongen*); ABRvS 26 september 2012, JB 2012/257 (*Wion-boete onzorgvuldige graafwerkzaamheden*) en CBb 16 november 2010, JB 2011/54 (*Msw-boete 'ongeboren' mest*).

138 Dit geldt in principe ook als door een bestuursorgaan beleidsregels zijn opgesteld waarin per overtreding de op te leggen boete is bepaald (een standaard marginale tweefasentoetsing is dan bovendien naar mijn mening niet op haar plaats). Zie bijv.: CRvB 27 mei 2010, JB 2010/186, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*verzwegen halfwezenpensioen*) en ABRvS 17 maart 2010, JB 2010/108 (*Nigeriaanse krantenjongen*).

139 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 142-143. De in art. 5:46, derde lid, Awb neergelegde matigingsbevoegdheid wordt gezien als een 'antihardheidsclausule'.

140 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, in het bijzonder p. 142.

141 Zie Albers 2002, p. 248-252.

142 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, in het bijzonder p. 142-143.

143 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29702, nr. 7, p. 53 (Nota naar aanleiding van het verslag).

144 Zie hierover ook (meer uitvoerig en enigszins anders) het preadvies van Van Emmerik en Saris.

wetgever – invulling proberen te geven aan de verdragsrechtelijke eis van 'full jurisdiction'. In dat kader heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven een voortrekkersrol vervuld.[145] De wijze waarop de Nederlandse bestuursrechters invulling geven aan hun toetsingsbevoegdheid bij wettelijk gefixeerde boetes lijkt, mede gelet op recente rechtspraak van het EHRM, EVRM-*proof*.[146]

### *3.3.3 Cumulatie van sancties*

Het komt in het bestuursrecht regelmatig voor dat voor *dezelfde overtreding*[147] (dat wil zeggen de overtreding van één wettelijk voorschrift) verschillende sancties na(ast) elkaar kunnen worden opgelegd.[148] In sommige gevallen is zo'n cumulatie van sancties toegestaan. In andere gevallen verzetten vooral de verdragsrechtelijke waarborgen, waaronder het *ne bis in idem*-beginsel (zie ook artikel 5:43 Awb) en het *una via*-beginsel (zie ook artikel 5:44 Awb),[149] zich tegen een dergelijke opeenstapeling van sancties.

Bij de vraag of ten aanzien van *dezelfde overtreding* bepaalde sancties na(ast) elkaar mogen worden opgelegd, speelt het onderscheid tussen bestraffende sancties en herstelsancties een doorslaggevende rol. Zo kunnen ten aanzien van dezelfde overtreding (bijvoorbeeld handelen in strijd met een voorschrift uit een omgevingsvergunning voor een inrichting) na(ast) elkaar een last onder dwangsom (herstelsanctie) en een strafrechtelijke boete (bestraffende sanctie) worden opgelegd.[150] Ook kunnen ten aanzien van dezelfde overtreding gelijktijdig of na elkaar een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete worden opgelegd. Dat een dergelijke cumulatie van bestraffende sancties en herstelsancties is toegestaan heeft vooral te maken met het feit dat genoemde sancties verschillende doelen dienen (met de last onder dwangsom wordt herstel van de rechtmatige toestand beoogd, met de strafrechtelijke dan wel bestuurlijke boete leedtoevoeging).

---

145 Zie daarover o.m.: C.L.G.F.H. Albers, 'Hardheidsclausules in het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok e.a. (red.), *In de regel*, Deventer: Kluwer 2012, p. 89-111, in het bijzonder p. 99-103 en CBb 28 februari 2012, *JB* 2012/134, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*Meststoffenwetboete*).

146 EHRM 7 juni 2012, *AB* 2012/334, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Segame SA t. Frankrijk*). Zie verder met betrekking tot de toelaatbaarheid van wettelijk gefixeerde boetes in het EU-sanctierecht HvJ EU 9 februari 2012, *AB* 2012/56, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Urbán*).

147 Zie over het begrip 'dezelfde overtreding' (en 'dezelfde gedraging') Albers 2002, p. 229 e.v. en Michiels & De Waard 2007, p. 63-64.

148 Deze situatie moet worden onderscheiden van de situatie waarin iemand door één feitelijk handelen of nalaten meerdere wettelijke voorschriften overtreedt die ieder afzonderlijk gesanctioneerd kunnen worden. Er is dan sprake van het plegen van meerdere overtredingen. In dat geval is er, afhankelijk van de concrete omstandigheden, sprake van eendaadse of meerdaadse samenloop (zie met betrekking tot meerdaadse samenloop art. 5:8 Awb).

149 Dit beginsel brengt met zich dat wanneer ter zake van een gedraging, die zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk kan worden afgedaan, eenmaal een keuze is gemaakt voor de ene of de andere weg, en de daarbij behorende handelingen zijn verricht, deze weg als definitief moet worden aangemerkt. Zie uitvoerig over het *una via*-beginsel Rogier 1992.

150 Zie bijv. ABRvS 11 februari 2000, *JB* 2000/75, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*shredderinstallatie*); zie ook CRvB 21 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA0917 (*intrekking en terugvordering toeslag en bestuurlijke boete gezamenlijke huishouding*).

Het tegelijkertijd of achtereenvolgens opleggen van twee bestraffende bestuursrechtelijke sancties ten aanzien van dezelfde overtreding is, gelet op het *ne bis in idem*-beginsel, uitgesloten. Op grond van het *una via*-beginsel geldt hetzelfde voor de cumulatie van een bestraffende bestuursrechtelijke sanctie en een (bestraffende) strafrechtelijke sanctie. Voor wat betreft de oplegging van bestuurlijke boetes zijn beide cumulatieverboden opgenomen in de Awb, en wel in artikel 5:43 Awb (*ne bis in idem*) en artikel 5:44 Awb (*una via*). Hoewel dat in het kader van dit preadvies minder relevant is, wordt op deze plaats volledigheidshalve vermeld dat ten aanzien van één overtreding in beginsel slechts één herstelsanctie tegelijkertijd kan worden opgelegd (vgl. artikel 5:6 Awb).[151]

### *3.3.4 Extra rechtsbescherming bij een bestraffende sanctie*

Het aanbrengen van een onderscheid tussen bestraffende en herstelsancties is dus van belang omdat er bij de oplegging van een bestraffende bestuursrechtelijke sanctie (die tevens kan worden aangemerkt als 'criminal charge') sprake is van 'extra' ofwel 'verhoogde rechtsbescherming'.[152] Het valt op dat de Nederlandse bestuursrechter de 'verhoogde rechtsbescherming' in veel gevallen alleen koppelt aan de vraag of er sprake is van een *bestraffende sanctie* en niet (expliciet) aan de vraag of er (naar zijn oordeel) sprake is van een '*criminal charge*'.[153] Eigenlijk gaat het hier om twee afzonderlijke vragen maar de Nederlandse bestuursrechter lijkt de term 'bestraffende sanctie' in de regel te beschouwen als synoniem voor 'criminal charge' (en omgekeerd).[154] In beginsel is het uitgangspunt dat een bestraffende sanctie ook een 'criminal charge' zal opleveren goed verdedigbaar. Het bestraffende karakter van de sanctie is voor het EHRM in de regel immers voldoende om te kunnen concluderen dat er sprake is van een 'criminal charge'. Soms heeft het EHRM echter nog aanvullende criteria nodig om tot die conclusie te komen.[155] Zo kan bijvoorbeeld de zwaarte van de sanctie nog een aanvullende rol spelen.

Voor zover een sanctie door het EHRM niet wordt aangemerkt als 'criminal charge' maar zij door de Nederlandse bestuursrechter wel wordt aangemerkt als bestraffende sanctie hoeven de strafprocesrechtelijk getinte *verdragsrechtelijke* waarborgen vanuit Europeesrechtelijk perspectief niet in acht te worden genomen. Voor

---

151 Zie uitgebreid over de cumulatie van sancties L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 664-669 en Michiels & De Waard 2007, p. 62-68.

152 Tegen de achtergrond van het bieden van een verhoogde rechtsbescherming is ook wel gepleit voor het maken van andere onderscheidingen, bijv. tussen lichte en zware bestraffende sancties (bijv. door Den Houdijker 2006, p. 37 e.v.). Bij de lichtere sancties zou dan kunnen worden volstaan met een beperktere rechtsbescherming. Daarbij kan dan weer de vraag worden opgeworpen welke sancties licht zijn en welke zwaar, en hoe dat te meten.

153 Zie hierover ook Michiels & De Waard 2007, p. 19-20.

154 Zie bijv. ABRvS 4 maart 1999, JB 1999/69, m.nt. Albers (*korting rijksvergoeding TWAO*); ABRvS 27 maart 2002, JB 2002/124, m.nt. Albers (*Dutch Courage Management BV*); CRvB 7 februari 2003, JB 2003/88, m.nt. Albers (*meerinkomen WSF*); CBb 15 december 2006, JB 2007/35, m.nt. Albers (*uitdelen van sigaren op horecavakbeurs*) en ABRvS 28 oktober 2009, JB 2009/268, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*intrekking horeca-exploitatievergunning café M. te Venlo*).

155 Zie Albers 2002, p. 36 en p. 84 e.v. en de annotaties van mijn hand onder EHRM 9 oktober 2003, EHRC 2003/90 (*Ezeh en Connors*) en EHRM 23 november 2006, EHRC 2007/31 (*Jussila t. Finland*).

bestuurlijke bestraffende sancties die niet onder hoofdstuk 5 van de Awb vallen,[156] betekent dit strikt genomen dat bij de oplegging van deze sancties met straf(proces)rechtelijke waarborgen geen rekening hoeft te worden gehouden. Mijns inziens is het buiten toepassing laten van strafprocesrechtelijke waarborgen bij deze categorie bestraffende sancties echter niet aan de orde. Vanwege het bestraffende karakter moeten deze sancties worden gerekend tot het strafrecht in ruime zin.[157] Daarom moeten de (belangrijkste) strafprocesrechtelijke waarborgen bij de oplegging van deze bestraffende sancties evenzeer in acht worden genomen.[158] Door ervoor te waken dat bij de oplegging van bestraffende sancties acht wordt geslagen op deze waarborgen wordt voorzien in een (tenminste op fundamentele punten[159]) gelijkwaardige rechtsbescherming, ongeacht of er sprake is van een bestraffende bestuursrechtelijke sanctie, een strafbeschikking of een reguliere strafrechtelijke procedure. Dit is eens te meer van belang nu de keuze voor de ene dan wel de andere sanctie vooral door pragmatische overwegingen is ingegeven.

---

156 Zie daarover par. 3.3.1.

157 Zie hierover uitvoeriger par. 2.4.

158 Daar komt nog bij dat ook in de Vierde tranche de 'extra' straf(proces)rechtelijke waarborgen zijn gekoppeld aan het *bestraffende karakter* van de sanctie waarbij niet de eis wordt gesteld dat er tevens sprake moet zijn van een 'criminal charge' in de zin van art. 6 EVRM. Vgl. art. 5:54 Awb.

159 Zolang bepaalde bestraffende sancties onder het bestuursprocesrecht vallen en andere onder het strafprocesrecht zullen er wel belangrijke procedurele verschillen blijven bestaan die kunnen leiden tot een verschil in rechtsbeschermingsniveau (zie daarover uitvoerig hoofdstuk 5 van dit preadvies).

# 4 Welke bestuurlijke sancties zijn bestraffend?

Bij het begrip bestraffende bestuurlijke sanctie wordt meestal direct gedacht aan de bestuurlijke boete. Dit is niet zo vreemd. De bestuurlijke boete is immers de bestuurlijke bestraffende sanctie *pur sang*. Het bestraffend karakter van de bestuurlijke boete is onomstreden.[160] Op de bestuurlijke boete zal ik hier verder dan ook niet uitgebreid ingaan.[161]

Meer onduidelijkheid bestaat ten aanzien van niet in de Awb geregelde sancties en maatregelen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de intrekking van begunstigende beschikkingen bij wijze van sanctie,[162] de maatregel in het socialezekerheidsrecht (inhoudende een korting of (tijdelijke of blijvende) stopzetting van de uitkering) en 'naming and shaming'.[163] Deze drie sancties worden hierna besproken. Daarbij staat de vraag centraal of zij moeten worden aangemerkt als bestraffende sancties. Bovendien moet (vooral) bij sommige vormen van intrekking nog de (voor)vraag gesteld worden of het überhaupt wel gaat om een bestuurlijke sanctie, dat wil zeggen om een reactie (van een bestuursorgaan) op een overtreding.[164]

## 4.1 De intrekking van een begunstigende beschikking[165]

De intrekking van een begunstigende beschikking kan om verschillende redenen plaatsvinden. In lang niet alle gevallen zal de intrekking een reactie vormen op een overtreding. Zo kan een bepaalde vergunning worden ingetrokken omdat iemand

---

160 Zie art. 5:40, eerste lid, Awb en *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 84.

161 Zie daarover o.m. Albers 2002 en Bröring 2005.

162 T.a.v. de bevoegdheid tot intrekking van beschikkingen (zowel bij wijze van sanctie als op andere gronden) werd door de regering bij de totstandkoming van de Vierde tranche Awb – intussen tien jaar geleden – nog vrij stellig aangegeven dat daarvoor een (algemene) regeling in de Awb op niet al te lange termijn voor de hand zou liggen (Vijfde tranche Awb?). Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 74. Tot op heden lijkt er echter nog geen sprake te zijn van activiteit aan het wetgevingsfront.

163 Zie daarover ook J.J. Reuveny, A.C. Beijering-Beck, B.R.J. de Haan & M.C.T.M. Sonderegger, *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen* (Jonge VAR-Reeks 10), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

164 Vgl. Michiels & De Waard 2007, p. 9-10.

165 Zie over deze sanctie uitvoerig: C.L.G.F.H. Albers, 'De intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie', NTB 2009/24, p. 173 t/m 184. Zie over intrekking in het algemeen ook: W. den Ouden, 'De intrekking van begunstigende beschikkingen door bestuursorganen. Eens gegeven blijft gegeven?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 689-715.

niet meer voldoet aan de voorwaarden die gelden om in aanmerking te komen voor zo'n vergunning.[166] Ook kan intrekking van een standplaatsvergunning bijvoorbeeld het gevolg zijn van een gewijzigd gemeentelijk standplaatsenbeleid.

Zelfs als de intrekking van een begunstigende beschikking direct verband *lijkt* te houden met onrechtmatig handelen, heeft de intrekking soms niets van doen met sanctionering. Dit komt duidelijk naar voren in een uitspraak over de intrekking van een exploitatievergunning voor een coffeeshop in Enschede. De intrekking vond plaats omdat de vergunninghouder niet meer voldeed aan de aan hem op grond van de (Enschedese) Drank- en Horecaverordening te stellen eisen met betrekking tot zijn levensgedrag.[167] Hij was namelijk twee keer veroordeeld wegens overtredingen van de Opiumwet. Gelet op artikel 12e van de Drank- en Horecaverordening *moest* de burgemeester van Enschede, vanwege deze overtredingen, de vergunning intrekken. Deze intrekking betreft volgens de Afdeling bestuursrechtspraak in ieder geval géén bestraffende sanctie. Zie ik het goed dan is er hier zelfs in het geheel geen sprake van een sanctie. De vergunninghouder voldoet niet langer aan de wettelijke eisen waaraan moet zijn voldaan om in aanmerking te komen voor (verlening van) de vergunning. Daarom moet de vergunning worden ingetrokken.[168] Iets anders is dat degene tot wie het intrekkingsbesluit is gericht een dergelijke intrekking kan (en meestal ook zal) ervaren als een sanctie.[169] Het voorgaande geldt ook voor de intrekking van een exploitatievergunning als op grond van een Bibob-advies is vastgesteld dat er sprake is van ernstig gevaar dat deze vergunning wordt gebruikt voor het plegen van strafbare feiten.[170]

De rechtspraak is echter niet eenduidig en is in ontwikkeling. Dat blijkt ook uit een recente (opmerkelijke) uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin zij heeft geoordeeld dat de ongeldigverklaring (voor ten minste 24 maanden) van een rijbewijs en de verplichting om aan een alcoholslotprogramma mee te werken ten aanzien van vrachtwagenchauffeurs in het algemeen (enkel) vanwege de zwaarte van de maatregel als 'criminal charge' moet worden aangemerkt.[171] Gevolg van de ongeldigverklaring van het rijbewijs en de verplichting om aan een alcoholslotprogramma deel te nemen is dat een vrachtwagenchauffeur nog wel kan rijden in een van een alcoholslot voorziene personenauto maar dat hij in zijn vrachtwagen

---

166 Zie bijv. ABRvS 27 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3238 (*ongeldigverklaring rijbewijs i.v.m. drugsmisbruik*).

167 Zie ABRvS 11 mei 2005, *Gst.* 7242, 194, m.nt. Albers (*coffeeshop Enschede*). Vgl. overigens ook: EHRM 7 juli 1989, Series A vol. 159 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Sweden*).

168 Vgl. ook ABRvS 27 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3238 (*ongeldigverklaring rijbewijs i.v.m. drugsmisbruik*) en ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:12 (*intrekking toestemming tot het verrichten van beveiligingswerkzaamheden vanwege bijtincident surveillancehond*).

169 Zoals in paragraaf 3.2.1 en 3.2.2 is aangegeven is subjectieve leedervaring (naar geldend recht) echter niet doorslaggevend voor de kwalificatie van een sanctie als bestraffende sanctie.

170 Vgl. ABRvS 19 september 2007, *JB* 2007/196, m.nt. Overkleeft-Verburg (*coffeeshop Meram Assen*) en ABRvS 22 november 2006, *Gst.* 2007, 44, m.nt. Van den Berg en Heinen. Zie ook EHRM 20 maart 2012, *AB* 2012/284, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, *EHRC* 2012/159, m.nt. Rogier (*Bingöl t. Nederland*).

171 ABRvS 23 oktober 2013, *JB* 2013/247 (*alcoholslot vrachtwagenchauffeur*). Voor personen die alleen in het bezit zijn van rijbewijs B geldt dit niet (zie bijv. ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1770).

niet kan rijden (en dus niet kan werken) omdat in vrachtwagens geen alcoholslot wordt ingebouwd.[172]

Vormt de intrekking wel een reactie op een overtreding dan is vaak onduidelijk of er sprake is van een bestraffende sanctie of van een herstelsanctie. Dat houdt onder meer verband met het feit dat – voor zover de intrekking een wettelijke bevoegdheidsgrondslag kent – de wet(sgeschiedenis) meestal zwijgt over het karakter van de intrekking. Juist daarom wordt de bestuursrechter regelmatig geconfronteerd met de vraag of een bepaald intrekkingsbesluit moet worden aangemerkt als bestraffende sanctie. Een antwoord op de vraag wanneer een intrekking bestraffend is, moet dan ook vooral in de rechtspraak worden gezocht. Daarbij valt op dat de vraag naar het karakter van een intrekkingsbesluit indien mogelijk omzeild lijkt te worden.[173]

Doorslaggevend voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een bestraffende sanctie is volgens de Afdeling bestuursrechtspraak of de sanctie ertoe strekt *normconform gedrag te bewerkstelligen* door middel van het *toebrengen van leed* in de zin van *geïndividualiseerd concreet (financieel) nadeel*.[174] De Afdeling gebruikt niet in alle uitspraken dezelfde formulering. Zo stelt zij bijvoorbeeld in een andere uitspraak dat voor beantwoording van de vraag of een intrekking bestraffend is, doorslaggevend is of er sprake is van 'de naleving van rechtsnormen door middel van de toevoeging van extra leed, ter afschrikking (...)'.[175] De strekking van beide definities is echter vergelijkbaar. Opvallend is overigens – zoals ook uit de hiernavolgende bespreking zal blijken – dat de Afdeling bestuursrechtspraak in het overgrote gedeelte van de aan haar voorgelegde zaken oordeelt dat de intrekking *niet* bestraffend is.[176]

Omdat de intrekking van begunstigende beschikkingen bij wijze van sanctie veel voorkomt en omdat over het karakter van de sanctie nog veel onduidelijkheid bestaat, zal ik daar hierna uitvoeriger bij stil staan.[177]

### 4.1.1 *Intrekking en terugvordering van subsidie*

De intrekking van een subsidie bij wijze van sanctie wordt in de regel aangemerkt als een *herstelsanctie*. Meestal vormt de intrekking een reactie op het *niet voldoen aan een* bepaalde, in de subsidieverlenings- dan wel vaststellingsbeschikking opgenomen, (administratieve) *voorwaarde*. Dit was bijvoorbeeld het geval in de casus die ten grondslag lag aan ABRvS 18 juli 2007[178] waarin een woningverbeteringssubsidie

---

172 Dit onderscheid is door de wetgever welbewust gemaakt. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31896, nr. 3, p. 17.

173 Zie bijv. ABRvS 12 januari 2011, ECLI:NL:RVS:BP0522 (*tijdelijke schorsing standplaatsvergunning weekmarkt Biesbos*).

174 ABRvS 20 november 2002, JB 2003/18, m.nt. Albers (*Regionale Zeeuwsch-Vlaamse Woningbouwvereniging*).

175 Zie bijv. ABRvS 4 juni 1996, JB 1996/172, m.nt. Van der Linden (*Huisman APK*).

176 Zie daarover uitvoeriger Albers 2009.

177 Zie ook Bröring 2005, p. 51 e.v. die op p. 58-59 (terecht) kritisch oordeelt over deze onduidelijkheid.

178 JB 2007/169, AB 2007/349, m.nt. Barkhuysen & Den Ouden (*Triplewood BV*).

voor 75 procent werd ingetrokken en teruggevorderd omdat Triplewood BV binnen tien jaar na het gereedkomen van de werkzaamheden de met de subsidie gerenoveerde woningen had verkocht en dit niet conform de subsidievoorwaarden had gemeld. Ook kan er sprake zijn van *het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens* bij het indienen van de aanvraag.[179] In dit kader kan bijvoorbeeld worden gewezen op de uitspraak over de Haagse woningverbeteringssubsidies[180] (onjuiste gegevens) en op de intrekking van een subsidie ten behoeve van het verkrijgen van een nieuwe woning wegens het niet tijdig verstrekken van de (op grond van artikel 27 Beschikking geldelijke steun eigen woningen 1984) gevraagde inkomensgegeven (onvolledige gegevens).[181]

In casus die zien op de intrekking van een subsidie vanwege het niet voldoen aan een subsidievoorwaarde of het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie is het herstelkarakter van de sanctie naar mijn mening soms discutabel. Ik licht dat toe aan de hand van hiervoor al aangehaalde uitspraken over de Haagse woningverbeteringssubsidies en Triplewood BV.

In de uitspraak over de Haagse woningverbeteringssubsidies werd de subsidie die voor woningverbetering was toegekend *volledig* ingetrokken en teruggevorderd terwijl, op basis van verstrekking van onjuiste gegevens, (slechts) *een derde deel* van de subsidie *daadwerkelijk ten onrechte was ontvangen*. De Afdeling bestuursrechtspraak concludeert dat deze *volledige intrekking* van de subsidie niet als bestraffende sanctie kan worden aangemerkt.[182] De intrekkingsbesluiten hebben volgens de Afdeling het karakter van een herstelsanctie, omdat zij hun grond vinden in het feit dat niet is voldaan aan de, aan het toekennen van de subsidie gestelde voorwaarde, dat die gegevens worden verstrekt die nodig zijn voor een juiste toepassing van de subsidieverordeningen. Is de *volledige intrekking* van de subsidie in die zaak door de Afdeling bestuursrechtspraak niet ten onrechte aangemerkt als een herstelsanctie? Door ook over te gaan tot intrekking van het deel van de subsidie dat terecht aan de aanvrager was verstrekt kan toch alleen maar leedtoevoeging zijn beoogd (men wil de fraudeurs duidelijk maken dat zij fout bezig zijn).[183] Wellicht speelden in die zaak ook rechtspolitieke overwegingen een rol. De kwalificatie van de intrekking en terugvordering als bestraffende sanctie (en 'criminal charge') zou namelijk hebben geleid tot vernietiging van het intrekkings- en terugvorderingsbesluit. In de subsidieverordening

---

179 Zie bijv. ABRvS 26 januari 2011, JB 2011/49, m.nt. De Kam (*woningverbeteringssubsidies President Steynstaat Amsterdam*).

180 ABRvS 8 februari 2000, JB 2000/91, m.nt. Albers, AB 2001/118, m.nt. Damen (*Haagse woningverbeteringssubsidies*).

181 ABRvS 11 juli 2000, JB 2000/245, m.nt. Albers (*opschoningsactie 'eigen woningsubsidie'*).

182 Vgl. ABRvS 18 juli 2007, JB 2007/169, AB 2007/349, m.nt. Barkhuysen & Den Ouden (*Triplewood BV*). Zie verder ABRvS 31 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8639 (*Beëindigingssubsidie varkensmester*).

183 Zie in deze zin ook L.J.A. Damen, 'Van algemene rechtsbeginselen en gemene rechtsleren', in: H.E. Koning & E.J.M. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001, p. 57-71; B.J. van de Griend, *Het oogmerk als ijkpunt*, Den Haag: Raad van State 2003, p. 49 en A.B. Blomberg, *Handhaven binnen EVRM-grenzen* (VAR-Reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 115-193, in het bijzonder p. 165-166. Zie verder M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'De knopen zijn nog niet ontward. Enkele onopgeloste subsidieproblemen', *JBplus* 2002, p. 72-84, in het bijzonder p. 81. Anders: Michiels & De Waard 2007, p. 36. Zie voorts *PG Awb III*, p. 239 lk.

ontbrak namelijk een intrekkings- en terugvorderingsbevoegdheid. Bijgevolg zou intrekking en terugvordering als bestraffende sanctie ('criminal charge') in strijd komen met het legaliteitsvereiste uit artikel 7 EVRM.[184]

Ook de kwalificatie van de intrekking en terugvordering van 75 procent van de woningverbeteringssubsidie als herstelsanctie in de zaak *Triplewood BV* is mijns inziens discutabel.[185] Om speculatie met gerenoveerde woningen te voorkomen was in die casus in de subsidievoorwaarden een bepaling opgenomen dat gerenoveerde woningen niet binnen tien jaar na het gereedkomen mochten worden verkocht. Gebeurde dat wel dan moest de ontvanger van de subsidie daar melding van maken. Afhankelijk van de termijn die al verstreken was sinds het gereedkomen van de renovatie moest dan een deel van de subsidie worden terugbetaald. Bij verkoop in het eerste jaar moest 65 procent worden terugbetaald. In de jaren daaropvolgend steeds minder. Bij het niet naleven van de meldingsplicht (wat in de zaak *Triplewood BV* het geval was) werd echter, ongeacht het aantal verstreken jaren (in casu betrof het ruim acht jaren) 75 procent van de subsidie ingetrokken en teruggevorderd. De rechtbank gaf in de beroepsprocedure aan dat er sprake was van een bestraffende sanctie (en van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM). De Afdeling bestuursrechtspraak onderschreef die opvatting niet. Zij stelde – ter ontkrachting – slechts dat de terugvorderingsbevoegdheid ten doel had te bewerkstelligen dat de gesubsidieerde zich zou houden aan de subsidievoorwaarden en dat het terugvorderingsbesluit dan ook een reparatoir karakter had. Overtuigend is die conclusie niet. Werd Triplewood BV hier niet ingepeperd dat zij normconform (nl. volgens de subsidievoorwaarden) moet handelen door toevoeging van geïndividualiseerd concreet nadeel?[186]

### 4.1.2 *De tijdelijke intrekking van een (duur)vergunning*

Het *tijdelijke* karakter van de intrekking van een (duur)vergunning (als reactie op een overtreding[187]) is in de literatuur lange tijd als een belangrijke indicatie aangemerkt voor het bestraffend karakter van de intrekking.[188] In een uitspraak van 22 maart 2002 merkte het College van Beroep voor het bedrijfsleven de tijdelijke schorsing van de erkenning als vervoersonderneming (in de zin van artikel 8, tweede lid, Besluit dierenvervoer 1994) voor zes weken aan als bestraffende sanctie.[189] Door een wijziging van het sanctiebeleid wordt de duur van een dergelijke schorsing tegenwoordig (als zij gebaseerd is op deze (nieuwe) beleidsregels) afhankelijk gesteld van een handelen van de overtreder. De overtreder kan de schorsing ongedaan maken door 'orde op zaken te stellen' (waarna de schorsing weer vervalt). Omdat de schorsing ten doel heeft de overtreder 'orde op zaken te laten stellen' en

---

184 Vgl. Van de Griend 2003, p. 49.

185 Hetzelfde geldt voor ABRvS 26 januari 2011, JB 2011/49, m.nt. De Kam (*woningverbeteringssubsidies President Steynstaat Amsterdam*) waarin dezelfde problematiek aan de orde is.

186 Vgl. Van de Griend 2003, p. 52. Zie verder Barkhuysen & Den Ouden in hun noot onder de *Triplewood*-zaak (AB 2007/349) en De Kam in haar noot onder ABRvS 26 januari 2011, JB 2011/49 (*woningverbeteringssubsidies President Steynstaat Amsterdam*).

187 Vgl. Michiels & De Waard 2007, p. 26.

188 Vgl. Van de Griend 2003, p. 36; Bröring 2005, p. 57-58 en Michiels & De Waard 2007, p. 25 en 31.

189 CBb 22 maart 2002, JB 2002/153, m.nt. Albers.

de overtreder zelf in handen heeft hoe lang de schorsing voortduurt, kent zij volgens het CBb (tegenwoordig) een herstelkarakter.[190]

Ook de Afdeling bestuursrechtspraak ging er in sommige uitspraken van uit dat het tijdelijke karakter van de sanctie met zich bracht dat er sprake was van een bestraffende sanctie. Zo merkte de Afdeling bestuursrechtspraak in een uitspraak van 12 oktober 2000[191] de tijdelijke intrekking van een exploitatievergunning van een coffeeshop, in verband met schending van de openbare ordebepalingen uit de Amsterdamse APV, aan als bestraffende sanctie. De intrekking van een vergunning voor een vaste standplaats op de markt voor de duur van één week, vanwege het met een metalen stang van een kledingrek toebrengen van lichamelijk letsel door de standplaatshouder aan een andere persoon werd door de Afdeling ook aangemerkt als bestraffende sanctie.[192] Verder werd lange tijd (nl. gedurende ongeveer tien jaar) ook het (tijdelijk) intrekken van de erkenning tot het uitvoeren van APK-keuringen door de Afdeling aangemerkt als een bestraffende sanctie.[193] Eind 2005 is de Afdeling bestuursrechtspraak daar echter van teruggekomen.[194] Zij neemt nu het standpunt in dat er bij het (tijdelijk) intrekken van de erkenning tot het uitvoeren van APK-keuringen in het geheel geen sprake is van een sanctie maar van een '*bestuurlijke maatregel*' in het kader van *interbestuurlijk toezicht*.[195] Ook bij de (tijdelijke) sluiting van horecagelegenheden in verband met de handhaving van de openbare orde wordt tegenwoordig het standpunt gehuldigd dat het niet gaat om een (bestraffende) sanctie maar om 'een maatregel in het kader van de handhaving van de openbare orde.'[196] Bovendien wordt ten aanzien van een met de tijdelijke sluiting van een horecagelegenheid vergelijkbare tijdelijke intrekking van een exploitatievergunning door de Afdeling soms weer een andere redenering gevolgd (die eveneens leidt tot de conclusie dat er geen sprake is van bestraffing).[197] Deze uitspraken staan haaks op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 12 oktober 2000[198] waarin de tijdelijke intrekking van een exploitatievergunning van een coffeeshop, in verband met schending van de openbare ordebepalingen uit de Amsterdamse APV wel werd aangemerkt als bestraffende sanctie.

---

190 CBb 22 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP9353.

191 ABRvS 12 oktober 2000, JB 2000/328 (*coffeeshop Amsterdam*).

192 ABRvS 30 maart 2001, JB 2001/129, m.nt. Albers, AB 2001/189, m.nt. Damen (*standplaatsvergunning Amsterdam*).

193 Zie bijv. ABRvS 15 februari 2001, JB 2001/88, m.nt. Albers. Zie over het bestraffende karakter van de APK-keuringserkenning overigens de kritische annotaties van Schreuder-Vlasblom onder ABRvS 8 oktober 1999, AB 1999/460; ABRvS 10 februari 2000, AB 2000/145 en ABRvS 2 mei 2000, AB 2000/267.

194 ABRvS 2 november 2005, JB 2006/11, m.nt. Albers, AB 2006/20, m.nt. Michiels.

195 Het omgaan van de Afdeling in deze uitspraak is overigens niet van kritiek verstoken gebleven. Zie o.a. de annotatie van Michiels onder de uitspraak in AB 2006/20 en Michiels & De Waard 2007, p. 33-34.

196 Vgl. ABRvS 3 mei 2005, JB 2006/190, m.nt. Albers ('*De Danssalon' Eindhoven*).

197 ABRvS 28 oktober 2009, JB 2009/268, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*intrekking horeca-exploitatievergunning café M. te Venlo*) en ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5952 (*weigering en intrekking exploitatievergunningen coffeeshops Amsterdam*). Zie daarover uitvoeriger par. 4.1.5.

198 ABRvS 12 oktober 2000, JB 2000/328 (*coffeeshop Amsterdam*).

Hoewel ten aanzien van sommige hiervoor genoemde tijdelijke intrekkingen het herstelkarakter discutabel lijkt,[199] zijn er situaties denkbaar waarin een tijdelijke intrekking van een vergunning soms werkelijk moet worden aangemerkt als een herstelsanctie. Dat gold bijvoorbeeld bij de tijdelijke intrekking (voor de duur van twee weken) van een vergunning voor de uitoefening van de IJsselmeervisserij. Met de tijdelijke intrekking werd in dat geval namelijk alsnog de beoogde vangstbeperking gerealiseerd en het door de vissers genoten voordeel tenietgedaan.[200]

### *4.1.3 Een schimmige sanctie of een kameleon?*

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat intussen het tijdelijke karakter van de intrekking van duurbeschikkingen (als reactie op een overtreding) niet langer een duidelijke indicatie vormt voor het bestraffende karakter van de sanctie.

Verder neemt de Afdeling ten aanzien van maatregelen die uitsluitend worden getroffen om verstoringen van de openbare orde te herstellen dan wel te voorkomen, het standpunt in dat deze maatregelen geen bestraffende sanctie vormen. Dit geldt bijvoorbeeld als er sprake is van (*definitieve*) *intrekking* van een drank- en horecavergunning (op grond van de Drank- en Horecawet) *met uitsluitend als doel het herstellen dan wel voorkomen van verstoringen van de openbare orde*[201] en als er sprake is van een *tijdelijke sluiting* van (bijvoorbeeld) een horeca-inrichting op grond van openbare ordebepalingen uit de APV.[202] De vraag is bovendien hoe deze 'openbare orderechtspraak' gerijmd kan worden met uitspraken waarin de Afdeling oordeelt dat de tijdelijke intrekking van een exploitatievergunning geen 'criminal charge' (en daarmee geen bestraffende sanctie) is 'nu deze intrekking niet is gericht op het toebrengen van concreet nadeel dat verder gaat dan herstel van de rechtstoestand vóór verlening van de vergunning'.[203]

Ten slotte is[204] er volgens de Afdeling bestuursrechtspraak ook bij het (tijdelijk) intrekken van de erkenning tot het uitvoeren van APK-keuringen (althans sinds 2005) geen sprake (meer) van een sanctie maar van een '*bestuurlijke maatregel*' in het kader van *interbestuurlijk toezicht*.[205]

Op de motivering van de Afdeling bestuursrechtspraak – voor zover al aanwezig – waarom deze laatste drie vormen van intrekking niet (meer) als bestraffende sanctie moeten worden aangemerkt valt het nodige af te dingen. Ik zal dat hierna nader uitwerken.

---

199 Zie daarover par. 4.1.4, 4.1.5 en 4.1.6.

200 Zie ABRvS 14 april 2004, JB 2004/208 (*IJsselmeervisserij*).

201 Zie bijv. ABRvS 27 maart 2002, JB 2002/124, m.nt. Albers (*Dutch Courage Management BV*). In die uitspraak ging het om een intrekking op grond van art. 31, eerste lid, onder d, en art. 31, zesde lid Drank- en Horecawet (oud) (thans is dat art. 31, eerste lid, onder c, Drank- en Horecawet).

202 Vgl. ABRvS 3 mei 2005, JB 2006/190, m.nt. Albers ('*De Danssalon*' *Eindhoven*).

203 ABRvS 28 oktober 2009, JB 2009/268, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*intrekking horeca-exploitatievergunning café M. te Venlo*) en ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5952 (*weigering en intrekking exploitatievergunningen coffeeshops Amsterdam*).

204 Ofschoon in een enkele uitspraak nog het woord 'sanctie' wordt gebruikt. Vgl. ABRvS 4 november 2009, JB 2009/272, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*tijdelijke intrekking APK-keuringserkenning*).

205 ABRvS 2 november 2005, JB 2006/11, m.nt. Albers, AB 2006/20, m.nt. Michiels.

### 4.1.4 *Intrekking of sluiting als maatregel ter handhaving van de openbare orde*

Ten aanzien van maatregelen die uitsluitend worden getroffen om verstoringen van de openbare orde te herstellen dan wel te voorkomen, neemt de Afdeling bestuursrechtspraak het standpunt in dat zij geen bestraffende sanctie vormen. Michiels en De Waard geven aan dat er naar hun mening bij maatregelen ter handhaving van de openbare orde in het geheel geen sprake is van een sanctie omdat maatregelen die strekken tot handhaving van de openbare orde ook kunnen worden genomen als er geen sprake is van een overtreding.[206] Hoewel dit strikt genomen zo is, behoeft hun standpunt mijns inziens enige nuancering. Daarbij komt het vooral ook aan op de vraag wat (nog) moet worden verstaan onder 'handhaving van de openbare orde'. De directe (tijdelijke) sluiting van een café met ingang van het moment dat er in of bij het café een fatale schietpartij heeft plaatsgevonden kan mogelijk worden gezien als een maatregel ter (directe) handhaving van de openbare orde die niet het karakter van een bestraffende sanctie heeft. Zo'n maatregel moet ook getroffen kunnen worden als de exploitant zelf geen overtreding heeft begaan.[207]

Bij een tijdelijke intrekking die pas plaatsvindt enkele weken of maanden nadat zich een ongeregeldheid heeft voorgedaan liggen de kaarten mijns inziens soms toch anders. Wordt met zo'n sluiting de openbare orde nog daadwerkelijk gehandhaafd?[208] Thans worden door de Afdeling bestuursrechtspraak beide varianten niet aangemerkt als een vorm van bestraffing.[209] Of de Afdeling, evenals Michiels en De Waard, meent dat intrekkingsbesluiten en sluitingsbevelen ter handhaving van de openbare orde in het geheel niet zijn aan te merken als sancties is niet volledig duidelijk. Zij hanteert in de rechtspraak namelijk nog regelmatig het woord sanctie bij 'openbare orde-intrekkingen'. Zij doet dat bijvoorbeeld in een uitspraak van 15 oktober 2008 waar het gaat om een tijdelijke intrekking van de exploitatievergunning en de tijdelijke sluiting van een café in verband met de handhaving van de openbare orde.[210] Impliciet lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak er in die uitspraak van uit te gaan dat de intrekking niet kan worden aangemerkt als bestraffende sanctie.[211] Ook in latere uitspraken spreekt zij soms van een *reparatoire sanctie* (in Awb-terminologie: herstelsanctie).[212]

---

206 Michiels & De Waard 2007, p. 26-29 en p. 129.

207 Overigens zal aan een optreden ter handhaving van de 'openbare orde' in veel (zo niet alle) gevallen toch een overtreding ten grondslag liggen die aan degene aan wie de maatregel wordt opgelegd kan worden toegerekend. Dit geldt temeer nu ook in het bestuursrecht de figuur van het functioneel daderschap wordt omarmd (vgl. HR 23 februari 1954, NJ 1954/378 (*IJzerdraadarrest*)). Zie daarover: H.E. Bröring & F.R. Vermeer, 'De functionele dader in het bestuurlijke sanctierecht', *JBplus* 2003, p. 124-139 en Albers 2009, p. 181. Zie verder Den Ouden 2010, p. 693.

208 Ik kom daar zo meteen nog uitvoeriger op terug.

209 Zie echter ook Rb. Maastricht 26 september 1842, W334 (*militairen in herberg na sluitingstijd*) en HR 20 januari 1846, W703 (*overtreding sluitingstijd publiek huis Kruger*) waarin ten aanzien van de tijdelijke sluiting van horecagelegenheden gesproken wordt van een in de wet onbekende *straf* die bijgevolg niet in een (stedelijke) ordonnantie (vgl. een verordening) mag worden opgenomen en niet door de rechter kan worden uitgesproken.

210 JB 2008/259, m.nt. Albers (*De Rooie Pimpernelle*).

211 Zie r.o. 2.5.1 van de uitspraak.

212 Zie bijv. ABRvS 23 september 2009, AB 2010/170, m.nt. Vermeer (*De Ketel*) en ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2763 (*Harry's American Bar*).

Ofschoon er in bepaalde gevallen misschien iets voor te zeggen is om maatregelen ter (directe) handhaving van de openbare orde niet aan te merken als (bestraffende) sanctie lijkt het te simplistisch om, zoals de Afdeling in haar uitspraken doet, *onverkort* te stellen dat er bij de oplegging van maatregelen ter handhaving van de openbare orde geen sprake is van bestraffing. Bij deze categorale formele benadering verwatert de materiële toets in concreto.[213] De uitspraak over 'De Danssalon' in Eindhoven, waarin het ging om een tijdelijke sluiting van een discotheek vanwege (onder meer) het gebruik van geweld door de portiers van deze discotheek, is in dat kader illustratief. In die zaak oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak – zonder dit nader te motiveren – dat het daar aan de orde zijnde bevel tot tijdelijke sluiting geen bestraffende sanctie was omdat het sluitingsbevel uitsluitend was gericht op bescherming van de openbare orde en niet (mede) op het bewerkstelligen van normconform gedrag van de overtreder door toevoeging van geïndividualiseerd concreet nadeel. De Afdeling gebruikt bij 'openbare orde-intrekkingen' vaak deze overweging. Deze redenering is mijns inziens echter te zwart-wit. Afhankelijk van de feiten in het concrete geval zou er naar mijn mening in bepaalde situaties juist wel sprake kunnen zijn van bestraffing. Bekijkt men de feiten en de nadere overwegingen van de Afdeling ter zake van de tijdelijke sluiting van de Eindhovense horecagelegenheid 'De Danssalon', dan dringt zich toch de vraag op of het bevel tot tijdelijke sluiting in die zaak werkelijk niet bestraffend van aard is. Zo valt bijvoorbeeld op dat de Afdeling – in het kader van de beoordeling van de rechtmatigheid van de 'maatregel' – stelt dat er bij het bepalen van de sluitingsduur *rekening is gehouden met de financiële gevolgen voor de uitbater* van 'De Danssalon'. Dit ligt toch dicht aan tegen rekening houden met de draagkracht van de overtreder. Het vanuit evenredigheidsoogpunt rekening houden met de draagkracht van een overtreder is kenmerkend voor bestraffende sancties.[214] Bij herstelsancties speelt de draagkracht in de regel geen rol.[215] Het feit dat de kosten van de toepassing van bestuursdwang niet verhaald kunnen worden op de (niet draagkrachtige) overtreder leidt er bijvoorbeeld niet toe dat mag worden afgezien van de toepassing van bestuursdwang als dat in een concreet geval – gelet op de handhavingsjurisprudentie (beginselplicht) – aangewezen is. In het kader van een sluitingsbevel ter handhaving van de openbare orde moet dan mijns inziens (ongeacht of men dit aanmerkt als een (herstel)sanctie dan wel een andere (niet bestraffende) maatregel) eveneens gelden dat de draagkracht geen rol mag spelen. In het kader van maatregelen ter handhaving van de openbare orde staat enkel het (algemene) belang van de handhaving van de openbare orde (en niet leedtoevoeging) centraal. Het gaat dus evenals bij herstelsancties zoals de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom om het herstellen van een bepaalde

---

213 Deze 'jurisprudentiële gemakzucht' leidt volgens Schutgens tot 'Etikettenschwindel' (vgl. Schutgens 2011, p. 15 e.v.).

214 Zie art. 5:46, tweede lid, Awb en art. 24 Sr. Zie verder het preadvies van Van Emmerik en Saris.

215 Zie bijv. ABRvS 19 september 1996, JB 1996/215, m.nt. Schlössels (*dwangsom chalet Caris*); ABRvS 10 mei 2006, AB 2006/230, m.nt. F.C.M.A. Michiels (*last onder dwangsom illegale uitbreiding woning en dakkapel Amsterdam*); ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:343 (*illegaal café op woonwagenstandplaats Eindhoven*) en CBb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX0318 (*snorder in de Bijlmer*).

toestand die in het algemeen belang noodzakelijk wordt geacht.[216] Bij het bepalen van de sluitingsduur zou dan ook alleen de vraag betrokken moeten worden hoe lang de sluiting moet duren om onmiddellijk dreigend gevaar voor (verdere) ordeverstoringen te voorkomen.[217] Het feit dat de Afdeling wel aandacht besteedt aan de draagkracht doet op zijn minst vermoeden dat zij (onbewust toch) een bestraffend element in de intrekking besloten acht.

Voorts stelt de Afdeling in haar uitspraak van 3 mei 2006 dat bij de vaststelling van de sluitingsduur rekening is gehouden met het feit dat de portier die in het verleden betrokken was geweest bij de verstoringen van de openbare orde, niet meer werkzaam is bij 'De Danssalon'. Opmerkelijk is verder dat het sluitingsbevel pas ingaat op een moment dat de situatie bij 'De Danssalon' rustig is en de politie tevreden is over de gang van zaken bij het horecabedrijf (de verstoring van de openbare orde in het kader waarvan de tijdelijke sluiting plaatsvond, had notabene anderhalf jaar eerder plaatsgevonden). Het 'openbare ordeargument' lijkt dan ook geen opgeld meer te doen. De Afdeling meent echter dat dit niet van belang is. Het sluitingsbevel is immers, zo stelt zij, een maatregel die geheel gebaseerd is op een verstoring van de openbare orde op een bepaald moment voorafgaande aan die maatregel.

Het bevel tot sluiting vormt in de *Danssalon*-casus dus alleen een reactie op in het verleden begane overtredingen[218] (die niet meer te herstellen zijn en die aan de exploitant – als functioneel dader – kunnen worden toegerekend). Wordt in dat geval het sluitingsbevel niet enkel gegeven om eerder begaan onrechtmatig gedrag te 'bestraffen'?

Dat er geen sprake is van een (bestraffende) sanctie als *direct*[219] wordt opgetreden tegen openbare ordeverstoringen (bijvoorbeeld de tijdelijke sluiting van een café direct nadat er een fikse vechtpartij of andere ongeregeldheid heeft plaatsgevonden) is mogelijk verdedigbaar.[220] Maar sluiting achteraf van een horecabedrijf heeft niet veel meer van doen met 'handhaving van de openbare orde'. Dit geldt in ieder geval als er geen sprake is van een onmiddellijk dreigend gevaar voor (nieuwe) verstoringen van de openbare orde.[221] En het geldt eens te meer als deze tijdelijke sluiting anderhalf jaar na de ongeregeldheden plaatsvindt op een moment dat de situatie intussen al weer een tijd lang 'rustig' is, zoals in de *Danssalon*-casus het geval was. Van der Meulen geeft – onder verwijzing naar relevante rechtspraak – aan dat een sluiting (van bijvoorbeeld een horeca-onderneming) niet langer mag duren dan redelijkerwijs noodzakelijk is ter afwending van onmiddellijk dreigend

---

216 Juist daarom wordt – zoals hiervoor is aangegeven – ook wel betoogd dat handhaving van de openbare orde ook mogelijk is als er geen sprake is van een overtreding.

217 B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving. Actoren, instrumenten en waarborgen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993, in het bijzonder p. 178-179.

218 In de uitspraak omschreven als het meerdere malen gebruiken van (fysiek) geweld door de portiers van de discotheek.

219 Waarbij in het kader van een zorgvuldige besluitvorming natuurlijk enige ruimte moet zijn om een zorgvuldig afgewogen besluit te kunnen nemen.

220 Kritisch hierover is Den Ouden (Den Ouden 2010, p. 693).

221 Bij repeterende problemen kan dit anders liggen omdat handhaving van de openbare orde in ruimere zin dat toch een (tijdelijke) sluiting kan vergen.

gevaar voor ordeverstoringen.[222] Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat gebruik van een intrekkings- of sluitingsbevoegdheid in het kader van de openbare orde *niet* kan strekken tot handhaving van de openbare orde als er geen sprake meer is van een dreigend gevaar voor ordeverstoringen. Gebeurt dat wel dan is er sprake van misbruik van overheidsbevoegdheid (*détournement de pouvoir*) ofwel van een (onrechtmatige) bestraffende sanctie die er enkel toe strekt de exploitant in te peperen dat hij (in het verleden) iets verkeerd heeft gedaan. Ook de in paragraaf 4.4 nog te bespreken uitspraak van het EHRM in de zaak *Nilsson t. Zweden* wijst in die richting.[223]

Als optreden in het kader van openbare orde per definitie niet kan worden aangemerkt als (bestraffende) sanctie[224] dan brengt dat met zich dat een bestuursorgaan de extra waarborgen die gelden bij een bestraffende sanctie kan omzeilen door te stellen dat een handhavingsbesluit wordt genomen met het oog op de handhaving van de openbare orde. Daarbij verdient opmerking dat de Afdeling het begrip 'handhaving van de openbare orde' intussen behoorlijk lijkt op te rekken.[225] Zij beperkt zich bij haar uitleg van het begrip 'handhaving van de openbare orde' niet tot de handhaving van de openbare orde in strikte zin.[226] Zo merkt de Afdeling bestuursrechtspraak bijvoorbeeld de tijdelijke sluiting en de tijdelijke intrekking van de horeca-exploitatievergunning van een horecabedrijf vanwege het in dienst hebben van (illegaal in Nederland verblijvend) buitenlands keukenpersoneel zonder tewerkstellingsvergunning aan als een maatregel ter bescherming van de openbare orde.[227] Ook de schorsing van een standplaatsvergunning op een markt wegens wangedrag van een marktkoopman is door de Afdeling intussen bestempeld als bestuurlijke maatregel 'die erop gericht is de rust en orde op de markt te handhaven',[228] waar deze eerder nog als bestraffende sanctie werd gezien.[229]

---

222 Van der Meulen 1993, in het bijzonder p. 178-179. Vgl. Brouwer & Vermeer (in hun annotatie onder ABRvS 1 augustus 2007, *AB* 2008/27 (*Eindhoven*)). Zie verder ABRvS 8 september 2004, ECLI:NL:RVS:AQ9952 (*tijdelijke sluiting Bar Dancing Citadel Den Helder*) waarin de Afdeling het begrip 'openbare orde' wel in enge zin uitlegt.

223 EHRM 13 december 2005, *AB* 2006/285, m.nt. Van Emmerik & Barkhuysen, *EHRC* 2006/29, m.nt. Karianne Albers (*Nilsson t. Zweden*). Zie verder EHRM 3 oktober 2013, nr. 21613/07 (*Kasparov e.a. t. Rusland*) waaruit volgt dat een *sanctie* ter handhaving van openbare ordeovertredingen volgens het EHRM zeer wel een 'criminal charge' zou kunnen zijn. Doorslaggevend lijkt in dat kader de aard van de overtreding.

224 Vgl. Michiels & De Waard 2007, p. 26-29.

225 Vanuit rechtsstatelijk oogpunt zeer kritisch over het oprekken van het begrip 'openbare orde' is Kortmann: C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'Etat* (afscheidscollege RU Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 25-26. Zie verder bijv. R.J.N. Schlössels, 'Kroniek beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2008/13, in het bijzonder p. 100-101.

226 Zie over het begrip openbare orde (met verdere verwijzingen): A.H.M. Dölle, D.J. Elzinga & J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, derde druk, Kluwer, Deventer 2004, in het bijzonder p. 389 e.v.

227 ABRvS 1 augustus 2007, *AB* 2008/27, m.nt. Brouwer & Vermeer (*Eindhoven*). Vgl. verder bijv. ABRvS 14 februari 2007, *AB* 2007/135, m.nt. Vermeer (*Chinees restaurant New Yangste Kiang*) ABRvS 21 juni 2006, *JB* 2006/235, m.nt. Broeksteeg (*Groningen*) en ABRvS 30 mei 2007, ECLI:NL:RVS:BA6021 (*raamprostitutie Nijmegen*).

228 ABRvS 15 december 2010, *AB* 2011/238, m.nt. Vermeer (*bedreigende marktkoopman Valkenswaard*).

229 ABRvS 30 maart 2001, *JB* 2001/129, m.nt. Albers, *AB* 2001/189, m.nt. Damen (*standplaatsvergunning Amsterdam*).

### 4.1.5 *Intrekking (gedurende een bepaalde tijd) van een exploitatievergunning is niet bestraffend maar vormt een herstel van de rechtstoestand zoals die was voor verlening van de vergunning*

Ten aanzien van de (tijdelijke) intrekking van een exploitatievergunning wordt door de Afdeling soms weer een andere redenering gevolgd die eveneens leidt tot de conclusie dat er geen sprake is van bestraffing. Dat is bijvoorbeeld het geval in een casus waar het gaat om de tijdelijke intrekking van een horeca-exploitatievergunning van een café in Venlo.[230] In die uitspraak wordt geoordeeld dat de tijdelijke intrekking van een exploitatievergunning geen 'criminal charge' (en daarmee geen bestraffende sanctie) is 'nu deze intrekking niet is gericht op het toebrengen van concreet nadeel dat verder gaat dan herstel van de rechtstoestand vóór verlening van de vergunning'. Als ik het goed begrijp, kan zo iedere (tijdelijke) intrekking van vergunningen ontdaan worden van het etiket bestraffing. De tijdelijke intrekking van de exploitatievergunning vond plaats omdat op 9 september 2007 vanuit het café een grote hoeveelheid verdovende middelen was verkocht. Bovendien had appellant al eerder (nl. in juni 2006) een schriftelijke waarschuwing gehad in verband met een schietincident en had in juni 2004 al een sluiting van de inrichting plaatsgevonden in verband met handel in verdovende middelen (waarbij tevens het voornemen tot intrekking van de drank- en horecavergunning was geuit). Deze feiten werden mede ten grondslag gelegd aan de tijdelijke intrekking van de exploitatievergunning. Het intrekkingsbesluit werd op 22 november 2007 – dus ruim tien weken nadat werd geconstateerd dat vanuit het café gehandeld was in verdovende middelen – genomen. Appellant betoogt dat de tijdelijke intrekking van de exploitatievergunning moet worden aangemerkt als 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. De Afdeling beoordeelt tegen die achtergrond of de intrekking al dan niet bestraffend van aard is (daarmee lijkt de Afdeling het begrip 'criminal charge' (strafvervolging) uit artikel 6 EVRM (ook hier) op één lijn te stellen met het begrip 'bestraffende sanctie'.[231] De overweging van de Afdeling is kort en bondig. Zij stelt in r.o. 2.4.1: 'Anders dan [appellant] betoogt, is de tijdelijke intrekking van zijn exploitatievergunning geen "criminal charge" als bedoeld in artikel 6 EVRM, nu deze intrekking niet is gericht op het toebrengen van concreet nadeel dat verder gaat dan herstel van de rechtstoestand vóór de verlening van de vergunning.' Ik vind deze formulering nogal cryptisch. Als ik de Afdeling goed begrijp, is er in haar ogen sprake van een herstelsanctie als het gaat om herstel van de rechtstoestand zoals die toestand was 'vóór de verlening van de vergunning'. Zie ik het goed, dan zou dit met zich brengen dat een intrekking van een vergunning – ongeacht of het gaat om een blijvende dan wel een tijdelijke intrekking – nooit meer als bestraffende sanctie kan worden aangemerkt. Intrekking leidt immers altijd tot 'de rechtstoestand zoals die toestand was 'vóór de verlening van de vergunning'.

---

230 ABRvS 28 oktober 2009, JB 2009/268, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*intrekking horeca-exploitatievergunning café M. te Venlo*) en ABRvS 29 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5952 (*weigering en intrekking exploitatievergunningen coffeeshops Amsterdam*).

231 Zie hierover ook par. 3.3.4.

Deze Afdelingsrechtspraak staat – evenals de hierboven besproken rechtspraak over het 'openbare orde'-criterium – haaks op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 12 oktober 2000[232] waarin de tijdelijke intrekking van een exploitatievergunning van een coffeeshop – in verband met schending van de openbare ordebepalingen uit de Amsterdamse APV – wel werd aangemerkt als bestraffende sanctie. Dit is opmerkelijk aangezien het feitencomplex in de Venlose zaak grote overeenkomsten vertoont met het feitencomplex uit de uitspraak van 12 oktober 2000 over de Amsterdamse coffeeshop. In de uitspraak van 12 oktober 2000 oordeelde de Afdeling nog dat aan de opgelegde maatregel – onder meer bestaande uit de (tijdelijke) intrekking van de exploitatievergunning gedurende een week – een punitief karakter niet kon worden ontzegd. Dit omdat de tijdelijke intrekking niet uitsluitend was gericht op de handhaving van bij of krachtens de wet gestelde voorschriften, maar tevens op *het bewerkstelligen van normconform gedrag door toevoeging van geïndividualiseerd concreet nadeel*. Hoe kan dit – ten aanzien van eenzelfde sanctie en eenzelfde overtreding – nu opeens anders zijn? Materieel is er niets veranderd maar de sanctie is wel van kleur verschoten. Ik begrijp dat 'omgaan' soms nodig is. Echter, de Afdeling lijkt wel erg weinig koersvast (zo zal ook hierna nog blijken). Het 'omgaan' lijkt hier verband te houden met rechtspolitiek en pragmatisme, juist omdat een materieelrechtelijke motivering ontbreekt. Vooral omdat een materieel begrip als leedtoevoeging al tot de nodige rechtsonzekerheid leidt, zal de hoogste bestuursrechter hier overtuigend(er) moeten sturen.[233] Hij zou in ieder geval op draagkrachtige wijze moeten motiveren *waarom* er in casu geen sprake (meer) is van het bewerkstelligen van normconform gedrag door toevoeging van geïndividualiseerd concreet nadeel maar (enkel) van het herstel van een onrechtmatige in een rechtmatige toestand. Dit klemt temeer nu in de Venlose casus mijns inziens de bestraffende elementen van de sanctie de overhand hebben. Het gaat er naar mijn mening vooral om de overtreder met de tijdelijke intrekking van de exploitatievergunning (en de dientengevolge te derven inkomsten) in te peperen dat hij fout zat. Het tijdelijke karakter van de intrekking wijst ook in die richting.[234]

### *4.1.6 Intrekking van de APK-keuringserkenning*

Het voorgaande geldt ook voor de intrekking van de APK-keuringserkenning. Ook deze sanctie is plotseling van kleur verschoten. Zoals gezegd merkte de Afdeling bestuursrechtspraak lange tijd het (tijdelijk) intrekken van de erkenning tot het uitvoeren van APK-keuringen aan als een bestraffende sanctie.[235] Eind 2005 kwam

---

232 ABRvS 12 oktober 2000, *JB* 2000/328 (*coffeeshop Amsterdam*).

233 Zie ook Schutgens 2011, in het bijzonder p. 23 e.v.

234 Zie overigens ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:25 (*tijdelijke sluiting coffeeshop Den Haag*) waarin de tijdelijke sluiting is gebaseerd op art. 13b van de Opiumwet. De Afdeling oordeelt in die uitspraak dat een op art. 13b van de Opiumwet gebaseerd sluitingsbevel een vorm is van uitoefening van bestuursdwang in de zin van art. 5:21 van de Awb. Deze tijdelijke sluiting kan volgens de Afdeling dan ook niet worden aangemerkt als een bestraffende sanctie. Vgl. ABRvS 8 september 2010, *AB* 2010/307, m.nt. A. Tollenaar & F.R. Vermeer, *Gst.* 2010, 118, m.nt. L.J.J. Rogier (*tijdelijke sluiting kledingwinkel Riviera Roosendaal*).

235 Zie bijv. ABRvS 15 februari 2001, *JB* 2001/88, m.nt. Albers.

de Afdeling bestuursrechtspraak daarvan terug.[236] Tegenwoordig neemt zij het standpunt in dat er bij het (tijdelijk) intrekken van de erkenning tot het uitvoeren van APK-keuringen sprake is van een '*bestuurlijke maatregel*' in het kader van *interbestuurlijk toezicht*. Het is niet helemaal duidelijk of de Afdeling daarmee ook heeft willen zeggen dat er geen sprake is van een sanctie.[237] Feit is echter dat het gaat om intrekking als reactie op een overtreding en dat aan deze 'bestuurlijke maatregel' het karakter van een sanctie dan ook niet kan worden ontzegd.[238]

Het omgaan van de Afdeling in de uitspraak van 2 november 2005 is overigens niet van kritiek verstoken gebleven.[239] Ik deel deze kritiek. De overwegingen op basis waarvan de Afdeling in haar uitspraak van 2 november 2005 tot de conclusie komt dat er bij de (tijdelijke) intrekking van een APK-keuringserkenning geen sprake is van een bestraffende sanctie overtuigen niet[240] en zijn bovendien weinig gestructureerd. Het lijkt er zelfs op dat de Afdeling voor verschillende ankers gaat liggen. Dat maakt dat de uitspraak lastig te doorgronden is. Om vast te stellen of er sprake is van een bestraffende sanctie neemt de Afdeling ook hier weer[241] het 'criminal charge'-begrip als toetsingsmaatstaf.[242] De Afdeling begint de analyse van het 'criminal charge'-begrip met een toets aan het normadressaatcriterium. Zij oordeelt dat er geen sprake is van een overtreding van normen die aan allen of aan bepaalde groepen zijn gericht.[243] Daaraan kan de conclusie worden verbonden dat er volgens de Afdeling bestuursrechtspraak op grond van dit criterium geen sprake is van een 'criminal charge'. Hier wordt nog eens in herinnering geroepen dat het normadressaatcriterium met zich brengt dat in het bijzonder sancties van tuchtrechtelijke aard buiten het bereik van het begrip 'criminal charge' vallen. De intrekking van een APK-keuringserkenning kan mijns inziens niet tot tuchtrechtelijke sancties worden gerekend die wij in Nederland kennen (denk aan medisch tuchtrecht enz.). Blijkbaar vallen volgens de Afdeling ook andere 'specifieke groepen' onder het normadressaatcriterium. Dit is – ook in het licht van de rechtspraak van het EHRM – niet zonder meer uitgesloten,[244] maar er moet wel voor gewaakt worden dat het normadressaatcriterium niet te zeer wordt opgerekt. Hier wordt een garagehouder in de hoedanigheid van APK-keuringserkenninghouder gesanctioneerd. Het is de vraag of de Afdeling deze sanctionering terecht onderbrengt in de groep sancties die gericht zijn tot een '(beroeps)specifieke groep'. Aangezien in de uitspraak een motivering ontbreekt, waaruit blijkt waarom er volgens de Afde-

---

236 ABRvS 2 november 2005, *JB* 2006/11, m.nt. Albers, *AB* 2006/20, m.nt. Michiels.

237 In ABRvS 4 november 2009, *JB* 2009/272, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*tijdelijke intrekking APK-keuringserkenning*) sprak de ABRvS wel weer over een 'sanctie'.

238 Zie bijv. art. 87, tweede lid, aanhef en onder b, WVW 1994 en art. 87a, tweede lid, aanhef en onder b, WVW 1994.

239 Zie o.a. de annotatie van Michiels onder de uitspraak in *AB* 2006/20 en Michiels & De Waard 2007, p. 33-34.

240 Zie daarover uitvoerig mijn noot onder *JB* 2006/11 onder punt 11 e.v.

241 Vgl. ook ABRvS 28 oktober 2009, *JB* 2009/268, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*intrekking horeca-exploitatievergunning café M. te Venlo*).

242 Zie r.o. 2.5. Zie over deze gelijkschakeling van het begrip bestraffing met het begrip 'criminal charge' de opmerking in par. 3.3.4.

243 Het zgn. normadressaatcriterium (zie hierover par. 3.3.1 en uitgebreid Albers 2002, p. 89 e.v.).

244 Zie Albers 2002, p. 95.

ling geen sprake is van een overtreding van normen die aan allen of aan bepaalde (algemene) groepen zijn gericht, is ook niet duidelijk in hoeverre een verband moet worden gelegd tussen deze overweging van de Afdeling en de overweging dat er sprake is van een maatregel in het kader van het interbestuurlijk toezicht (waar ik zo meteen nog uitgebreider bij stil zal staan).

Overigens is het normadressaatcriterium niet altijd doorslaggevend voor de kwalificatie van een sanctie als 'criminal charge'.[245] De aard en de zwaarte van een sanctie kunnen er – ook als deze sanctie bijvoorbeeld tuchtrechtelijk van aard is – toch toe leiden dat er sprake is van een 'criminal charge'. Verder hecht het EHRM, zoals in paragraaf 3.3.1 al is aangegeven, geen waarde aan het feit dat de sanctie naar nationaal recht niet als strafbaar feit is gekwalificeerd, dit om verdoezeling van het ware karakter van een sanctie tegen te gaan.[246] Het argument van de Afdeling bestuursrechtspraak dat de tekortkomingen naar nationaal recht niet als strafbaar feit zijn gekwalificeerd[247] legt dan ook nauwelijks gewicht in de schaal. Het komt er dus op neer dat in dit geval – zoals eigenlijk voor de meeste sancties geldt – de aard van de sanctie (met andere woorden het al dan niet bestraffende karakter) doorslaggevend is voor de kwalificatie van de intrekking als 'criminal charge'. En juist op dit (cruciale) punt laat de Afdeling bestuursrechtspraak het afweten. Door de Afdeling bestuursrechtspraak wordt enkel gesteld dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat met de intrekking afschrikking door middel van leedtoevoeging is beoogd. Dat is wel erg dunnetjes. Vooral omdat de Afdeling nota bene zélf bijna tien jaar lang het tegengestelde heeft beweerd. Dat de wetgever zwijgt over de eventuele bestraffende aard van de sanctie is bovendien niet zo vreemd. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de betreffende regelgeving waarschijnlijk helemaal geen aandacht geschonken aan de vraag of met intrekking bij wijze van sanctie (mede) bestraffing werd beoogd. Die vraag was toen (in 1975/76) nog niet relevant. Een intrekkingsbevoegdheid was een intrekkingsbevoegdheid. Een onderscheid tussen intrekking bij wijze van herstelsanctie en bij wijze van bestraffende sanctie werd nog niet gemaakt. De vraag naar het karakter van de intrekking werd een kleine tien jaar later pas relevant, nadat uitspraak was gedaan in de zaak *Öztürk* (1984). Dat bestuursrechtelijke sancties bestraffend van aard kunnen zijn en dat bijgevolg een andere ('verhoogde') rechtsbescherming moet worden geboden lijkt in Nederland pas na deze uitspraak (in volle omvang) te zijn doorgedrongen. De Afdeling volstaat dus met een wetstechnische onderbouwing die geen hout snijdt. Een meer materiële toets wordt vermeden. Er wordt dus niet onderzocht of de sanctie verdergaat dan voor herstel noodzakelijk is. De Afdeling legt niet uit waarom zij nu – in tegenstelling tot de tien jaren daarvoor – vindt dat er geen sprake (meer) is van een sanctie die ertoe strekt *normconform gedrag te bewerkstelligen* door middel van het *toebrengen van leed* in de zin van *geïndividualiseerd concreet (financieel) nadeel*.

In de uitspraak van 2 november 2005 ligt verder veel nadruk op het feit dat het verrichten van APK-keuringen een publieke taak is en dat er bijgevolg sprake is van

---

245 Vgl. ook EHRM 8 juni 1976, Series A vol. 22, NJ 1978/223 (*Engel e.a. t. Nederland*).

246 Zie ook: C.L.G.F.H. Albers, '"Etikettenschwindel" in het administratieve sanctierecht?', NJB 2001, p. 1157-1162.

247 Zie r.o. 2.5.

een 'maatregel in het kader van interbestuurlijk toezicht'.[248] Ook dit brengt volgens de Afdeling bestuursrechtspraak met zich dat de intrekking van een APK-keuringserkenning niet bestraffend van aard is. De Afdeling meent dat het met een tijdelijke of blijvende intrekking van de erkenning optreden tegen tekortkomingen bij het verrichten van de periodieke keuringen van voertuigen een vorm is van bestuurlijk toezicht waarmee beoogd is het zo veel mogelijk tegengaan van tekortkomingen in het algemeen belang van de verkeersveiligheid. Met deze maatregel is niet beoogd het met leedtoevoeging voorkomen van verwijtbare tekortkomingen, aldus de Afdeling bestuursrechtspraak.[249]

Onduidelijk is of de Afdeling aan de kwalificatie 'maatregel in het kader van interbestuurlijk toezicht' de consequentie heeft willen verbinden dat de straf(proces)rechtelijke waarborgen uit het EVRM dan in het geheel niet van toepassing zijn omdat het hier in haar ogen een 'toezichtsmaatregel' betreft die wordt toegepast ten aanzien van een bestuursorgaan.[250] In dat verband is van belang dat het EHRM het standpunt inneemt dat de verdragsrechtelijke waarborgen niet ingeroepen kunnen worden door overheidsorganen (governmental organisations).[251] Hoewel het EHRM een ruime uitleg geeft aan de term 'governmental organisations'[252] is het de vraag of het Europese Hof een garagehouder zal aanmerken als 'governmental organisation'.[253] Bovendien zal een sanctie als de (tijdelijke) intrekking van de APK-keuringserkenning ook zijn weerslag hebben op de 'gewone' bedrijfsvoering van een garagehouder. Veel autobezitters combineren immers de APK-keuring met een reguliere onderhoudsbeurt. De inkomsten van deze onderhoudsbeurt loopt de garagehouder bij een (tijdelijke) intrekking van zijn keuringserkenning ook mis. Ligt dan in zo'n (tijdelijke) intrekking van de APK-keuringserkenning niet tevens leedtoevoeging besloten? Temeer nu met de tijdelijke intrekking de gemaakt fout (of overtreding) niet ongedaan gemaakt kan worden en deze tijdelijke intrekking evenmin een garantie vormt dat een vergelijkbare overtreding in de toekomst niet meer plaatsvindt?

---

248 De keuringserkenninghouder heeft door het vragen om en aanvaarden van de erkenning als keuringsinstantie een publieke taak op zich genomen en daarmee tevens het risico genomen van verlies van de keuringsbevoegdheid wegens het maken van fouten die niet tot verwijtbare misslagen beperkt zijn. Zie ook ABRvS (vz.) 25 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:597 en ABRvS (vz.) 25 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:605.

249 Zie ook ABRvS 17 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK4289.

250 Zie r.o. 2.5 van ABRvS 2 november 2005, JB 2006/11, m.nt. Albers, AB 2006/20, m.nt. Michiels. Schreuder-Vlasblom – die als voorzitter deel uitmaakte van de meervoudige kamer die de uitspraak van 2 november 2005 deed – meent in ieder geval dat art. 6 EVRM bij de intrekking van een APK-keuringserkenning om die reden in het geheel niet van toepassing is. Zie haar noot onder ABRvS 2 mei 2000, AB 2000/267.

251 Vgl. art. 34 EVRM. Zie bijv. de ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM van 23 september 2003 inzake *Radio France e.a. t. Frankrijk*, nr. 53984/00, met nadere verwijzingen en EHRM 13 december 2007, nr. 40998/98 (*Islamic Republic of Iran Shipping Lines t. Turkije*).

252 Vgl. EHRM 23 september 2003, nr. 53984/00 (*Radio France e.a. t. Frankrijk*) r.o. 26.

253 Dat gaat mij wel erg ver. Opmerkelijk is bovendien dat de Hoge Raad in een uitspraak van 8 juli 2005 in een fiscale boetezaak heeft geoordeeld dat de bescherming van art. 6 EVRM zich wél uitstrekt tot de overheid (HR 8 juli 2005, BNB 2005, 340, m.nt. Bijl, r.o. 3.6 (*fiscale boete gemeente Uden*)).

## 4.2 De maatregel in het socialezekerheidsrecht; wispelturige handhaving

In het socialezekerheidsrecht wordt ten aanzien van sommige overtredingen, naast de mogelijkheid tot oplegging van bestuurlijke boetes, gewerkt met maatregelen. De maatregel in het socialezekerheidsrecht die gehele of gedeeltelijke, tijdelijke of blijvende intrekking van de uitkering behelst, wordt door de wetgever en de Centrale Raad van Beroep in de regel aangemerkt als herstelsanctie.[254] Ook bij deze sanctie lijkt echter lang niet altijd sprake te zijn van een herstelsanctie. De maatregel in het socialezekerheidsrecht zou als bestraffende sanctie kunnen worden aangemerkt voor zover de gehele of gedeeltelijke, tijdelijke of blijvende weigering van de uitkering het benadelingsbedrag (dat wil zeggen het bedrag waarvoor de uitvoeringsinstantie is benadeeld doordat een uitkeringsgerechtigde niet heeft voldaan aan bepaalde aan zijn uitkering verbonden verplichtingen eventueel vermeerderd met administratiekosten) te boven gaat.

Een aantal op elkaar volgende wijzigingen van het sanctieregime in de bijstandswetgeving bij een schending van de inlichtingenplicht laat zien dat er in gevallen waarin de gehele of gedeeltelijke, tijdelijke of blijvende weigering van de uitkering het benadelingsbedrag te boven gaat eigenlijk geen relevant onderscheid kan worden gemaakt tussen een maatregel en een (bestraffende) boete. Onder de Algemene bijstandswet werd een schending van de inlichtingenplicht vanaf 1996 tot 2004 gesanctioneerd met een bestuurlijke boete. In 2004 trad de Wet werk en bijstand (Wwb) in werking. De bestuurlijke boete die (voorheen) op grond van de Algemene bijstandswet door B&W kon worden opgelegd wegens schending van de inlichtingenplicht werd toen vervangen door een 'afstemmingsmaatregel'.[255] Deze afstemmingsmaatregel hield in dat de bijstandsuitkering werd verlaagd bij een schending van de inlichtingenplicht. De afstemmingsmaatregel werd, anders dan de bestuurlijke boete, gezien als een herstelsanctie.[256] Dat is vreemd. Het (enige) verschil is dat de uitkering in het kader van de afstemmingsmaatregel gekort werd terwijl eerder – onder de Algemene bijstandswet – een (separate) boete werd opgelegd. Dit *procedurele verschil* zou niet doorslaggevend moeten zijn voor de vraag of de maatregel een bestraffend karakter heeft.[257] Belangrijker is de vraag of de maatregel – net zoals de bestuurlijke boete – verdergaat dan voor herstel van de rechtmatige toestand nodig is.

---

254 Zie bijv. CRvB 5 april 2000, *JB* 2000/144, m.nt. Albers en CRvB 14 maart 2011, *AB* 2011/242, m.nt. Bröring, *JB* 2011/110 (*geen ochtendmens*).

255 Zie art. 18 Wwb. De afstemmingsmaatregel bestaat nog steeds maar kan niet langer worden toegepast bij een schending van de inlichtingenplicht.

256 Zie ook *Kamerstukken II* 2002/03, 28870, nr. 3, p. 49 en nr. 13, p. 161-163.

257 Ook de Centrale Raad van Beroep liet zich niet altijd leiden door het formele etiket van de sanctie. De als reactie op de schending van de inlichtingenplicht opgelegde afstemmingsmaatregel uit de Wet werk en bijstand werd door de Centrale Raad van Beroep in sommige uitspraken uitdrukkelijk en gemotiveerd als bestraffende sanctie aangemerkt hoewel uit de wetsgeschiedenis dus onmiskenbaar volgde dat er in de ogen van de wetgever sprake was van een herstelsanctie. Zie bijv. CRvB 7 september 2009, *AB* 2010/46, m.nt. Bröring, *JB* 2009/242, m.nt. Albers (*gezamenlijke huishouding Maastricht*) en CRvB 20 december 2011, *AB* 2012/94, m.nt. Ortlep, *JB* 2012/54, m.nt. Albers (*niet gemelde autotransacties*).

Intussen is de afstemmingsmaatregel als sanctie op een schending van de inlichtingenplicht weer verleden tijd. Sinds de inwerkingtreding van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving per 1 januari 2013 wordt de schending van de inlichtingenplicht uit de Wwb weer gehandhaafd door middel van de oplegging van een bestuurlijke boete (artikel 18a Wwb).[258] Dat de reactie op het schenden van de inlichtingenplicht op korte termijn tweemaal van kleur kan verschieten maakt eens te meer aannemelijk dat hier sprake is van het willen verdoezelen van de ware aard van de sanctie. De aard en effecten van de sanctie waren immers steeds dezelfde, namelijk een (financiële) benadeling van degene die de inlichtingenplicht niet was nagekomen (die losstaat van de intrekking en terugvordering van de (eventueel) te veel betaalde uitkering (zie artikel 54, derde lid, jo. artikel 58 Wwb)).

Ook bij andere overtredingen van socialezekerheidswetgeving kan het daadwerkelijke karakter van de vanwege die overtreding opgelegde maatregel mijns inziens zeer wel bestraffend zijn.[259] Zo begrijp ik niet waarom bijvoorbeeld de (tijdelijke) opschorting van een bijstandsuitkering op grond van artikel 54, eerste lid, Wwb, in verband met het niet (tijdig) retourneren van een heronderzoeksformulier en aanvullende stukken, als herstelsanctie zou moeten worden gekwalificeerd als dit niet (tijdig) verstrekken van de gegevens niet leidt tot aanspraak op een andere dan de genoten uitkering. De formele redenering dat deze maatregelen worden opgelegd binnen een reeds bestaande rechtsverhouding en er niet los van deze relatie een betalingsverplichting wordt gecreëerd,[260] kan in mijn ogen daarvoor niet doorslaggevend zijn. Ook binnen bestaande rechtsverhoudingen opgelegde sancties kunnen bestraffend zijn.[261] De enige manier om vast te stellen of er sprake is van bestraffing is (opnieuw) het voltrekken van een materiële toets. In dat kader moet – zoals in paragraaf 3.2.2 is aangegeven – beoordeeld worden of de sanctie verdergaat dan herstel van de (on)rechtmatige toestand vergt. In het verlengde daarvan is er sprake van leedtoevoeging als datgene waarop ondanks de gepleegde overtreding aanspraak is blijven bestaan wordt onthouden of ontnomen, terwijl herstel van de rechtmatige toestand niet meer mogelijk is en de opgelegde sanctie niet alleen schadevergoeding (compensatie) betreft. In het aangehaalde voorbeeld over het niet tijdig verstrekken van bepaalde gegevens en formulieren gaat het om zo'n sanctie die verdergaat dan herstel van de onrechtmatige toestand vergt. Er is immers geen te hoge uitkering toegekend maar ondanks dat wordt de uitkering opgeschort. Er dus iets weggenomen waarop wel recht bestond terwijl er mijns inziens niet

---

258 Wet van 4 oktober 2012 tot wijziging van de wetgeving op het beleidsterrein van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in het kader van de harmonisatie en aanscherping van de sanctiemogelijkheden ter versterking van de naleving en handhaving en bestrijding van misbruik en fraude (Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving), *Stb.* 2012, 264, inwerkingtreding per 1 januari 2013, zie *Stb.* 2012, 498.

259 Vgl. ook Michiels & De Waard 2007, p. 34-35.

260 Zie CRvB 5 april 2000, *AB* 2000/344, m.nt. Bröring, *JB* 2000/144, m.nt. Albers (*weigering WW-uitkering als sanctie II*); CRvB 21december 1993, *AB* 1994/303, m.nt. Sinninghe Damsté, *RSV* 1994/132, m.nt. Demeersseman (*weigering WW-uitkering als sanctie I*).

261 Zie onder meer Van de Griend 2003, p. 56-57; Bröring 2005, p. 56-57; Albers 2001, p. 1162. Zie verder de kritische kanttekeningen van de Raad van State in *Kamerstukken II* 2011/12, 33207, nr. 4, p. 9 e.v. (Advies Raad van State en nader rapport bij de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving).

gesproken kan worden van een vorm van (reële) schadevergoeding of compensatie. Dat betekent mijns inziens dat met de opschorting – ongeacht of deze al dan niet binnen een reeds bestaande rechtsverhouding wordt toegepast – alleen leedtoevoeging kan worden beoogd. De uitkeringsgerechtigde moet worden ingepeperd dat hij de volgende keer wel (op tijd) de relevante bescheiden verstrekt.

In dat opzicht valt op dat zowel in het eerste lid van artikel 54 Wwb als in het tweede lid van artikel 18 Wwb is bepaald dat geen maatregel wordt opgelegd als de overtreder geen verwijt kan worden gemaakt van overtreding van de betreffende bepaling. Men kan zich afvragen waarom deze clausule is opgenomen als het niet om een bestraffende sanctie gaat. Een herstelsanctie kan immers ook worden opgelegd als de overtreder geen verwijt treft (verwijtbaarheid speelt bij herstelsancties geen rol). Alleen bij bestraffende sancties moet de overtreder een verwijt kunnen worden gemaakt van de overtreding.

## 4.3 Naming and shaming

'Naming and shaming' is een betrekkelijk nieuw verschijnsel in het Nederlandse bestuursrecht. Bij 'naming and shaming' vindt *openbaarmaking van een (vermeende) overtreding en/of een sanctiebesluit* plaats.[262] Daarbij wordt de naam van de (vermoedelijke) overtreder vermeld. Deze vorm van publicatie moet worden onderscheiden van publicatie ter waarschuwing en beïnvloeding van het gedrag van het publiek vanwege een (acuut) gevaar.[263] 'Naming and shaming' wordt zowel zonder als met een (expliciete) wettelijke basis toegepast. Een expliciete wettelijke basis is bijvoorbeeld neergelegd in artikel 1:97 Wet financieel toezicht (Wft).[264] Op grond van die bepaling worden boetebesluiten ter zake van de in artikel 1:97, eerste lid, onder a tot en met e, Wft genoemde overtredingen openbaar gemaakt (vijf werkdagen) na

262 Zie over 'naming and shaming' o.m. D.R. Doorenbos, *Naming & Shaming* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007; F.C.M.A. Michiels, *Te kijk gezet*, Hoofddirectie Juridische Zaken Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Den Haag: 2007 (hierna Michiels 2007a); F.C.M.A. Michiels, '"Naming and shaming" in het markttoezicht', *NTB* 2007, 16, p. 85-96 (hierna Michiels 2007b); F.C.M.A. Michiels, 'Aansprakelijkheid bij naming & shaming', *O&A* 2008, 74, p. 190-199; E.C. Pietermaat, 'Actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten', *JBPlus* 2009, p. 245-257; C.A.H. van de Sanden, 'De publieke schandpaal in het milieurecht', *MenR* 2011, 137, p. 438-444 en J.J. Reuveny, A.C. Beijering-Beck, B.R.J. de Haan & M.C.T.M. Sonderegger, *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen* (Jonge VAR-Reeks 10), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

263 Het gaat dan bijv. om een publicatie over het feit dat stukjes glas in een bepaalde soort jam van een bepaald merk zijn aangetroffen of over de ondeugdelijkheid van een bepaald kinderfietsstoeltje.

264 Zie daarover uitgebreid A.C. Beijering-Beck, 'Naming en shaming op grond van de Wet op het financieel toezicht', in: *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen* (Jonge VAR-Reeks 10), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012 p. 53-109.

bekendmaking van het boetebesluit aan de overtreder.[265] Het boetebesluit is op dat moment dus nog niet onherroepelijk.[266]

Vaak is in een bijzondere wet geen regeling opgenomen voor de openbaarmaking van handhavingsbesluiten. Openbaarmaking van handhavingsbesluiten geschiedt in die gevallen wel op grond van artikel 8 Wet openbaarheid van bestuur (Wob), dat aan bestuursorganen de algemene bevoegdheid tot 'actieve openbaarmaking' toekent. Ofschoon daar in de literatuur mijns inziens terecht kritische kanttekeningen bij zijn geplaatst,[267] omdat deze algemene openbaarmakingsbevoegdheid niet in het leven is geroepen voor het nemen van dergelijke verstrekkende besluiten[268] die het karakter van een sanctie hebben, achten de hoogste bestuursrechters de publicatie van sanctiebesluiten op grond van artikel 8 van de Wob toelaatbaar.[269]

In het kader van dit preadvies speelt vooral de vraag of de *openbaarmaking van geconstateerde overtredingen of handhavingsbesluiten* moet worden gerekend tot de categorie bestuurlijke sancties en meer in het bijzonder of deze openbaarmaking moet worden aangemerkt als een vorm van bestraffing. Als 'naming and shaming' gerekend moet worden tot de categorie bestraffende bestuurlijke sancties dan levert dat tegelijkertijd een zeer sterke aanwijzing op dat er sprake is van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Dat brengt in mijn ogen met zich dat bijvoorbeeld 'naming and shaming' via de weg van artikel 8 Wob niet langer mogelijk is in verband met het in artikel 7 EVRM neergelegde legaliteitsbeginsel. De bevoegdheid uit artikel 8 Wob is veel te ruim en algemeen om als grondslag voor de oplegging van bestraffende sancties te dienen. Bij openbaarmaking voordat het boetebesluit in rechte onaantastbaar is, komt bovendien de onschuldpresumptie uit artikel 6,

---

265 Zie verder bijv. art. 18.16p Wm en art. 65, tweede lid, Mededingingswet.

266 De vraag is hoe deze praktijk zich verhoudt tot de onschuldpresumptie. De Afdeling bestuursrechtspraak meent dat zich hier geen probleem voordoet omdat publicatie kan worden verhinderd door middel van het uitlokken van een voorlopige voorziening (zie ABRvS 10 november 2010, *AB* 2010/319, m.nt. Affourtit & Beijering-Beck, *JB* 2010/276, m.nt. Wildeboer (*DollarRevenue*)), vgl. art. 1:97, tweede en derde lid, Wft. Het is echter de vraag of het EHRM deze mening deelt (zie daarover EHRM 13 maart 2012, *EHRC* 2012/197, m.nt. Geursen (*Société Bouygues Telecom t. Frankrijk*)).

267 Zie daarover o.m. J.J. Reuveny, 'Naming en shaming en de Wet openbaarheid van bestuur', in: *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen* (Jonge VAR-Reeks 10), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 11-51 (met verdere verwijzingen), in het bijzonder p. 15-17. Reuveny toont zich evenals Michiels (zie Michiels 2007a, p. 32 en Michiels 2007b, p. 89) kritisch over het gebruik van art. 8 Wob als grondslag voor 'naming and shaming'. Zie verder bijv. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, zesde, geheel herziene druk*, Deventer: Kluwer 2010, p. 1020-1021 en Wildeboer in zijn noot onder ABRvS 10 november 2010 in *JB* 2010/276.

268 Dat er in zo'n geval sprake is van een ('strategisch') besluit volgt o.m. uit ABRvS 31 mei 2006, *JB* 2006/218, m.nt. Overkleeft-Verburg (*integriteit hoofd van de afdeling Ruimtelijke Ordening en Volkshuisvesting van de gemeente Nijkerk*).

269 Zie bijv. CBb 5 juni 2008, *AB* 2009/88, m.nt. Cartigny (*publicatie boetebesluit overtreding spamverbod*) en ABRvS 10 november 2010, *AB* 2010/319, m.nt. Affourtit & Beijering-Beck, *JB* 2010/276, m.nt. Wildeboer (*DollarRevenue*). Zie ook ABRvS 22 februari 2012, *AB* 2012/129, m.nt. Van der Jagt-Jobsen, *JB* 2012/86, m.nt. Wildeboer (*praktijkhygiëne tandarts*) en ABRvS 27 juni 2012, *AB* 2012/265, m.nt. C.M. Saris (*Bibaboerderij*).

tweede lid, EVRM in de knel.[270] Verder kan ook het ne bis in idem-beginsel problemen opleveren, bijvoorbeeld als openbaarmaking van een boetebesluit plaatsvindt nadat het boetebesluit in rechte onaantastbaar is geworden.[271]

'Naming and shaming' valt niet onder de definitie van het begrip bestuurlijke sanctie zoals die is gegeven in artikel 5:2, eerste lid, onder a, Awb.[272] Van een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak in de strikte zin van het woord is geen sprake. Dat neemt echter niet weg dat er bij de openbaarmaking van sanctiebesluiten evident sprake is van een (bestuurlijke) sanctie.[273] Met die openbaarmaking wordt immers door het bestuur gereageerd op een overtreding. De (vermoedelijke) overtreder komt daardoor op een negatieve manier in de publiciteit. Dit duidt bovendien op een sanctie met bestraffende trekken (men denke aan het element van leedtoevoeging).[274]

De wetgever en de (hoogste) bestuursrechters zien dit in de regel anders. Over het algemeen nemen zij het standpunt in dat er bij 'naming and shaming' geen sprake is van een *bestraffende sanctie*. Zo wordt in de Nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet op het financieel toezicht benadrukt dat de openbaarmakingsregeling uit de Wft ten doel heeft het publiek beter te kunnen waarschuwen tegen misstanden.[275] Van een bestraffende sanctie is geen sprake, zo wordt uitdrukkelijk gesteld.[276] De Raad van State uitte zich in zijn wetgevingsadvies kritisch over deze interpretatie van het karakter van de bekendmaking van boetebesluiten.[277] Opvallend is bovendien dat in de voorganger van de Wft, de Wte 1995, openbaarmaking op grond van artikel 48n Wte 1995 uitdrukkelijk werd beschouwd als een (bestraffende) sanctie.[278] In artikel 48o tot en met 48v Wte 1995 werden daarom aanvullende waarborgen opgenomen die in acht moesten worden genomen bij openbaarmaking.

---

270 Zie ook C.L.G.F.H. Albers, 'De onschuldpresumptie in het bestuursstrafrecht: het schemergebied tussen waarborg en instrumentaliteit', in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 267-293.

271 Zie over deze (mogelijke) gebreken in de rechtsbescherming ook Beijering-Beck 2012, p. 70-71 en p. 95 e.v.

272 Vgl. Michiels 2007b, p. 88.

273 Vgl. o.m. ook Michiels 2007b, p. 85 en p. 87-88 en Schlössels & Zijlstra 2010, p. 2021, voetnoot 350.

274 Vgl. bijv. ook Doorenbos 2007, p. 79 e.v. en Beijering-Beck 2012, p. 68. Anders: L.J.J. Rogier, 'De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht', in: *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (VAR-Reeks nr. 138), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 32-33. Michiels geeft aan dat publicatie van een boetebesluit moet worden aangemerkt als een vorm van bestraffing. Bij publicatie van herstelsancties zoals de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom ligt e.e.a. genuanceerder. Publicatie kan in dat geval ondersteuning van de last ten doel hebben (publicatie van de herstelsanctie heeft dan volgens Michiels een preventief karakter). Vindt de publicatie echter plaats nadat de dwangsom verbeurd is of nadat de overtreding is beëindigd, dan is er volgens Michiels sprake van een vorm van bestraffing (zie Michiels 2007b, p. 88).

275 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 32, p. 16-18.

276 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 32, p. 18.

277 *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 20, p. 30-31.

278 *Kamerstukken II* 2001/02, 28373, nr. 3, p. 4. Zie daarover bijv. Michiels 2007b, p. 90 en Beijering-Beck 2012, p. 64-65.

Het ging om waarborgen die vergelijkbaar zijn met de thans in titel 5.4 Awb opgenomen waarborgen die bij de oplegging van bestuurlijke boetes in acht moeten worden genomen. Michiels toont zich, met Beijering-Beck,[279] dan ook kritisch over de – vaker[280] door bestuur en wetgever gehanteerde – redenering dat de bekendmaking *enkel* een 'waarschuwend' en 'voorlichtend' karakter heeft. Ook als het bestuursorgaan primair de bedoeling heeft om het publiek te informeren en waarschuwen heeft de openbaarmaking het karakter van een sanctie. De vermeende overtreder wordt immers hoe dan ook (tevens) in een kwaad daglicht gesteld.[281]

Een visie die wel in lijn is met de opvatting van (o.a.) Michiels is te vinden in de memorie van toelichting op artikel 18.16p Wm inzake de publicatie van de namen van degenen die de (broeikasgas)emissienormen hebben overschreden en daarvoor met een (onherroepelijk geworden) bestuurlijke boete zijn bestraft. In die toelichting wordt 'naming and shaming' op grond van artikel 18.16p Wm uitdrukkelijk aangemerkt als bestraffende sanctie.[282]

Kijken we naar de rechtspraak dan valt op dat de (hoogste) bestuursrechters zich bij voorkeur niet uitlaten over het karakter van de openbaarmaking van sanctiebesluiten.[283] Doen zij dat wel dan wordt de nadruk gelegd op de informatieve functie van de openbaarmakingsbesluiten.[284] Soms kan zo'n informatieve functie van openbaarmaking inderdaad worden gezien als de hoofdfunctie van een sanctiebesluit. Zo merkte de Afdeling bestuursrechtspraak de openbaarmaking van een bevel om met onmiddellijke ingang de praktijkvoering als tandarts te staken en gestaakt te houden totdat uit inspectieonderzoek is gebleken dat voor de praktijkvoering in het algemeen en de praktijkhygiëne in het bijzonder (weer) wordt voldaan aan de vigerende beroepsnormen, aan als een besluit met een informatief karakter. Het besluit diende ter voorlichting van patiënten en collega-tandartsen. Er was volgens de Afdeling bestuursrechtspraak dan ook uitdrukkelijk geen sprake van een sanctie met een bestraffend karakter.[285] In veel gevallen is het echter niet uitgesloten, zoals in de literatuur ook wordt betoogd, dat ook als het bestuursorgaan stelt (primair) de bedoeling te hebben om het publiek te informeren en waarschuwen, de openbaarmaking

---

279 Beijering-Beck 2012, p. 69.

280 Michiels 2007b, p. 95.

281 Vgl. Michiels 2007b, p. 85 en p. 87-88. Zie bijv. ook Doorenbos 2007, p. 71 e.v.

282 *Kamerstukken II* 2003/04, 29565, nr. 3, p. 56-57 en p. 59.

283 Zie bijv. ABRvS 10 november 2010, *AB* 2010/319, m.nt. Affourtit & Beijering-Beck, *JB* 2010/276, m.nt. Wildeboer (*DollarRevenue*) en Beijering-Beck 2012, p. 67-68 en (zeer uitdrukkelijk) CBb 11 februari 2013, *JB* 2013/105 (*hypotheekbemiddeling zonder vergunning*).

284 Dat geldt ook voor de oudere rechtspraak van de lagere bestuursrechter. Zie bijv. Rb. Rotterdam 3 september 2008, *AB* 2008/346, m.nt. Peek (*Numico B.V.*). Zie voor verdere verwijzingen bijv. Michiels 2007b, p. 91 en Beijering-Beck 2012, p. 67-68. Een vergelijkbare lijn lijkt het HvJ EG ten aanzien van 'naming and shaming' in het mededingingsrecht te volgen in HvJ EG 30 mei 2006, *JB* 2006/239, m.nt. Overkleeft-Verburg (*Lombardclub*), hoewel daar niet expliciet wordt aangegeven dat de bekendmaking van een overtreding geen bestraffend karakter heeft (geoordeeld wordt dat de overtreder ter zake van de openbaarmaking van een overtreding 'geen bijzondere bescherming verdient').

285 ABRvS 22 februari 2012, *AB* 2012/129, m.nt. Van der Jagt-Jobsen, *JB* 2012/86, m.nt. Wildeboer (*praktijkhygiëne tandarts*).

mede het karakter van een bestraffende sanctie heeft.[286] Dit laatste lijkt bijvoorbeeld in de regel gelden voor de openbaarmaking van bestuurlijke boetebesluiten.

## 4.4 Het EHRM en andere bestuurlijke sancties

De 'criminal charge'-jurisprudentie van het EHRM ziet voornamelijk op bestuurlijke boetes en daarmee vergelijkbare sancties (zoals fiscale verhogingen). Arresten van het EHRM met betrekking tot het 'criminal charge'-karakter van andere bestuursrechtelijke sancties zijn schaars. Zij vormen een speld in de hooiberg die de zeer omvangrijke Hudoc database met uitspraken van het EHRM vormt. Dat geldt bijvoorbeeld voor de intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie.[287] Bovendien lijkt ook het EHRM soms de discussie uit de weg te gaan, bijvoorbeeld door te oordelen dat het geschil ziet op 'civil rights and obligations' en dat daarom niet ook nog beoordeeld hoeft te worden of het geschil valt onder 'the criminal head' van artikel 6 EVRM.[288]

Bij het screenen van de Hudoc database stuitte ik op een aantal uitspraken van het EHRM over het 'criminal charge-karakter' van de (tijdelijke) intrekking van een rijbewijs wegens rijden onder invloed. In een zaak (*Escoubet t. België*[289]) werd de tijdelijke intrekking niet aangemerkt als 'criminal charge'. In een aantal andere zaken (waaronder *Nilsson t. Zweden*[290]) wel. In de zaak *Escoubet t. België* werd het rijbewijs onmiddellijk – dus op de avond dat de overtreding werd begaan – ingetrokken. In *Nilsson t. Zweden* was dat niet het geval. Daar zaten ruim acht maanden tussen de overtreding en het intrekkingsbesluit. Bijgevolg concludeerde het EHRM dat de intrekking in de zaak *Nilsson* (anders dan in de zaak *Escoubet*) niet enkel ten doel had de verkeersveiligheid te bevorderen (dan zou het rijbewijs immers meteen moeten zijn ingevorderd) maar dat de intrekking ook een bestraffend en afschrikkend karakter had. In *Nilsson t. Zweden* wordt verder aangegeven dat de zwaarte van de sanctie een belangrijke rol speelt. In meer recente rechtspraak lijkt de sanctiezwaarte bij de intrekking van een rijbewijs wegens rijden onder invloed op zichzelf al voldoende te zijn om tot de conclusie te komen dat er sprake is van een 'criminal charge' en van een 'penalty' (in de zin van artikel 7 EVRM).[291]

---

286 Vgl. Michiels 2007b, p. 85 en p. 87-88 en J.H. Hubben, 'De IGZ: van stille kracht naar publieke waakhond', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2012, 2, p. 96-108, in het bijzonder p. 105-106. Zie bijv. ook Doorenbos 2007, p. 71 e.v.

287 Vgl. Michiels & De Waard 2007, p. 14.

288 Zie bijv. EHRM 6 juli 2010, *EHRC* 2010/109 (*Pocius t. Litouwen*) waarin het ging om de intrekking van een wapenvergunning.

289 EHRM 28 oktober 1999, *EHRC* 1999/6, m.nt. Albers (*Escoubet t. België*).

290 EHRM 13 december 2005, *AB* 2006/285, m.nt. Van Emmerik & Barkhuysen, *EHRC* 2006/29, m.nt. Albers (*Nilsson t. Zweden*). Zie verder EHRM 23 september 1998, *VR* 2000/109 (*Malige t. Frankrijk*).

291 Zie bijv. EHRM 24 januari 2012, nr. 1051/06 (*Mihai Toma t. Roemenië*), r.o. 21 '(...) although the annulment of a driving license is regarded by the national law as an administrative measure, it constitutes rather a criminal matter for the purpose of Article 6 of the Convention, in so far as its severity gives it a punitive and dissuasive character pertaining to criminal sanctions (see also *Welch*, cited above, par. 28; and *Nilsson v. Sweden* (dec.), nr. 73661/01, 13 December 2005).' Zie in dat kader ook ABRvS 23 oktober 2013, *JB* 2013/247 (*alcoholslot vrachtwagenchauffeur*).

Verder kan nog worden gewezen op een arrest van 7 juli 1989.[292] Daarin werd de intrekking van de vergunning op grond waarvan in een restaurant alcoholhoudende dranken mochten worden verkocht niet aangemerkt als een 'criminal charge' omdat de intrekking plaatsvond in verband met de (gebleken) ongeschiktheid van de houder van de vergunning. Dit sluit aan bij de opvatting van de Nederlandse bestuursrechters dat intrekking van een begunstigende beschikking geen (bestraffende) sanctie is als de intrekking plaatsvindt omdat een vergunninghouder niet (meer) aan de aan hem te stellen voorwaarden voldoet.[293]

Opmerkelijk is verder de niet eenduidige rechtspraak van het EHRM inzake door lidstaten opgelegde maatregelen die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse last onder bestuursdwang. Uit het arrest *Saliba t. Malta*[294] uit 2005 volgt dat een *strafrechtelijke last tot afbraak* van een illegaal bouwwerk – vgl. naar Nederlands recht de (bestuursrechtelijke) last onder bestuursdwang – door het EHRM niet wordt aangemerkt als 'penalty' en de procedure tot oplegging van die last niet als 'criminal charge'. Drie jaar later, in november 2008, denkt het EHRM daar blijkbaar anders over. In de zaak *Hamer t. België*, waarin het eveneens gaat om een op het strafrecht gebaseerde last tot afbraak die wordt opgelegd door de strafrechter, is er (plots) wel sprake van een 'criminal charge' (ofschoon de sanctie materieel hetzelfde is als de in de zaak *Saliba t. Malta* toegepaste sanctie).[295]

## 4.5 De EU en andere bestuurlijke sancties: de zaak Bonda, verdoezeling van het ware karakter van de sanctie in het EU-recht?

Bij bestudering van rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot het 'criminal charge'-karakter van andere bestuursrechtelijke sancties dan de bestuurlijke boete trekt het *Bonda*-arrest de aandacht.[296] Met het oog op de beperkte ruimte die voorhanden is, zal ik me hoofdzakelijk beperken tot dit arrest. In de zaak *Bonda* gaat het om bestuurlijke sancties in het kader van een Unierechtelijke steunverleningsregeling (landbouwsubsidies). De Poolse landbouwer Bonda had bij het bevoegde Poolse bestuursorgaan (het districtsbureau van het Agentschap voor herstructurering en modernisering van de landbouw) een aanvraag ingediend tot toekenning van een Europese landbouwsubsidie voor het jaar 2005. Daarbij had hij echter het door hem voor landbouw te gebruiken oppervlakte te groot voorgesteld (nl. 212,78 ha in plaats van 113,49 ha), en dus onjuiste gege-

---

292 EHRM 7 juli 1989, Series A vol. 159 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Sweden*).

293 Zie daarover paragraaf 4.1. Ook voor de Nederlandse Bibob-*weigering* van (bijvoorbeeld) een exploitatievergunning geldt vanwege dezelfde redenen (nl. de aan de aanvrager te stellen eisen) dat zij geen 'criminal charge' oplevert, zo volgt uit het arrest van het Hof in de zaak *Bingöl*. Zie EHRM 20 maart 2012, *AB* 2012/284, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, *EHRC* 2012/159, m.nt. Rogier (*Bingöl t. Nederland*); vgl. EHRM 30 november 1999, nr. 47898/99 (*McParland t. het Verenigd Koninkrijk*).

294 EHRM 8 november 2005, *EHRC* 2006/1, m.nt. Albers (*Saliba t. Malta*).

295 Vgl. EHRM 27 november 2007, *JB* 2008/38, *EHRC* 2008/21 (*Hamer t. België*).

296 HvJ EU 5 juni 2012, *AB* 2012/315, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *EHRC* 2012/163, m.nt. B. Van Bockel (*Bonda*).

vens verstrekt. Ten gevolge van deze frauduleuze handeling wordt Bonda op 25 juni 2006 bij besluit van het Poolse districtsbureau voor het jaar 2005 uitgesloten van de steunregeling en kan hij de drie daarop volgende jaren slechts aanspraak maken op een lager vastgestelde financiële aanspraak (dan waar hij eigenlijk recht op zou hebben).[297] Daarnaast wordt Bonda strafrechtelijk vervolgd en bij vonnis van 14 juli 2009 veroordeeld. In hoger beroep tegen dit vonnis wordt Bonda buiten vervolging gesteld op de grond dat aan Bonda voor dezelfde feiten al een bestuursrechtelijke sanctie was opgelegd. De procureur-generaal stelt tegen deze uitspraak cassatieberoep in. In het kader van die procedure wordt het HvJ EU geconfronteerd met de (prejudiciële) vraag of de op artikel 138, eerste lid, Verordening (EG) nr. 1973/2004 gebaseerde bestuursrechtelijke sanctie – bestaande uit de tijdelijke uitsluiting van de subsidieregeling en de vermindering van de aanspraak op subsidie voor de komende jaren – moet worden aangemerkt als een 'criminal charge' ('strafrechtelijke procedure'). In dat geval zou artikel 50 van het Handvest van de Grondrechten van de EU (ne bis in idem-beginsel) van toepassing zijn.

Het HvJ EU concludeert dat er geen sprake is van een 'criminal charge'.[298] Het Hof voert daartoe een aantal redenen aan. In essentie komen zij hierop neer. De uitsluitingen hebben formeel het etiket 'administratieve maatregelen en sancties'. De uitsluitingen vinden plaats ter bestrijding van de onregelmatigheden die in het kader van de landbouwsteun worden begaan met het oog op bescherming van de financiële positie van de EU. Bovendien gelden de overtreden regels uitsluitend voor die marktdeelnemers die er in alle vrijheid voor hebben gekozen een beroep te doen op de landbouwsteunregeling. Verlaging van de steun in de toekomst vindt bovendien alleen plaats als de landbouwer opnieuw een aanvraag indient. Met de sanctie verliest de fraudeur dus alleen het vooruitzicht op steun.

De conclusie dat er geen sprake is van een 'criminal charge' (en bestraffende sanctie) is voor kritiek vatbaar. Zo wordt het normadressaatcriterium opgerekt[299] tot ver buiten de tuchtrechtelijke sfeer. De burger als 'marktdeelnemer' die een beroep doet op een Europese steunmaatregel valt volgens het HvJ EU blijkbaar binnen een '(beroeps)specifieke groep met een bepaalde status'.[300] Dat maakt het begrip '(beroeps)specifieke groep' in Europese context mijns inziens oeverloos. Op die manier zou in principe geen enkele intrekking van een Europese subsidie ooit als vorm van 'bestraffing' aangemerkt hoeven te worden. Dit omdat in gevallen waarin

---

297 Deze sanctie is gebaseerd op art. 138, eerste lid, Verordening (EG) nr. 1973/2004.

298 Vgl. HvJ EG 11 juli 2002, *AB* 2002/392, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt (*Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG t. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*). De Nederlandse bestuursrechter knoopt hierbij aan. Zie bijv. CBb 19 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY0430 (*verboden gewasbeschermingsmiddelen gladiolenteelt*) waarin overigens vreemd genoeg de factor *opzet* een rol speelt bij het vaststellen van de hoogte van het kortingspercentage.

299 Vgl. Widdershoven in zijn noot onder HvJ EU 5 juni 2012, *AB* 2012/315 (*Bonda*). Zie overigens ook EHRM 29 oktober 2013, *EHRC* 2014/17 met (terecht kritische) noot van Fernhout (*S.C. IMH Suceava S.R.L. t. Roemenië*), in het bijzonder r.o. 51. In laatstgenoemd arrest wordt iets vergelijkbaars overwogen ten aanzien van handhaving van accijnswetgeving in een geval waarin een Roemeense bezinepomphoudster ervan verdacht werd de brandstof met water te hebben aangelengd.

300 Vgl. ook de omschrijving van tuchtrecht in Corstens/Borgers 2011, p. 4. Het moet gaan om groepsregels die bijv. zien op de *uitoefening* van een specifiek beroep. Zie ook Albers 2002, p. 89-95 en p. 111.

wordt gesteld dat een sanctie wordt opgelegd binnen de context van een (beroeps) specifieke groep dit gegeven – in ieder geval in de rechtspraak van EHRM[301] – een sterke aanwijzing oplevert voor de kwalificatie van de sanctie als zijnde *geen* 'criminal charge'.[302]

Ook de redenering dat er geen sprake is van een bestraffende sanctie omdat de subsidieaanvragers een vrije keuze[303] hebben, aangezien zij vrijwillig deelnemen aan steunregeling en daarmee tevens op vrijwillige basis het sanctieregime accepteren, is voor discussie vatbaar.[304] Deze redenering is mijns inziens evenmin sluitend als de in het Nederlandse socialezekerheidsrecht gebruikte redenering dat er sprake is van een sanctie binnen een specifieke rechtsbetrekking (en dat er om die reden van bestraffing geen sprake is). Of een sanctie al dan niet binnen een specifieke rechtsbetrekking wordt opgelegd zegt mijns inziens niets over de aard van de sanctie.[305] En juist de aard van de sanctie is (in de regel) doorslaggevend. De Moor-van Vugt geeft dan ook ondubbelzinnig aan dat er volgens haar bij de in de zaak *Bonda* toegepaste sancties sprake is van een 'criminal charge'.[306]

Dat de uitsluiting en toekomstige kortingen de bescherming van de EU-financiën ten doel hebben, zegt niets over *de wijze waarop* men probeert dit doel te realiseren. Dit doel kan immers zeer wel door middel van het opleggen van bestraffende sancties worden nagestreefd, en mijns inziens is dat in casu ook het geval. De sancties hebben onmiskenbaar een bestraffend element in zich. In casu komt dat bijvoorbeeld tot uitdrukking in de toekomstige uitsluiting van de steunmaatregel.

Ik sluit niet uit dat in de zaak *Bonda* de historische bagage van de EU een rol speelt. Van oudsher is strafrecht in EU-verband voorbehouden aan lidstaten. Wellicht wil het HvJ EU er daarom niet aan dat in een EG-verordening vastgestelde sancties als vorm van 'strafvervolging' moeten worden aangemerkt.[307] Dat neemt echter niet weg dat bestraffende sancties ook als zodanig moeten worden gelabeld. De ware aard van de sanctie moet niet worden weggepoetst. Hier kan goed worden gewerkt met onderscheid tussen strafrechtelijke handhaving in traditionele zin (van moreel verwerpelijke delicten) die blijft voorbehouden aan de lidstaten en de oplegging van bestraffende (bestuursrechtelijke) sancties ter handhaving van het Europese ordeningsrecht. Beide categorieën vallen dan onder het meeromvattende begrip 'crimi-

---

301 En waar het HvJ EU zich bij aansluit, zie daarover par. 3.3.1.

302 Dat is in ieder geval meestal zo als sancties niet resulteren in vrijheidsberoving, wat in de zaak *Bonda* het geval is. Zie Albers 2002, p. 93 en p. 103-104.

303 Waarbij men zich ook de vraag kan stellen in hoeverre er voor de subsidieaanvragers daadwerkelijk sprake is van een 'vrijwillige keuze'.

304 Vgl. A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Administrative Sanctions in EU Law', *REALaw* 2012, Vol. 5, nr. 1, p. 5-41, in het bijzonder p. 14.

305 Ook niet als een subsidieaanvrager deze rechtsbetrekking met een bestuursorgaan (zogenaamd) vrijwillig is aangegaan.

306 De Moor-van Vugt 2012, p. 14, zie ook haar (terecht kritische) annotatie onder HvJ EG 11 juli 2002, *AB* 2002/392 (*Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG t. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*).

307 Gaat het om sancties die op grond van een richtlijn in de nationale wetgeving van lidstaten zijn opgenomen dat lijkt het Hof veel gemakkelijker een 'strafkarakter' aan te nemen. Zie bijv. HvJ EG 23 december 2009, *AB* 2010/83, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt (*Spector Photo en Raemdonck/CBFA*). Zie verder HvJ EU 26 februari 2013, *AB* 2013/131, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2013/58, m.nt. Veenbrink & De Waele, *EHRC* 2013/112, m.nt. J. Morijn (*Åkerberg Fransson*).

nal charge'. Wordt de lijn van het *Bonda*-arrest in de toekomst doorgetrokken dan brengt dat met zich dat veel sancties die kunnen worden opgelegd in het kader van steunverleningsregelingen niet het predicaat 'criminal charge' zullen ontvangen.[308]

## 4.6 Conclusie

Bij de oplegging van bestraffende bestuurlijke sancties worden hogere eisen gesteld aan het rechtsbeschermingsniveau. Probleem is echter dat ten aanzien van sommige bestuursrechtelijke sancties onduidelijk is of zij volgens de (hoogste) bestuursrechter(s) bestraffend van aard zijn. Verder is ten aanzien van een aantal sancties, die thans niet als bestraffende sancties worden aangemerkt, dit niet-bestraffende karakter voor discussie vatbaar. Voor zover er sprake is van de oplegging van een bestuurlijke boete wijzen de neuzen dezelfde kant op. Hier is onmiskenbaar sprake van een bestraffende sanctie. Bij de intrekking van een begunstigende beschikking ligt dit anders. De rechtspraak ten aanzien van die sanctie is ondoorzichtig en niet consistent. Sancties op dit vlak lijken een kameleon. Zij verschieten – vooral in de Afdelingsrechtspraak – regelmatig van kleur, zonder dat daaraan een draagkrachtige motivering ten grondslag wordt gelegd. Niet zelden is deze motivering beperkt tot *oneliners* zonder nadere onderbouwing. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede en doet zelfs afbreuk aan het vertrouwen in de bestuursrechtspraak.[309]

Intussen lijkt vrijwel geen enkele intrekking meer bestraffend te zijn.[310] Dit is uit praktische overwegingen wel een 'gunstige' ontwikkeling. Zo geldt bij de oplegging van een sanctie of maatregel die niet bestraffend van aard is bijvoorbeeld een lagere bewijsstandaard voor het bestuur.[311] Hier is nog werk aan de winkel. Er moet worden gestreefd naar consistente heldere en geloofwaardige rechtspraak inzake het bestraffende karakter van intrekkingen. Dat betekent dat in rechterlijke uitspraken in ieder geval op draagkrachtige wijze moet worden gemotiveerd *waarom* er bij een bepaalde vorm van intrekking, die in een specifieke casus ter discussie staat, al dan niet sprake is van 'het bewerkstelligen van normconform gedrag door toevoeging van geïndividualiseerd concreet nadeel' (ofwel leedtoevoeging). Zoals ik in paragraaf 3.2.2 heb aangegeven is er naar mijn mening sprake van leedtoevoeging – en daarmee van een bestraffende sanctie – als de sanctie verdergaat dan herstel van de (on)rechtmatige toestand vergt. In het verlengde daarvan is er sprake van leedtoevoeging als datgene waarop ondanks de gepleegde overtreding aanspraak is blijven bestaan wordt onthouden of ontnomen, terwijl herstel van de rechtmatige toestand niet meer mogelijk is en de opgelegde sanctie niet alleen schadevergoeding (compensatie) betreft. Aan de hand van deze factoren zou door de bestuursrechter

---

308 Vgl. Widdershoven in zijn noot onder het *Bonda*-arrest (*AB* 2012/315) en De Moor-van Vugt 2012, p. 15.

309 Zie ook de kritische noot van Vermeer onder ABRvS 15 december 2010, *AB* 2011/238 (*bedreigende marktkoopman Valkenswaard*). Zie verder Schutgens 2011, p. 25 e.v.

310 Dit geldt zoals blijkt uit de in paragraaf 4.5 besproken rechtspraak van het HvJ EU ook voor intrekkingen van, en kortingen op, (Europese) steunregelingen.

311 Vgl. bijv. ABRvS 15 december 2010, *AB* 2011/238, m.nt. Vermeer (*bedreigende marktkoopman Valkenswaard*).

onderbouwd moeten worden waarom er al dan niet sprake is van een bestraffende intrekking.

Andere sancties zoals de maatregel in het socialezekerheidsrecht en 'naming and shaming' kennen een meer uniforme rechtspraak. Bij die sancties speelt echter de vraag of zij terecht worden aangemerkt als niet bestraffend. Verder laat de wetgever zich ten aanzien van deze andere sancties niet onbetuigd. Ik wijs nogmaals op het wisselende karakter van de sancties in het kader van de bijstandswetgeving en in het kader van 'naming and shaming' in het financieel toezicht.

Het hanteren van een voor de rechtspraktijk kenbaar materieel criterium, zoals hierboven en in paragraaf 3.2.2 beschreven, aan de hand waarvan per sanctie nagegaan kan worden of de sanctie verdergaat dan voor herstel nodig is en waarbij ook vooral gemotiveerd wordt waarom de sanctie al dan niet verdergaat dan voor herstel nodig is, verdient de voorkeur. Dit bevordert de rechtseenheid evenals de continuïteit en het vertrouwen in de rechtspraak.

Ook door het EHRM en HvJ EU kan hier nog de nodige winst geboekt worden. Hoewel zij standaard gebruikmaken van de in het *Öztürk*-arrest ontwikkelde criteria laat ook daar de consistentie van de rechtspraak en de draagkrachtigheid van de motivering van uitspraken te wensen over.[312]

312 Vgl. de zware eisen die in het strafproces vanuit rechtsstatelijk oogpunt aan de motivering van een vonnis worden gesteld (zie daarover Corstens/Borgers 2011, p. 661 e.v.).

# 5 Bestraffing en rechtsbescherming tegen bestraffing in het bestuursrecht anno 2014

Hiervoor is al aangegeven dat bij de oplegging van bestraffende sancties extra straf(proces)rechtelijk getinte waarborgen in acht moeten worden genomen. Een vraag die al regelmatig is gesteld en waar ook al het nodige over is geschreven[313] is de vraag of op basis van het huidige Awb-procesrecht bij de oplegging van bestraffende sancties voldoende rechtsbescherming kan worden geboden en ook wordt geboden. Het gaat dan vooral om de vraag of er ook daadwerkelijk en op een juiste manier invulling wordt gegeven aan de extra straf(proces)rechtelijke waarborgen. Dit is – mede gelet op het centrale thema van deze preadviezen – een elementaire vraag en zij kan hier dan ook niet onbesproken blijven. De ruimte die de preadviseurs is geboden laat het niet toe dit zeer uitvoerig te doen. Hieronder volgt dan ook een bespreking op hoofdlijnen waarbij de nadruk ligt op elementaire procesrechtelijke aspecten. Te denken valt aan de taakopvatting van de bestuursrechter (tegen de achtergrond van de omvang van het geding) en de wijze waarop met bewijs wordt omgegaan in het bestuursproces. Meer materieel getinte beginselen zoals het zwijgrecht, het ne bis in idem-beginsel en het nemo tenetur-beginsel komen slechts tegen de achtergrond van de procesrechtelijke context aan de orde.[314] De nadruk zal liggen op de rechtsbescherming die in het kader van de oplegging van bestuurlijke boetes wordt geboden.

## 5.1 Bestuursstrafrecht en het bestuursprocesrecht

Voor alle (appellabele) besluiten geldt hetzelfde procesrecht.[315] Daarbij is niet van belang of wordt opgekomen tegen een verleende omgevingsvergunning, een subsidie of een bestuurlijke boete. Hier dringt zich de vraag op of een dergelijke 'gelijkschakeling' van alle bestuurshandelingen die als besluit kunnen worden aangemerkt gewenst is. Ligt het niet voor de hand om in ieder geval bij bestraffende sancties af te wijken van (bepaalde onderdelen van) het bestuursprocesrecht en de

313 Zie bijv. Albers 2002 en Stijnen 2011 en diverse hierna nog aangehaalde publicaties.

314 Wie meer daarover wil lezen kan onder meer terecht in Albers 2002 en Stijnen 2011 (beide met vele verdere verwijzingen).

315 Uitgezonderd die gevallen waarin in de bijzondere wet uitdrukkelijk wordt afgeweken van de Awb.

uitleg die de bestuursrechters geven aan bepaalde (procesrechtelijke) Awb-bepalingen?[316] Het is immers de vraag of, en zo ja in hoeverre, het 'uniforme' bestuursprocesrecht geschikt is om een – naar zijn aard beschouwd – *strafrechtelijke* procedure[317] te normeren.[318] De aan beide procesrechten ten grondslag liggende doelen en uitgangspunten wijken per slot van rekening af.[319] Hierna wordt – tegen de achtergrond van bovenstaande vragen – ingegaan op een aantal aspecten van het bestuursprocesrecht die een belangrijke invloed hebben op het rechtsbeschermingsniveau bij de oplegging van bestuurlijke bestraffende sancties. Onder andere komen aan bod de wijze waarop de bestuursrechter het geding afbakent, de manier waarop de bestuursrechter omgaat met de hem ambtshalve toekomende (onderzoeks)bevoegdheden en het bestuursrechtelijk bewijsrecht. Voor zover in dit kader rechtspraak aan de orde komt, zal opvallen dat veel rechtspraak ziet op boetes die zijn opgelegd op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Dit houdt verband met het feit dat vooral ten aanzien van deze bestuurlijke boete veel uitspraken zijn gedaan. Verder zal in het oog springen dat verhoudingsgewijs minder rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven aan de orde komt. Ook dit houdt enkel verband met een geringere beschikbaarheid van (gepubliceerde) relevante rechtspraak waarin uitdrukkelijk op de door mij hierna aan de orde te stellen onderwerpen wordt ingegaan.

Omdat bij de oplegging van bestraffende sancties een aan het strafrecht gelijkwaardige rechtsbescherming moet worden geboden zal er ook aandacht uitgaan naar de wijze waarop de rechtsbescherming in het strafproces is vormgegeven.

### 5.1.1 *Uitgangspunten van het Nederlandse strafproces*

Het rechtsbeschermingsniveau bij de oplegging van bestuurlijke boetes (en andere bestraffende sancties) wijkt – zo zal hierna nog blijken – af van het rechtsbeschermingsniveau bij de oplegging van strafrechtelijke sancties. Dit houdt verband met het verschil in grondslag van het op de onderscheiden sancties van toepassing zijnde procesrecht. Gelet op de kernvraag van dit preadvies is het van belang om eerst (kort) aandacht te schenken aan de gang van zaken bij een strafproces.

---

316 Zie met betrekking tot de bestuurlijke boete en het bestuursprocesrecht ook C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, 'De bestuurlijke boete: een koekoeksei in het bestuursprocesrecht?', *NTB* 2002, nr. 7, p. 187-199; C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete en het bestuursprocesrecht. De verschraling van een goede strafvordering', *DD* 2006, 2, p. 17-38 (hierna Albers 2006a) en C.L.G.F.H. Albers, 'De bestuurlijke boete onder het juk van het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2006, p. 143-161 (hierna Albers 2006b).

317 Vgl. Knigge 2000, p. 95 en Corstens 2000, p. 1187.

318 Zie in deze zin ook: N.J.M. Kwakman, 'De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting', *NTB* 2006, 47, in het bijzonder p. 337 en 339.

319 Vgl. P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Procesrechtelijke approximatie door doelmatigheidsstreven. Over veranderende posities in het civiele procesrecht, strafprocesrecht en bestuursprocesrecht', in: L.E. de Groot-van Leeuwen, P.H.P.H.M.C. van Kempen, C.J.M. Klaassen & R.J.N. Schlössels (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 267-291, in het bijzonder p. 268 e.v.

Het strafproces kan – anders dan het huidige bestuursproces – niet worden gekarakteriseerd als een *partijenproces*.[320] In het strafproces staat materiële waarheidsvinding, met het oog op een juiste toepassing van de strafwet, centraal. De rechter moet zich de vraag stellen of er een strafbaar feit is gepleegd en of er een strafbare dader is. Het is de rechter die de straf oplegt.[321] Hij zal dit alleen doen als hij uit de (wettige) bewijsmiddelen *de overtuiging heeft bekomen* dat het ten laste gelegde feit door de verdachte is begaan.[322] Het bewijsrisico en de bewijslast rusten op het Openbaar Ministerie (OM).[323] De strafrechter vervult (naast het OM) een actieve rol[324] bij de bewijsgaring.[325] Dat de strafrechter gedurende de strafrechtelijke procedure geen lijdelijke rol vervult, vloeit voort uit het 'gematigd accusatoire' ofwel 'getemperd inquisitoire' karakter van het Nederlandse strafprocesrecht.[326] In het bijzonder hangt de 'actieve rol' van de strafrechter samen met de ongelijkheid tussen de partijen die betrokken zijn bij het geding (het OM en de verdachte). Juist vanwege die ongelijke positie lijken in het Wetboek van Strafvordering vergaande (ambtshalve) onderzoeksbevoegdheden aan de strafrechter te zijn toegekend. Daarmee wordt invulling gegeven aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie.[327] Verder houdt de actieve houding van de strafrechter verband met het feit dat in het strafproces de materiële waarheidsvinding, met het oog op een juiste toepassing van de (straf)wet, centraal staat.[328] Op bepaalde punten lijkt het strafprocesrecht door redelijk recente wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering tot op zekere hoogte overigens

---

320 J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, zesde herziene druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 159.

321 Corstens/Borgers 2011, p. 2. Ofschoon ook binnen het strafrecht vooral ten aanzien van (lichtere) overtredingen de mogelijkheid van 'buitengerechtelijke afdoening' bestaat (bijv. door het aanbieden van een transactie op grond van art. 74 Sr of in de vorm van een door de officier van justitie opgelegde strafbeschikking (art. 257a e.v. Sv; zie daarover *Kamerstukken II* 2004/05, 29849 en *Stb.* 2006, 330, Wet OM-afdoening)). De enorme vlucht die de bestuurlijke boete heeft genomen lijkt in de hand te hebben gewerkt dat men in het strafrecht ook niet langer vast wenste te houden aan het 'rechterlijke bestraffingsmonopolie' (vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, nr. 3 p. 2). Men zou hier kunnen spreken van een reflexwerking van het bestuursstrafrecht (zie daarover uitgebreid Albers 2008).

322 Vgl. art. 338 Sv. Zie voorts o.m. M.S. Groenhuijsen, 'Waarheidsvinding in het strafrecht', in: *Waarheid en waarheidsvinding in het recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 142e jaargang/2012-1), Deventer: Kluwer 2012, p. 231-305, in het bijzonder p. 234.

323 Corstens/Borgers 2011, p. 677. Zie met betrekking tot het strafrechtelijk bewijsrecht in het algemeen: Nijboer 2011 en Corstens/Borgers 2011, p. 674 e.v. Nijboer stelt overigens – anders dan Corstens/Borgers 2011 – dat, voor zover er in het strafrecht gesproken kan worden van een bewijslast, deze eerder rust op de strafrechter dan op de partijen of op het OM alleen. Vgl. Nijboer 2011, p. 30. Zie voorts art. 350 Sv.

324 Zie Nijboer 2011, p. 154. Zie voorts M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 23.

325 Corstens/Borgers 2011, p. 677. Zie voor een uitvoerige beschrijving van het strafrechtelijk bewijsrecht: Nijboer 2011 en Corstens/Borgers 2011, p. 674 e.v.

326 Zie Corstens/Borgers 2011, p. 7-8.

327 Zie hierover: J.F. Nijboer, 'Ongelijkheidscompensatie en ongelijkheidsarticulatie in het strafrecht', in: L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht* (Liber Amicorum voor prof. mr. M.G. Rood), Deventer: Kluwer 1997, p. 218-220.

328 Vgl. bijv. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 17 en J.B.H.M. Simmelink, 'Bewijsrecht en bewijsmotivering', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 398.

meer contradictoire trekken te gaan vertonen.[329] Daardoor komt meer verantwoordelijkheid bij het OM en de verdediging te liggen.[330] Zo wordt bijvoorbeeld van de verdediging verwacht dat zij tijdig haar verweren aanvoert en ook tijdig aangeeft dat zij bepaalde getuigen wenst op te roepen. Het tardief naar voren brengen van een verweer of het niet tijdig indienen van een verzoek om getuigen te horen *kan* leiden tot het niet in behandeling nemen van het verweer of verzoek. Overigens speelt dit alleen als een verdachte wordt bijgestaan door een raadsman of -vrouw.

Verder kan gewezen worden op de 'stroomlijning van het hoger beroep'.[331] Deze stroomlijning brengt met zich dat het onderliggende vonnis als vertrekpunt wordt genomen in hoger beroep. Daar komt bij dat vooral de punten die partijen in appèl aanvoeren door de strafrechter worden beoordeeld.[332] Toch is er geen sprake van een grievenstelsel in strikte zin. In de wetsgeschiedenis wordt benadrukt dat de door de procespartijen ingediende grieven in het stelsel een richtinggevende rol spelen bij de behandeling van de zaak. Maar voor een zuiver grievenstelsel waarin de rechter geen mogelijkheid wordt gelaten 'onderzoek te verrichten naar kwesties die hij nodig acht om de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv te beantwoorden', heeft de regering uitdrukkelijk niet gekozen.[333] In de praktijk wordt deze ruimte om nader onderzoek te verrichten buiten de aangevoerde gronden om ook gebruikt door de strafrechter. In een bundelbijdrage uit 2014 geeft Valkenburg – afdelingsvoorzitter strafrecht in het Gerechtshof 's-Hertogenbosch – bijvoorbeeld aan dat buiten de door (de raadsman van) de verdachte (en evt. de advocaat-generaal) naar voren gebrachte bezwaren door hem in hoger beroep ook die punten aan de orde worden gesteld die bij de bestudering van het dossier nog vragen hebben opgeroepen. Sommige collega's doen – zoals Valkenburg aangeeft – zelfs het hele onderzoek ter terechtzitting zoals dat in eerste aanleg is gevoerd 'nog eens dunnetjes over'.[334]

---

329 Vgl. o.m. M.S. Groenhuijsen, 'Over toeval in het wetgevingsdebat over strafprocesrecht: de uitbouw van in contradictoire gedingstructuur in strafzaken', *DD* 2005, 35(4), p. 351-359, in het bijzonder p. 356 e.v. en M.S. Groenhuijsen & T. Kooijmans, 'Probleemoplossing door voortschrijdende wetgeving in het strafrecht', *DD* 2010/25, p. 105-118. Zie bijv. ook de Wet stroomlijning hoger beroep (wet van 5 oktober 2006, *Stb.* 2006, 470). Over de vraag of deze ontwikkeling wenselijk is, bestaat onder de strafrechtsgeleerden geen eenstemmigheid. Zo pleit Kooijmans in navolging van de werkgroep Strafvordering 2001 (Groenhuijsen & Knigge 2001) voor een contradictoire gedingstructuur (zie T. Kooijmans, *Dat is mijn zaak!* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2011). Franken daarentegen toont zich geen voorstander van een verdere ontwikkeling en uitbreiding van contradictoire elementen in het strafproces (vgl. o.m. A.A. Franken, 'De zittingsrechter in strafzaken', *DD* 2012/34 (hierna: Franken 2012a) en A.A. Franken, 'Boekbespreking (bespreking van T. Kooijmans, Dat is mijn zaak (oratie Tilburg))', *DD* 2012/68 (hierna: Franken 2012b)). Ook Nijboer toont zich kritisch (zie Nijboer 2011, p. 147-148).

330 Van Kempen 2009, p. 276-277, Franken 2012a, par. 4. Zie verder bijv. HR 26 oktober 2011, *NJ* 2011/604 met kritische noot van M.J. Borgers (zie vooral punt 5).

331 Wet stroomlijning hoger beroep (wet van 5 oktober 2006, *Stb.* 2006, 470). Zie met betrekking tot de totstandkoming van deze wet; *Kamerstukken II* 2005/06, 30320, nr. 1 t/m 3 (Wijziging van het Wetboek van strafvordering met betrekking tot het hoger beroep in strafzaken, het aanwenden van gewone rechtsmiddelen en het wijzigen van de telastelegging (stroomlijnen hoger beroep)).

332 Zie art. 415, tweede lid, Sv.

333 *Kamerstukken II* 2005/06, 30320, nr. 3, p. 8. Zie ook Corstens/Borgers 2011, p. 788.

334 W.E.C.A. Valkenburg, 'De veranderende functie van de strafrechter in hoger beroep', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels & J.J. Dammingh (red.), *Hoger*

Dat het strafproces thans enige meer contradictoire trekken kent, neemt dan ook niet weg dat de fundamentele uitgangspunten (zoals een actieve rol voor de strafrechter, materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompensatie) in essentie gehandhaafd blijven, zo blijkt uit de (strafrechtelijke) literatuur[335] en uit de wetsgeschiedenis.[336] De strafrechter lijkt zich bovendien soms weinig aan te trekken van de nieuwe meer contradictoire aspecten van het geding en stelt zich desondanks actief op.[337] Dat laatste geldt temeer als de verdachte niet wordt bijgestaan door een raadsman of -vrouw.

### 5.1.2 *Het bestuursproces op hoofdlijnen*

Het bestuursprocesrecht wijkt op belangrijke punten af van het strafprocesrecht. In het bestuursprocesrecht staat (de beoordeling van de rechtmatigheid van) *een besluit* centraal. De bestuursrechter kan, bij de oplegging van bestraffende sancties, dan ook niet rechtstreeks oordelen over de vraag of de vermoedelijke overtreder strafbaar is. Hij beoordeelt (alleen) of de beslissing van het bestuursorgaan in rechte stand kan houden.

Van belang is verder dat de bestuursrechter het bij hem aangevochten besluit[338] in de regel *ex tunc* dient te toetsen. Dit houdt in dat hij moet beoordelen of het door het bestuursorgaan genomen besluit in strijd is met het ten tijde van het nemen van het besluit toepasselijke recht. Bij de oplegging van een bestuurlijke boete wordt op dit uitgangspunt overigens wel een belangrijke uitzondering gemaakt. Deze uitzondering – waarmee direct wordt aangesloten bij het strafrecht – houdt in dat bij verandering van wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, voor de (vermoedelijke) overtreder de meest gunstigste bepaling wordt toegepast. Is bijvoorbeeld – gedurende de (hoger)beroepsprocedure – bij wettelijke regeling voorzien in een lichtere sanctie (bijvoorbeeld een lagere boete) dan de sanctie die op grond

---

*beroep: renovatie en innovatie. Het appel in het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 23-37, in het bijzonder p. 28.

335 Vgl. Valkenburg 2014, p. 28; Nijboer 2011, p. 153 en C.P.M. Cleiren, 'Verschuivingen in de aandacht van de strafrechter. Verdeel en "heers"', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, A.J. Machielse e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p. 107-120, in het bijzonder p. 110. Zie ook Stijnen 2011, p. 791-792.

336 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2005/06, 30320, nr. 3, p. 8.

337 Zie bijv. HR 25 mei 2010, NJ 2011/80, m.nt. C.P.M. Cleiren (*stroomlijning hoger beroep?*). Vgl. Mevis in zijn noot onder HR 19 juni 2007, NJ 2007/626 (*bedreigende ex*), die bovendien in zijn noot (onder punt 14) aangeeft dat een 'ombouw' van het strafprocesrecht naar een meer contradictoir geding niet nodig is omdat het strafproces de rechter al de ruimte biedt om – indien nodig en wenselijk – het geding in een concreet geval meer contradictoir vorm te geven.

338 Daarbij verdient aantekening dat zowel de Afdeling bestuursrechtspraak als de Centrale Raad van Beroep in het kader van de oplegging van bestuurlijke boetes strikt de hand houdt aan de in de Awb opgenomen bezwaar- (en beroeps)termijnen en de rechtspraak over (on)verschoonbare termijnoverschrijding. Zie bijv. ABRvS 1 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT6551 (*arbeidsongeval Schiphol*); CRvB 19 september 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY8706 (*bijstandsfraude Zwolle*) en ABRvS 28 maart 2012, JB 2012/123 (*Arbeidstijdenwetboete*).

van destijds geldende regelgeving door het bestuursorgaan is opgelegd dan moet de bestuursrechter in (hoger) beroep die gunstigere sanctiebepaling toepassen.[339]

Een belangrijk verschil ten opzichte van de strafrechtelijke procedure is dat de boete al kan worden ingevorderd *voordat* een onafhankelijke en onpartijdige rechter heeft geoordeeld over de strafbaarheid van de vermoedelijke overtreder. De werking van het boetebesluit wordt op grond van artikel 6:16 Awb namelijk in de regel niet geschorst door indiening van een bezwaar- of beroepschrift. Dit brengt met zich dat de vermoedelijke overtreder niet in de gelegenheid is geweest zijn onschuld aan te tonen voordat de boete wordt opgelegd en invorderbaar is. Men kan zich afvragen hoe artikel 6:16 Awb zich verhoudt tot de onschuldpresumptie.[340] In het verlengde daarvan verdient opmerking dat in veel gevallen bovendien geen hoorplicht is voorgeschreven voordat de bestuurlijke boete wordt opgelegd.[341] Daarnaast kan worden gewezen op het ontbreken van specifieke regels over bewijs. Zo is, in tegenstelling tot in het strafrecht, in de Awb niets geregeld over de bewijslastverdeling,[342] wordt niet gewerkt met wettelijk erkende bewijsmiddelen en kan strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs in de meeste gevallen gebruikt worden bij de oplegging van een bestuurlijke boete.[343]

Verder speelt in het actuele bestuursprocesrecht de partijautonomie een belangrijke rol. Effectieve en definitieve geschilbeslechting en rechtsbescherming staan in de Awb centraal.[344] Het bestuursprocesrecht heeft zich onder de Awb, mede onder invloed van de 'wederkerige rechtsbetrekking-idee',[345] ontwikkeld van een inquisitoir procesrecht naar een procesrecht met contradictoire elementen.[346] Tegen

---

339 Zie art. 5:46, vierde lid, Awb. Zie verder bijv. CBb 1 maart 2012, *AB* 2012/121, m.nt. Stijnen (*Wgb-boete dahliakweker*). Verder volgt uit art. 8:72a Awb dat de bestuursrechter na vernietiging van een boetebesluit zelf in de zaak moet voorzien. Bij dit zelf voorzien moet de bestuursrechter een *ex nunc*-toetsing toepassen.

340 Zie daarover Albers 2004. Onder verwijzing naar EHRM 23 juli 2002, nr. 36985/97 (*Västberga Taxi Aktiebolag en Vulic t. Sweden*) en EHRM 23 juli 2002, nr. 34619/97, *EHRC* 2002/88, m.nt. Widdershoven (*Janosevic t. Sweden*) wordt wel gesteld dat het ontbreken van schorsende werking niet in strijd is met de verdragsrechtelijke onschuldpresumptie uit art. 6, tweede lid, EVRM. Enige nuancering ten aanzien van die stelling lijkt echter op zijn plaats. Zie daarover Albers 2004, par. 3.1.2.

341 Zie art. 5:53 Awb.

342 Dat een bestuursorgaan op deugdelijke wijze moet aantonen dat een overtreder een overtreding heeft begaan wordt overigens wel afgeleid uit art. 3:2 en 3:46 Awb.

343 Zie hierover uitvoeriger par. 5.1.4.4 en verder Albers & Schlössels 2002 en Albers 2004. Overigens is het zo dat ook in het strafrecht het op onrechtmatige wijze verkrijgen van bewijs niet zonder meer leidt tot niet-ontvankelijk verklaring van het OM of bewijsuitsluiting. De op art. 359a Sv gebaseerde rechtspraak van de Hoge Raad toont een genuanceerder beeld (vgl. Corstens/Borgers 2011, p. 738 e.v.).

344 Zie *PG Awb II*, p. 463; R.J.G.M. Widdershoven, R.J.N. Schlössels, F.A.M. Stroink e.a. (red.), *Hoger beroep. Algemeen bestuursrecht 2001*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001 (hierna: Widdershoven, Schlössels & Stroink 2001), p. 43 en p. 225 en de VAR-Commissie Rechtsbescherming, *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004. Zie ook art. 8:41a Awb.

345 Zie hierover *PG Awb I*, p. 3-40.

346 Schreuder-Vlasblom 2013, p. 788-789. Deze ontwikkeling leidt tot de minder wenselijke consequentie dat aan het beginsel van ongelijkheidscompensatie slechts op een vrij marginale wijze invulling wordt gegeven (vlg. Widdershoven, Schlössels & Stroink 2001, p. 225). Zie voorts R.J.N. Schlössels, 'Ongelijkheidscompensatie in het bestuursproces. Mythe of vergeten

die achtergrond wordt zelfs gesproken van de 'civilisatie' van het bestuursprocesrecht.[347] Deze ontwikkeling wordt bovendien nog versterkt door de recente wijzigingen in het bestuursprocesrecht ten gevolge van de (gedeeltelijke) inwerkingtreding van de Wet aanpassing bestuursprocesrecht.[348]

### 5.1.3 *De omvang van het (bestuursrechtelijk) geding*

De omvang van het bestuursrechtelijke geschil[349] wordt in beginsel bepaald aan de hand van de gronden die in het beroepschrift, door de eisende partij, worden aangevoerd.[350] De bestuursrechter mag op grond van artikel 8:69, eerste lid, Awb bij de beoordeling van het geschil niet treden buiten die aangevoerde gronden (verbod van 'ultra petita' gaan). Dit brengt in ieder geval met zich dat de bestuursrechter die aspecten van het besluit waartegen niet is opgekomen (dus waartegen geen gronden zijn ingebracht) in de regel buiten beschouwing moet laten. De bestuursrechter houdt ook strikt de hand aan het verbod van 'ultra petita' in bestuurlijke boetezaken.[351] Dit heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat een bestuursrechter niet ambtshalve mag onderzoeken of de (vermoedelijke) overtreder een verwijt kan worden gemaakt van de gepleegde overtreding.[352] Daardoor lijkt een overtreder bij de bestuursrechter wat de omvang van de toetsing betreft minder goed af te zijn dan bij de strafrechter.[353] Zo moet hij bijvoorbeeld zélf een *gemotiveerd* beroep doen op de afwezigheid

---

rechtsbeginsel?', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen & Th.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 139-164.

347 Vgl. R.J.N. Schlössels, 'De "civilisatie" van het bestuursproces. Over de mogelijkheden en gevaren van convergentie van procesrecht', in: L.E. de Groot-van Leeuwen, P.H.P.H.M.C. van Kempen, C.J.M. Klaassen & R.J.N. Schlössels (red.), *Eén procesrecht? Over convergentie en divergentie van het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 199-238.

348 Per 1 januari 2013, *Stb.* 2012, 684. Zie daarover verder (met verdere verwijzingen) C.L.G.F.H. Albers 'Het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht. Knippen en plakken in plaats van een fundamentele herbezinning', *Gst.* 2011, 50, p. 231-242.

349 Zie met betrekking tot de omvang van het bestuursrechtelijk geding o.m. Widdershoven, Schlössels & Stroink 2001; R.J.N. Schlössels, 'Tussen finaliteit en fuik? Over de omvang van het bestuursrechtelijk geding in eerste aanleg en appèl', in: M.A. Heldeweg, E.C.H.J. van der Linden & R.J.N. Schlössels (red.), *Uit de school geklapt?*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 177-203; R.H. de Bock, *De omvang van het geding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004; C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, 'De omvang van het bestuursrechtelijke geding: het Europese recht als paard van Troje?', *Gst.* 2005, 7224 nr. 26, p. 81-94 en B.J. van de Griend, *Trechters in het bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

350 Daarnaast zijn de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting relevant.

351 Zie *PG Awb II*, p. 463 en bijv. ABRvS 11 mei 2005, *Gst.* 2005, 195, m.nt. Albers (*café 'M'n Zuster en ik' Rosmalen*); CRvB 18 maart 2004, *JB* 2004/192, m.nt. Albers en HR 28 november 2003, *AB* 2004/339, m.nt. Widdershoven en CRvB 20 maart 2008, *AB* 2008/175, m.nt. Bröring (*bovenmatige reiskostenvergoedingen*).

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

353 Dit grondenstelsel heeft bovendien zijn weerslag op de materiële waarheidsvinding omdat de bestuursrechter op grond van art. 8:69, derde lid, Awb alleen binnen de op grond van het beroepschrift vastgestelde omvang van het geding ambtshalve feiten aan mag vullen. Dat brengt met zich dat de overtreder ook wat betreft de materiële waarheidsvinding minder goed af is in het bestuursrecht dan in het strafrecht (zie daarover ook par. 5.1.1 en 5.1.4.1).

van schuld.[354] De strafrechter zou, gelet op zijn actieve rol, bij afwezigheid van schuld, óók als de verdachte daarop geen beroep heeft gedaan, ontslag van alle rechtsvervolging uit moeten spreken.[355] Dit blijft ook zo binnen de huidige meer contradictoire gedingstructuur.[356]

De bestuursrechter dient wél een 'juridische vertaalslag' toe te passen op de aangevoerde gronden. Dit volgt uit artikel 8:69, tweede lid, Awb (ambtshalve aanvulling van rechtsgronden).[357] Ten slotte *kan*[358] de bestuursrechter, weliswaar binnen de op grond van het beroepschrift vastgestelde omvang van het geding, ambtshalve feiten aanvullen, zo blijkt uit artikel 8:69, derde lid, Awb.[359] Dit betekent dat de rechter zich in beginsel niet hoeft neer te leggen bij de feiten zoals die door de partijen tijdens het geding worden gepresenteerd. Blijkens de memorie van antwoord is bewust gekozen voor een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de mogelijkheid om ambtshalve feiten aan te vullen.[360] De rechter kan zijn bevoegdheid gebruiken ter compensatie van de ongelijkheid tussen de procespartijen.[361] Naarmate de ongelijkheid tussen de procespartijen groter is, zal er voor de rechter – zo valt af te leiden uit de MvA[362] – meer aanleiding kunnen zijn om van de bevoegdheid tot het ambtshalve aanvullen van feiten gebruik te maken.

Buiten de strekking van artikel 8:69, eerste lid, Awb valt de ambtshalve toetsing aan bepalingen die van 'openbare orde' zijn. In dat kader moet in het bijzonder gedacht worden aan regels die zien op bevoegdheid en ontvankelijkheid. De toepassing van deze regels van openbare orde staat niet ter vrije beschikking van de partijen. De bestuursrechter moet dus ambtshalve nagaan of hij bevoegd is kennis te nemen van de zaak en of het beroep ontvankelijk is. In dat kader dient hij tevens na te gaan of het bestuursorgaan bevoegd was het primaire besluit en het besluit op bezwaar te nemen, en of de burger in de bezwaarfase terecht ontvankelijk is verklaard.[363]

---

354 ABRvS 9 februari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS5521 (*Arbo-boete Desmepol BV*) en ABRvS 15 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2282 (*Arbo-boete Explosie opslagtank*).

355 Zie Corstens/Borgers 2011, p. 760 en Nijboer 2011 p. 164.

356 Vgl. Nijboer 2011, p. 164. Dat geldt in nog sterkere mate als de verdachte niet wordt bijgestaan door een raadsman of -vrouw.

357 Vgl. M.F.J.M. de Werd, 'Ius curia novit. Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de bestuursrechter', *NJB* 1998, p. 687-694.

358 De bestuursrechter is dus wel *bevoegd* maar niet *verplicht* om ambtshalve feiten aan te vullen.

359 Zie *PG Awb II*, p. 463. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting van de ambtshalve door de bestuursrechter te verrichten activiteiten voorts: D. Brugman, 'Ambtshalve toetsing afgebakend', *NTB* 2005, 34, p. 265-277 en D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht?* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

360 Zie *PG Awb II*, p. 464.

361 Zie met betrekking tot ongelijkheidscompensatie voorts Widdershoven, Schlössels & Stroink 2001, p. 39-40. Men kan zich overigens afvragen of ongelijkheidscompensatie in het bestuursrecht geen achterhaald concept is. Zie daarover B.W.N. de Waard, 'Het verdwenen beginsel. Over feitenvaststelling in het bestuursrecht', in: A.W. Heringa, A.M.L. Jansen e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd. Liber Amicorum voor prof. mr. F.A.M. Stroink*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 113-124, in het bijzonder p. 123-124.

362 Zie *PG Awb II*, p. 464.

363 Zie *PG Awb II*, p. 464; Brugman 2010, p. 68-71 en p. 132 e.v. en Schreuder-Vlasblom 2013, p. 636 e.v. Volgens de belastingrechter brengt dit met zich dat hij in een geschil over een bestuurlijke boete

De bestuursrechter heeft de hem krachtens artikel 8:69 Awb toekomende bevoegdheden en verplichtingen in het algemeen altijd beperkt opgevat.[364] Dat leidde er de eerste vijftien jaar dat het Awb-procesrecht van toepassing was toe, dat zijn ambtshalve activiteit vaak enkel gericht was op het juridisch vertalen van aangevoerde gronden.[365] Doorvragen naar de bedoeling die een appellant had met een aangevoerde grond, en zo in bepaalde mate de procedure sturen – wat bij een ruime opvatting van de verplichting om ambtshalve rechtsgronden aan te vullen goed mogelijk is –, was er dan ook zelden bij. Wat betreft het feitenonderzoek vervulde de bestuursrechter gedurende die periode evenmin een actieve rol.[366] Zijn taak om ten aanzien van de feitenvaststelling ongelijkheidscompensatie te bieden door ambtshalve de feiten aan te vullen, leek hij nogal marginaal op te vatten. De toetsing van de bestuursrechter bleef daarmee in essentie beperkt tot de aangevoerde gronden.

Intussen hebben zich binnen het bestuursprocesrecht ontwikkelingen voorgedaan die gericht zijn op het realiseren van een effectieve, definitieve en tijdige geschilbeslechting. Ik wijs op de invoering van de hiervoor al genoemde Wet aanpassing bestuursprocesrecht en op de 'Nieuwe zaaksbehandeling' die sinds 1 januari 2012 in de bestuursrechtspraak (in eerste aanleg[367]) wordt toegepast.[368] Het is de vraag of vooral deze 'Nieuwe zaaksbehandeling' zal leiden tot meer (ambtshalve) rechterlijke activiteit bij de bestuursrechter. Kernelement van de Nieuwe zaaksbehandeling is het al in het beginstadium van de procedure bij de bestuursrechter bij elkaar brengen van de partijen. Dit kan bijvoorbeeld in de vorm van een regiezitting of een comparitie. De zitting is er veel nadrukkelijker dan in het verleden op gericht om in samenspraak met partijen te onderzoeken wat nodig is om tot een

---

ambtshalve moet nagaan of de bevoegdheid tot het opleggen van die boete niet door tijdsverloop is vervallen (zie HR 29 april 2011, *JB* 2011/130).

364 Vgl. bijv. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1115 e.v. Zie ook Stijnen die aangeeft dat een ruimere interpretatie van art. 8:69 Awb in het bestuursstrafrecht wenselijk is (Stijnen 2011, p. 784-785 en p. 787).

365 Van een iets ruimere interpretatie van art. 8:69, tweede lid, Awb lijkt sprake te zijn in ABRvS 5 oktober 2011, *JB* 2011/262 (*Wko-boete Kindergarden I*) en CBb 19 september 2013, *JB* 2013/232 (*Wko-boete Kindergarden II*).

366 Vgl. Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht: zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005, p. 226 e.v. en R.J.N. Schlössels, 'Bewijswaardering in het bestuursproces: goochelen met zekerheid?', *AAe* 2010, p. 476-486.

367 Intussen experimenteren ook enkele bestuursrechtelijke appèlinstanties al met vormen van zaaksbehandeling die vergelijkbaar zijn met de Nieuwe zaaksbehandeling. Zie daarover A.T. Marseille, 'De Nieuwe zaaksbehandeling, van waarde in hoger beroep?', *NTB* 2013, p. 190-198, in het bijzonder p. 191.

368 Zie daarover o.m. A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2010; P. Nihot, 'Differentiatie in zaaksbehandeling. De bestuurlijke comparitie', *Trema Special* 2010, p. 457-459; A.T. Marseille, 'Comparitie en regie als panacee voor het bestuursrechtelijk beroep?', *Trema* 2010, p. 92-101; P.K. Nihot, 'De nieuwe zaaksbehandeling', in: N. Frenk, P.K. Nihot & P.N. Wakkie, *Proces op maat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 27-34; Y.E. Schuurmans & D.A. Verburg, 'Bestuursrechtelijk bewijsrecht in de jaren '10: opklaringen in het hele land', *JBplus* 2012, p. 117-138; D.A. Verburg, 'De Nieuwe zaaksbehandeling van de bestuursrechter', *TvC* 2013/3, p. 19-23; Marseille 2013; A.T. Marseille & P. Nihot, 'Regie in de rechtspraak: de bestuursrechter (1). Hoe de bestuursrechter regisseur is geworden en hoe dat bevalt', *Rechtstreeks* 2013, p. 38-47 en B.J. Schueler in: L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 240-243.

uitspraak te komen (dan wel anderszins het geschil definitief te beslechten). Daarbij wordt van de bestuursrechter een actieve houding verwacht. Tijdens de (regie) zitting probeert de rechter onder meer meer duidelijkheid te krijgen over de omvang van de rechtsstrijd, de punten waarop partijen van mening verschillen en mogelijk achterliggende problemen die de werkelijke oorzaak zijn van het instellen van een procedure. Verder kan aandacht worden besteed aan bewijsvragen (bewijslast, wie moet wat bewijzen, welke stellingen vragen nog om meer bewijs). Ook kan bijvoorbeeld blijken dat er nog nader (deskundigen)onderzoek nodig is.[369] Als nog (nader) bewijs geleverd moet worden of als er nog een deskundigenonderzoek plaats moet vinden is mogelijk in een later stadium nog een tweede zitting nodig om de inhoudelijke kant van de zaak verder te bespreken. Overigens wordt er in de praktijk naar gestreefd een tweede zitting waar mogelijk te voorkomen, dit met het oog op kostenbeheersing en tijdige geschilbeslechting.[370] Partijen kunnen – als een nadere zitting uitblijft – procesrechtelijk benadeeld worden als tijdens de (regie)zitting de zaak in hun ogen slechts beknopt is behandeld terwijl zij in een nadere zitting nog dieper op de inhoud hadden willen ingaan.[371]

Het is de vraag of de Nieuwe zaaksbehandeling er in de praktijk toe zal leiden dat de bestuursrechter de in artikel 8:69, tweede lid, neergelegde verplichting tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden en de in het derde lid van dat artikel neergelegde bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen ruimer zal gaan invullen. Uit een onderzoek van Marseille naar de wijze waarop binnen de Centrale Raad van Beroep de regiezitting wordt toegepast kan worden afgeleid dat veel afhangt van de rechter of raadsheer die de zitting leidt.[372] Ook verschilt de rechterlijke activiteit en aanpak per soort besluit. Zo signaleert Marseille grote verschillen tussen de regiezitting bij bijstandszaken en bij WW-zaken.[373] Verder blijkt uit het door Marseille uitgevoerde onderzoek dat in de meerderheid van de gevallen de (regie)zitting direct in een uitspraak resulteert.[374] Of de materiële waarheidsvinding dan optimaal uit de verf komt, valt te bezien. Om aanvullend bewijs boven tafel te krijgen zou immers het vooronderzoek moeten worden hervat of er zou een formele of informele bestuurlijke lus moeten worden toegepast.[375] Schuurmans en Verburg geven ook aan dat met de Nieuwe zaaksbehandeling uitdrukkelijk gekozen is voor een partijenproces waarin de bestuursrechter de *bewijsregie* op zich neemt, maar waarin hij nog steeds weinig eigen onderzoeksbevoegdheden aanwendt om zelf de materiële waarheid op te sporen.[376]

---

369 Vgl. Schueler 2013, p. 242.

370 Uit een onderzoek van Marseille bij de Centrale Raad van Beroep blijkt dat in de meerderheid van de gevallen de regiezitting inderdaad direct in een uitspraak resulteert. Zie Marseille 2013, p. 193. Zie verder Schuurmans & Verburg 2012, p. 123.

371 Zie bijv. CRvB 30 mei 2013, JB 2013/154, m.nt. A.M.M.M. Bots. Dit is onder meer het gevolg van het feit dat het karakter van de regiezitting – als die wordt gehouden – niet eenduidig is. Zie daarover uitvoeriger de noot van Bots onder genoemde uitspraak.

372 Marseille 2013 o.m. p. 193 en 195.

373 Marseille 2013, p. 197.

374 Zie Marseille 2013, p. 193.

375 Marseille 2013, p. 194. Vgl. Schuurmans & Verburg 2012, p. 124 en p. 126.

376 Schuurmans & Verburg 2012, p. 125.

Hoewel in de Nieuwe zaaksbehandeling aan de bestuursrechter een actievere rol wordt toebedeeld moet dus niet uit het oog worden verloren dat bij de Nieuwe zaaksbehandeling het partijenproces voorop staat. Bovendien liggen aan de Nieuwe zaaksbehandeling ook vooral pragmatische motieven[377] (zoals efficiënte finale geschilbeslechting en kostenbeheersing[378]) ten grondslag. De rechterlijke activiteit speelt vooral tegen die achtergrond een rol. Het staat dan ook niet vast dat de Nieuwe zaaksbehandeling een positief effect heeft op de invulling die de bestuursrechter geeft aan artikel 8:69, tweede en derde lid, Awb.[379]

Daar komt nog bij dat de bestuursrechters een stelsel hebben ontwikkeld waarin de rechtsstrijd in de loop van de procedure wordt 'verdicht'.[380] Zo worden tussen de verschillende instanties in het bestuursprocesrecht 'trechters' en 'fuiken' toegepast.[381] De verdichting van de rechtsstrijd manifesteert zich onder meer doordat tussen de bestuurlijke (heroverwegings)fase (meestal bezwaar) en beroep een onderdelenfuik[382] wordt gehanteerd. *Onderdelen*[383] van een besluit die (verwijtbaar) niet in bezwaar zijn aangevochten kunnen niet meer worden aangevochten in de beroepsprocedure. Een boetebesluit lijkt in het algemeen als 'één onderdeel' (dus één geheel) te worden aangemerkt.[384] De onderdelenfuik lijkt in het bestuurlijke boeterecht dus geen struikelblok op te leveren.

---

377 Dat blijkt ook uit de opzet van onderzoek naar de ervaringen met de Nieuwe zaaksbehandeling. Daarbij gaat vooral aandacht uit naar doorlooptijden, effectiviteit van de hervatting van het vooronderzoek, werklast enz. (zie bijv. Marseille 2013).

378 Marseille 2013, p. 197 (hij spreekt over efficiënte uitvoering en het feit dat de afhandeling per saldo minder arbeidsintensief is).

379 Ook de specifieke gevolgen voor boetezaken dienen op dit punt veel grondiger in kaart te worden gebracht, in het bijzonder wat betreft de feitenvaststelling.

380 Zie over deze verdichting van de rechtsstrijd o.m. Albers & Schlössels 2005; C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, 'Verdichting van de rechtsstrijd en de kunst van het appelleren. De Amicitia-problematiek: het roer van de Afdeling bestuursrechtspraak is om!', *Gst.* 2003, 192 en P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005, p. 173 e.v.

381 Iets wat in het strafprocesrecht niet gebeurt. Een zonder gemachtigde procederende burger loopt grote kans in een dergelijke (bestuursprocesrechtelijke) fuik verstrikt te raken. Zie in dit kader ook: L.J.A. Damen, 'The long and winding road', in: A.W. Heringa, A.M.L. Jansen e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd. Liber Amicorum voor prof. mr. F.A.M. Stroink*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 85-98.

382 Vgl. art. 6:13 Awb. Zie hierover o.m. A.M.M.M. Bots, 'Besluitonderdelentrechter', in: R.J.N. Schlössels, C.L.G.F.H. Albers, A.J. Bok & A.M.M.M. Bots (red.), *JBSelect*, tweede geheel herziene druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 253-271.

383 Hieronder moet worden verstaan 'een afsplitsbaar onderdeel van een besluit met rechtsgevolgen'. Vgl. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1204-1205.

384 Zie bijv. CRvB 7 maart 2008, ECLI:NL:CRVB:BC6275 (*hondenuitlaatservice*). Ook eerst ter zitting in eerste aanleg gepresenteerde gronden moeten nog worden meegenomen. Indien dat met het oog op de goede procesorde nodig is, kan eventueel het onderzoek ter zitting worden geschorst (of de zitting kan na sluiting worden heropend), zie ABRvS 1 december 2010, *AB* 2011/35, m.nt. Stijnen (*Roemeense kermisattractiebouwers*). In hoger beroep bij de Afdeling lijkt dit weer anders te liggen (zie ABRvS 28 april 2010, *AB* 2011/34 (*Bulgaarse tomatenplantenters*)).

In hoger beroep wordt naast de onderdelenfuik vooral door de Afdeling bestuursrechtspraak een grondenfuik (ofwel argumentatieve fuik) toegepast.[385] Deze fuik brengt – kort gezegd – mee dat *gronden*[386] die pas in hoger beroep worden ingebracht maar redelijkerwijs in een eerder stadium van de procedure hadden kunnen worden gepresenteerd niet worden beoordeeld.[387] Wat betreft deze grondenfuik in appèl is intussen niet meer helemaal helder of deze door de Afdeling bestuursrechtspraak in het bestuursstrafrecht nog onverkort wordt toegepast. De rechtspraak is tegenstrijdig. Soms wordt een in appèl bij de Afdeling bestuursrechtspraak aangevoerde (vrijwel zeker succesvolle en tot vernietiging van het boetebesluit leidende) grond onder verwijzing naar de grondenfuik resoluut buiten beschouwing gelaten.[388] In andere gevallen lijkt zij de grondenfuik minder strikt te hanteren.[389] De Centrale Raad van Beroep toont zich in algemene zin soepel als het gaat om nieuw ingebrachte gronden in hoger beroep, zij het dat de goede procesorde zich kan verzetten tegen beoordeling van deze gronden.[390] Ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven acht het aanvoeren van nieuwe gronden in hoger beroep (in ieder geval tegen een boetebesluit) toelaatbaar.[391]

De bewijsfuik – die met zich brengt dat nieuw bewijs niet meer mag worden ingebracht in de beroepsprocedure als dat in de voorprocedure is nagelaten – vormt naar het zich laat aanzien in het bestraffend bestuursrecht geen drempel meer. Het lijkt erop dat deze fuik door de Afdeling bestuursrechtspraak niet meer toegepast wordt in het bestuursstrafrecht.[392] De Centrale Raad van Beroep stelt zich in het algemeen

---

385 Zie recent nog ABRvS 6 maart 2013, *JB* 2013/69, m.nt. R.J.N. Schlössels (*ivf-vergunning stichting Geertgen*) en ABRvS 17 april 2013, *AB* 2013/358, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*urgentieverklaring woning*).

386 Dit geldt niet voor 'pure' rechtsgronden die betrekking hebben op wel in eerste aanleg aangevoerde feitelijke gronden.

387 Intussen kunnen de nodige nuances worden aangebracht. Zie over deze nuances Albers & Schlössels 2005, p. 84 e.v.

388 ABRvS 16 maart 2011, *JB* 2011/105 (*onderbetaalde Poolse studenten*), in het bijzonder r.o. 2.6.1.

389 Zie ABRvS 30 september 2009, *JB* 2009/234, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*poetsende vreemdeling in restaurant*) waarin wel een nieuwe grond wordt geaccepteerd in hoger beroep maar waar m.i. mogelijk sprake is van (een verkapte vorm van) ambtshalve toetsing (zie daarover meer uitvoerig mijn noot onder de betreffende uitspraak). Vgl. ABRvS 12 mei 2010, *AB* 2011/315, m.nt. C.M. Saris, *JB* 2010/161, m.nt. red. (*buitenlandse kippenladers*). Zie verder ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:242 (*Bulgaarse schoonmakers*), in het bijzonder r.o. 5.2, waarin niet helemaal duidelijk wordt of er sprake is van het meenemen in appèl van een nieuwe grond of dat het gaat om het meenemen van nieuw bewijs ten aanzien van een reeds in beroep aangevoerde grond. Het lijkt erop dat de Afdeling op de laatste variant doelt.

390 Vgl. de noot van Barkhuysen & Van Emmerik onder *AB* 2013/358; zie verder: R.J.N. Schlössels & C.L.F.G.H. Albers, 'Het bestuursrechtelijk hoger beroep: schuivende panelen. Institutionele, functionele en procesrechtelijke ontwikkelingen gewogen', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels & J.J. Dammingh (red.), *Hoger beroep: renovatie en innovatie. Het appel in het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 39-67, in het bijzonder p. 50 e.v.

391 CBb 1 maart 2012, *AB* 2012/121, m.nt. Stijnen (*Wgb-boete dahliakweker*).

392 Zie ABRvS 9 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3695 (*Somalische glasvezelkabelleggers I*) en ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:242 (*Bulgaarse schoonmakers*). Vooralsnog lijkt de bewijsfuik op andere terreinen van het (bijzonder) bestuursrecht nog niet zonder meer uit beeld te zijn verdwenen, vgl. ABRvS 14 januari 2009, *JB* 2009/124, m.nt. Schlössels (*weigering visserijvergunning overige schelpdieren*).

soepeler op ten aanzien van het inbrengen van bewijs in een later stadium van de procedure. Van toepassing van een bewijsfuik lijkt daar in ieder geval geen sprake.[393]

### 5.1.4 *Bewijs in het bestuursrecht*

Hierboven is al kort aangegeven dat specifieke regels over bewijs in de Awb ontbreken. Er is, in tegenstelling tot in het strafrecht, (formeel) niets geregeld over de bewijslastverdeling en er wordt niet gewerkt met wettelijke bewijsmiddelen. In deze paragraaf wordt nog wat uitvoeriger stilgestaan bij de manier waarop de bestuursrechter omgaat met bewijs in bestuurlijke boetezaken.

In bestuurlijke boetezaken speelt de onschuldpresumptie een belangrijke rol bij beantwoording van de vraag hoe met bewijslast, bewijslastverdeling en bewijsrisico moet worden omgegaan. De onschuldpresumptie is onder meer neergelegd in artikel 6, tweede lid, EVRM en – sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb – in artikel 5:41 Awb.[394] De procedure tot oplegging van een bestuurlijke boete zal vanuit bewijsrechtelijk oogpunt in ieder geval moeten voldoen aan de met de onschuldpresumptie verband houdende waarborgen. Uit de onschuldpresumptie zoals die is neergelegd in artikel 6 EVRM kan niet alleen afgeleid worden dat de rechter uit moet gaan van de onschuld van de verdachte totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan. Daarnaast volgt uit het tweede lid van artikel 6 EVRM dat de bewijslast rust op de vervolgende instantie.[395]

Op grond van artikel 6, tweede lid, EVRM moet een bestuursorgaan dat een bestuurlijke boete oplegt aantonen dat er door een overtreder een bestuursrechtelijke norm is geschonden[396] en dat daarom de oplegging van de boete gerechtvaardigd en rechtmatig is.[397] Het gaat om een materieel criterium. Gesteld wordt slechts dát de bewijslast rust op de vervolgende instantie. Regels met betrekking

---

393 Zie bijv. CRvB 15 april 2008, JB 2008/133 (*intrekking bijstand*) en recent nog CRvB 18 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2934 (*PGB-budget*).

394 Art. 5:41 Awb is in beginsel alleen van toepassing bij de oplegging van bestuurlijke boetes (zie art. 5:54 Awb).

395 Zie EHRM 6 december 1988, A series no. 146 (*Barberà, Messegué and Jabardo*). Zie uitvoerig over art. 6, tweede lid, EVRM: Albers 2002, paragraaf 3.4.2, p. 124 e.v. In het kader van de oplegging van bestuurlijke boetes moet het boete opleggende bestuursorgaan aangemerkt worden als vervolgende instantie.

396 Schuld (in de zin van verwijtbaarheid) hoeft door de 'vervolgende instantie' niet te worden aangetoond. De dader moet zelf een beroep doen op een schulduitsluitingsgrond. Het EHRM accepteert deze handelwijze, waarbij uitgegaan wordt van een wettelijk of feitelijk vermoeden van schuld, zolang dit vermoeden weerlegbaar is. Zie bijv. EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991/351, m.nt. E.A. Alkema (*Salabiaku*) en EHRM 25 september 1992, NJ 1995/593, m.nt. E.A. Alkema (*Pham Hoang t. Frankrijk*) en meer uitgebreid Albers 2002, p. 124 e.v. Zie verder bijv. ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP5468 (*Arboboete onveilig werken op schaarhoogwerker*) en met betrekking tot EU-sanctierecht HvJ EG 23 december 2009, AB 2010/83, m.nt. De Moor-van Vugt (*Spector Photo Group*). Dit biedt de wetgever enige ruimte om strategisch om te gaan met delictsomschrijvingen daar waar anders mogelijk bewijsnood bij het bestuursorgaan ontstaat (vgl. Y.E. Schuurmans & S.R. Bakker in hun noot onder CBb 12 april 2012, AB 2013/67 (*meststoffen*)).

397 Zie ook de zaak *Telfner t. Austria* (EHRM 20 maart 2001, nr. 33501/96). Telfner werd gestraft terwijl enig steekhoudend bewijsmateriaal ontbrak. Het EHRM was van mening dat de veroordeling en sanctionering in strijd waren met de onschuldpresumptie omdat er sprake was van een onrechtmatige verschuiving van de bewijslast.

tot de wijze waarop strafbare feiten moeten worden bewezen (formeel bewijsrecht) kunnen aan artikel 6 van het EVRM niet worden ontleend. Deze regelgeving laat het EHRM expliciet over aan de partijstaten.[398] Soms oordeelt het EHRM wel over de band van het fair-trial beginsel over bewijsvraagstukken (zoals de toelaatbaarheid van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs).[399]

#### 5.1.4.1 *Bewijs(lastverdeling) in het Nederlandse strafprocesrecht*

Hiervoor is al aangegeven dat in het strafproces de materiële waarheidsvinding met het oog op een juiste toepassing van de strafwet centraal staat. Daarom heeft de strafrechter een dominante taak en positie in het strafproces.[400] De rechter moet zich de vraag stellen of er een strafbaar feit is gepleegd en of er een strafbare dader is. De strafrechter zal alleen een veroordeling uitspreken als hij aan de hand van de (wettige[401]) bewijsmiddelen tot de overtuiging is gekomen dat het ten laste gelegde feit door de verdachte is begaan.[402] Daarbij speelt het onmiddellijkheidsbeginsel[403] een belangrijke rol. Dit beginsel brengt met zich dat de (zittings)rechter recht doet op basis van het materiaal dat ter zitting door hemzelf of ten overstaan van hem naar voren is gebracht.[404] Het bewijsrisico en de bewijslast rusten op het Openbaar Ministerie.[405] De strafrechter vervult (naast het Openbaar Ministerie) een actieve rol[406] bij de bewijsgaring.[407] Op de verdachte rust (uiteraard) geen bewijslast. Dit houdt verband met de onschuldpresumptie.[408]

Ten slotte verdient opmerking dat de recente ontwikkelingen die in het strafproces leiden tot een meer contradictoire gedingstructuur[409] er niet toe (mogen) leiden dat de rechter zich eenvoudig op het standpunt kan stellen dat hij op enig onderdeel van de feitenvaststelling passief kan blijven om de enkele reden dat op dat punt geen eisen of verweren naar voren zijn gebracht.[410] De rechter blijft zowel in eerste aanleg als in appèl een zelfstandige verantwoordelijkheid houden ten aanzien van de feitenvaststelling.

---

398 Zie daarover uitvoeriger Albers 2002, p. 124 e.v.

399 Zie bijv. EHRM 10 maart 2009, *EHRC* 2009/69, m.nt. F.P. Ölçer (*Bykov t. Rusland*); EHRM 3 oktober 2013, nr. 21613/07 (*Kasparov e.a. t. Rusland*) en EHRM 17 oktober 2013, *EHRC* 2013/265 (*Horvatić t. Kroatië*).

400 Vgl. Nijboer 2011, p. 153.

401 Zie over deze bewijsmiddelen Corstens/Borgers 2011, p. 670 e.v.

402 Vgl. art. 338 Sv. Waarbij wordt uitgegaan van een negatief wettelijk bewijsstelsel. Zie Corstens/Borgers 2011, p. 676 en p. 680 e.v. en Nijboer 2011, p. 40 en p. 173 e.v.; zie verder bijv. HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/496, m.nt. M.J. Borgers (*verkrachting in ziekenhuis na keizersnee*).

403 Zie daarover D.M.H.R. Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1994.

404 Vgl. Corstens/Borgers 2011, p. 41.

405 Corstens/Borgers 2011, p. 677. Zie met betrekking tot het strafrechtelijk bewijsrecht in het algemeen: Nijboer 2011 en Corstens/Borgers 2011, p. 674 e.v. Nijboer stelt overigens – anders dan Corstens/Borgers 2011 – dat, voor zover er in het strafrecht gesproken kan worden van een bewijslast, deze eerder rust op de strafrechter dan op de partijen of op het Openbaar Ministerie alleen. Vgl. Nijboer 2011, p. 30. Zie verder art. 350 Sv.

406 Vgl. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 23.

407 Corstens/Borgers 2011, p. 677.

408 Vgl. Nijboer 2011, p. 30 en p. 164.

409 Zie daarover uitvoeriger par. 5.1.1.

410 Zie Nijboer 2011, p. 164.

5.1.4.2 *Bewijs(lastverdeling) bij bestuurlijke boetes*

In het bestuursprocesrecht is sprake van een 'vrije' bewijsleer. Dat betekent dat de bestuursrechter in beginsel de bewijslast in belangrijke mate naar eigen inzicht kan verdelen tussen bestuur en burger.[411] Specifieke regels van materieel bewijsrecht ontbreken in de Awb. Men kan zich afvragen hoe deze vrije bewijsleer zich verhoudt tot de uit artikel 6, tweede lid, EVRM voortvloeiende onschuldpresumptie, nu op basis van laatstgenoemd beginsel het bestuursorgaan moet bewijzen dat de burger de overtreding heeft gepleegd.

Toch lijkt er in de praktijk geen probleem te ontstaan bij de oplegging van bestraffende bestuursrechtelijke sancties zolang de bestuursrechters strenge eisen stellen aan de bewijsvoeringsplicht (die ingelezen dient te worden in het beginsel van zorgvuldige voorbereiding ex artikel 3:2 Awb) en de motiveringplicht (artikel 3:46 Awb). In dat kader wordt benadrukt dat de bewijslast naar geldend recht bij het nemen van ambtshalve belastende besluiten (in essentie) rust op het bestuursorgaan.[412] Dit geldt in nog sterkere mate voor besluiten tot oplegging van bestraffende sancties.[413] Dat brengt bij bestuurlijke boetes met zich dat het bestuursorgaan de overtreding waar het boetebesluit op ziet, moet stellen en bewijzen en dat de burger niet hoeft te bewijzen dat er geen overtreding is begaan.[414]

Bestuursorganen kunnen zich als zij een bestraffende sanctie opleggen dan ook niet beperken tot het *aannemelijk* maken van de feiten.[415] In een uitspraak van 10 juli 2013[416] benadrukte de Afdeling bestuursrechtspraak, onder verwijzing naar de onschuldpresumptie uit artikel 6, tweede lid, EVRM, dat de bewijslast van de overtreding rust op bestuursorgaan. Dat brengt volgens de Afdeling ook met zich dat, bij twijfel, de betrokkene het voordeel van de twijfel moet worden gegund.[417] Hier geldt dus een 'verhoogde bewijsstandaard' nu de bestuursrechter buiten het bestraffende bestuursrecht over het algemeen toch nog genoegen lijkt te nemen de 'aannemelijkheid' van de te bewijzen feiten.[418] De bestuursrechtspraak laat dus zien

---

411 Zie over bestuursrechtelijk bewijsrecht in het algemeen o.m.: Schuurmans 2005 en R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks 142), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 39 e.v.

412 Zie bijv. reeds ABRvS 15 april 1999, JB 1999/150, m.nt. Karianne Albers en ABRvS 15 februari 2001, JB 2001/88, m.nt. C.L.G.F.H. Albers. Vgl. Schuurmans 2005, p. 89-90, p. 95 e.v. en p. 304. De bestuursrechter acht zich daarbij overigens – in ieder geval als het gaat om belastende besluiten die niet bestraffend van aard zijn – niet gebonden aan de bewijsregels van het strafrecht, dan wel het oordeel van de strafrechter (zie bijv. CRvB 5 april 2002, JB 2002/173 (*korting AAW en WAO vanwege verzwegen werkzaamheden*) en CBb 29 juni 2012, ECLI:NL:CBB:BX0316 (*last onder dwangsom Bijlmersnorder*)).

413 Schuurmans & Verburg 2012, p. 122.

414 Een omkering van de bewijslast bij bestuurlijke boetes is dan ook niet toegestaan (zie daarover uitvoeriger de noot dezerzijds onder HR 15 april 2011, JB 2011/129 (KB-Lux)).

415 Vgl. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1121.

416 ABRvS 10 juli 2013, JB 2013/169 (*vreemdeling werkt zonder tewerkstellingsvergunning in restaurant*).

417 ABRvS 10 juli 2013, JB 2013/169 (*vreemdeling werkt zonder tewerkstellingsvergunning in restaurant*). Zie ook HR 15 april 2011, JB 2011/129, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (KB-Lux), in het bijzonder r.o. 4.11.3. Vgl. (impliciet) ABRvS 8 oktober 2008, JV 2008/430 (*vreemdeling als echtgenoot aanwezig in restaurant*).

418 Schlössels 2010, p. 477 en p. 484 e.v.

dat de bestuursrechters in de regel[419] inderdaad hoge(re) eisen stellen – of in ieder geval zeggen te stellen[420] – aan de bewijsplicht en de motivering bij boetebesluiten.[421] Boetebesluiten sneuvelen dan ook wel eens vanwege het ontbreken van voldoende consistent bewijs van de (beweerdelijk begane) overtreding.[422]

Het valt op dat vooral in de meer recente rechtspraak bovendien soms, maar zeker niet in alle gevallen, meer uitvoerig aandacht wordt geschonken aan het bewijs en de motivering bij boetebesluiten.[423] Ter illustratie wijs ik op een – weliswaar iets oudere – uitspraak van het CBb van 9 september 2009[424] waarin het ging om bestuurlijke boetes die waren opgelegd omdat sigaretten waren verkocht aan meisjes die nog niet onmiskenbaar de (destijds geldende minimum)leeftijd van zestien jaar hadden bereikt, zonder dat vooraf door de verkoper was vastgesteld dat zij de leeftijd van zestien jaar hadden bereikt (overtreding van artikel 8 Tabakswet (oud)). In die zaak oordeelde het CBb dat uit het proces-verbaal onvoldoende bleek op basis van welke (objectieve en te verifiëren) factoren kon worden vastgesteld dat de sigaretten kopende meisjes nog niet 'onmiskenbaar' de leeftijd van zestien jaar hadden bereikt nu in het proces-verbaal werd volstaan met de constatering dat 'aan de hand van uiterlijke kenmerken als lichaamsbouw, gelaat, kleding en gedrag niet kon worden vastgesteld dat de personen aan wie de tabaksproducten waren verstrekt onmiskenbaar de leeftijd van zestien jaar hadden bereikt'. Hoe die lichaamsbouw, het gelaat, de kleding en het gedrag waren, werd verder niet omschreven in het proces-verbaal. Evenmin was bijvoorbeeld een foto bijgevoegd van de betreffende meisjes.

In recente rechtspraak lijkt de bestuursrechter bovendien soms uitdrukkelijker aansluiting te zoeken bij het strafrechtelijke bewijsrecht. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 3 juli 2013,[425] waarin het ging

---

419 Soms is dit anders en lijkt van een verhoogde bewijsstandaard geen sprake. Vgl. ABRvS 31 maart 2010, JB 2010/133, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*DHW-boete Sittards scholierencarnaval*) waarin de Afdeling bestuursrechtspraak (in tegenstelling tot de Rechtbank Maastricht) wel heel erg eenvoudig en vrijwel ongemotiveerd tot de conclusie komt dat er sprake is van een beboetbare overtreding. Zie ook CRvB 20 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2499 (*niet gemelde werkzaamheden in brasserie en café*).

420 Ik kom daar zo meteen uitvoeriger op terug.

421 Om die reden is er dan ook voor gekozen om in de algemene boeteregeling van de Vierde tranche van de Awb geen bijzondere bepalingen met betrekking tot bewijs op te nemen, zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 131 e.v.

422 Zie bijv. ABRvS 10 september 2008, AB 2009/144, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*Egyptische keukenhulp?*); ABRvS 11 maart 2009, AB 2009/116, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*Iraakse schoonmaker?*); ABRvS 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK8997 (*woningrenovatie door Polen*); ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3335 (*Afghaanse tassenverkoper Haaksbergen?*); ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9659 (*Poolse vloerleggers Amsterdam*); ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4933 (*illegale Chinees schiet te hulp in 'noodsituatie'*); ABRvS 5 oktober 2011, AB 2011/343, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*illegale Indiase marktverkoper Binnerottemarkt Rotterdam?*) en ABRvS 2 mei 2012, AB 2012/151, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*vluchtende illegale afwashulp*).

423 Zie bijv. HR 15 april 2011, JB 2011/129, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*KB-Lux*); ABRvS 6 januari 2010, JB 2010/48 (*overlijden ten gevolge van val op bouwlocatie aan de Plantage Muidergracht Amsterdam?*); ABRvS 4 mei 2010, JB 2010/157 en ABRvS 23 oktober 2013, JB 2013/246 (*verspreiding reclamedrukwerk door vreemdeling*).

424 CBb 9 september 2008, AB 2009/367, m.nt. Sewandono (*sigarettenverkoop aan meisjes onder de 16?*).

425 ABRvS 3 juli 2013, JB 2013/165, AB 2013/275, m.nt. Stijnen (*alcoholverstrekking aan meisjes jonger dan zestien jaar?*).

om de oplegging van een bestuurlijke boete aan een horeca-exploitant, omdat hij in zijn café alcohol had verstrekt aan meisjes van wie niet was vastgesteld of zij de (toen nog geldende) (minimum)leeftijd van zestien jaar al hadden bereikt (overtreding van artikel 20, eerste lid, Drank- en Horecawet (oud)). Het bewijs van deze overtreding was volledige gebaseerd op anonieme getuigenverklaringen. Zowel de verklaringen van de meisjes als van de controleambtenaren[426] waren namelijk geanonimiseerd. Het boeterapport was bovendien niet opgesteld door degenen die de overtreding hadden geconstateerd maar door een seniorcontroleur van de Nederlandse Voedsel en Warenautoriteit (VWA). Er was dus sprake van zogenoemde 'de auditu'-verklaringen in het boeterapport. Onder verwijzing naar het *Kostovski*-arrest en daaruit voortvloeiende recentere rechtspraak van het EHRM[427] oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak dat de (enkel) op het anonieme bewijs gebaseerde bestuurlijke boete geen stand kan houden. De reden daarvoor is dat ten aanzien van het gebruik van de anonieme getuigenverklaringen geen compenserende maatregelen zijn getroffen die een beoordeling van de betrouwbaarheid van de verklaringen mogelijk maken. Daarom zijn volgens de Afdeling bestuursrechtspraak de verdedigingsmogelijkheden van de caféuitbater ontoelaatbaar ondermijnd en is het ondervragingsrecht geschonden (vgl. artikel 6, derde lid, onder d, EVRM).[428]

Als de bestuursrechter daadwerkelijk strenge eisen stelt aan de bewijsvoering van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit wordt mijns inziens in voldoende mate voldaan aan de, uit artikel 6, tweede lid, EVRM, voortvloeiende (materiële) waarborg. Toch zou de rechtszekerheid ermee gediend zijn als in de Awb enige bepalingen met betrekking tot bewijs zouden worden opgenomen.[429] Tegen die achtergrond verdient opmerking dat – hoewel de bestuursrechter dus hoge eisen moet stellen aan de bewijsplicht en motivering bij boetebesluiten – vaak weinig inzichtelijk is (of en) hoe de bestuursrechter het voorhanden zijnde bewijs heeft gewaardeerd en waarom hij dat juist op die manier heeft gedaan. Zo volstaat de bestuursrechter in boetezaken in de regel met algemene verwijzingen naar het

---

426 Twee jongeren die in de avonduren als bijbaantje voor de VWA in de hoedanigheid van 'assistent-controleur' DHW-controles uitvoerden.

427 EHRM 20 november 1989, NJ 1990/245, m.nt. E.A. Alkema (*Kostovski t. Nederland*). Zie verder bijv. EHRM 15 december 2011, EHRC 2012/56, m.nt. T.N.B.M. Spronken (*Al-Khawja en Tahery t. het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 28 februari 2013, nr. 22163/08 (*Mesesnel t. Slovenië*).

428 Vgl. Corstens/Borgers 2011, p. 705 e.v. Zie ook de wettelijke regeling in art. 344a Sv met betrekking tot het gebruik van anonieme getuigenverklaringen in het strafproces.

429 Zie hierover ook: Albers 2002, p. 221. Zie verder over de vrije bewijsleer in relatie tot de processuele rechtszekerheid: B.J. Schueler, 'Last van de vrije bewijsleer', in: G.H. Addink, G.T.J.M. Jurgens, Ph. M. Langbroek & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Grensverleggend bestuursrecht. Opstellen voor prof. Mr. J.B.J.M. ten Berge ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 443-457, in het bijzonder p. 450 e.v.

boeterapport.[430] Dit is duidelijk anders in de uitspraken van de strafrechter.[431] Die maakt inzichtelijk op welke (afzonderlijke) bewijsmiddelen zijn *overtuiging* steunt. Daarbij wordt – als het om gegevens uit een proces-verbaal gaat – zeer nauwkeurig verwezen naar de vindplaats zodat ook voor de verdediging en de verdachte duidelijk is welk gewicht bijvoorbeeld aan bepaalde getuigenverklaringen is toegekend.[432]

In de (eind)uitspraak van de bestuursrechter laat de motivering van bewijsoordelen (onder meer betreffende de bewijswaardering) nogal eens te wensen over.[433] Dat geldt ook in bestuurlijke boetezaken.[434] Daar valt dus – mede met het oog op de rechtszekerheid van zowel handhaver als overtreder – nog de nodige winst te boeken.

Bovendien volgt uit recente rechtspraak van het EHRM dat ook het Europese Hof met het oog op het fair trial-beginsel een gedegen bewijsmotivering eist ten aanzien van beslissende bewijsmiddelen. Dat geldt in ieder geval voor bewijsmiddelen waarvan de betrouwbaarheid, de toelaatbaarheid of de deugdelijkheid door een partij wordt bestreden.[435]

Met het oog op het voorgaande verdient het aanbeveling dat de bestuursrechter in zijn uitspraak, uitdrukkelijker dan hij momenteel doet,[436] aangeeft welke bewijsmiddelen voorhanden waren, wat de inhoud van deze bewijsmiddelen is[437] en in

---

430 Dit is niet alleen het geval in de in deze paragraaf aangehaalde uitspraken in hoger beroep maar ook bij een beroep in eerste aanleg. Zie bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 14 juli 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR1618; Rb. 's-Gravenhage 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BT2848 (*Roemeense aspergestekers*) en Rb. Noord-Nederland 31 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ4695 (*Indonesische 'stagiaires' Terschelling*).

431 Zie art. 359 en 360 Sv. Zie verder Corstens/Borgers 2011, p. 661 e.v. en p. 740 e.v.; W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007 en J.W. Fokkens, 'De Hoge Raad en de motivering van rechterlijke uitspraken', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen, A.J. Machielse e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context. Liber amicorum Ybo Buruma*, Deventer: Kluwer 2011, p.183-192. Zie ter illustratie bijv. Rb. Gelderland 28 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:492 (*diefstal gevolgd door dollemansrit*); Rb. Midden-Nederland 23 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:270 (*overrijden vrouw Groesbeek*); Rb. Rotterdam 3 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:9492 (*tankterminalbedrijf Botlek Rotterdam*); Rb. Limburg 10 september 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:5300 (*brandstichting woning bij discotheek Kerkrade*) en Rb. Breda 6 september 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB3032 (*Jesse*).

432 De strafrechter toont zich actiever en kritischer als het op de feitenvaststelling aankomt (in overeenstemming met hetgeen in par. 5.1.1 en 5.1.4.1 is beschreven). Zie bijv. Rb. Limburg 26 juni 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:4534 (*zoutzuurmoorden*) en Rb. Gelderland 6 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2158 (*misbruik van een patiënte door therapeut Gelre Ziekenhuizen*).

433 Schuurmans 2005, p. 320. Vgl. ook Schlössels 2010, p. 477.

434 Zie bijv. ABRvS 31 maart 2010, JB 2010/133, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*DHW-boete Sittards scholierencarnaval*) waarbij de bewijsmotivering van de Afdeling (mede gelet op de onderliggende rechtbankuitspraak) zeer te wensen overliet terwijl de Afdeling een onnauwkeurigheid aan de dag legt wat betreft de beschrijving van de feiten. Bovendien komt in de uitspraak het beginsel van ongelijkheidscompensatie helemaal niet uit de verf (zie over dit alles uitvoerig mijn noot onder de betreffende uitspraak).

435 Zie EHRM 29 oktober 2013, EHRC 2014/17, m.nt. Fernhout (*S.C. IMH Suceava S.R.L. t. Roemenië*).

436 Zie daarover ook (in algemene zin) Schuurmans & Verburg 2012, p. 136. Zij geven aan dat zij weinig uitspraken zien waarin de rechter de bewijswaardering in woorden tracht uit te drukken.

437 Enkele bestuursrechters doen dat soms al. In CBb 9 september 2008, AB 2009/367, m.nt. Sewandono (*sigarettenverkoop aan meisjes onder de 16?*) treft men bijvoorbeeld wel een uitvoerige en woordelijke weergave aan van de inhoud van een proces-verbaal.

hoeverre (en om welke reden) ze hebben bijgedragen aan zijn overtuiging dat de overtreding al dan niet begaan is (bewijsmotivering).

Dat brengt mij bij een ander punt dat eigenlijk in het verlengde ligt van de voorgaande opmerking. Het systeem van artikel 8:69 Awb beïnvloedt ook het bewijsrecht, vooral voor wat betreft de wijze waarop de bestuursrechter met zijn bevoegdheid tot het doen van (ambtshalve) feitenonderzoek omgaat. De wijze waarop artikel 8:69 Awb door de hoogste bestuursrechters wordt geïnterpreteerd leidt ertoe dat de bestuursrechter zijn bevoegdheid tot feitenvaststelling beduidend anders invult dan de strafrechter. In zijn algemeenheid stelt de bestuursrechter zich, leunend op artikel 8:69 Awb, lijdelijker op dan de strafrechter. Dit brengt bijvoorbeeld met zich dat het beginsel van ongelijkheidscompensatie in het hedendaagse bestuursrecht niet goed uit de verf komt. Daarnaast lijkt bij de bestuursrechter materiële waarheidsvinding, anders dan bij de strafrechter – die *moet* nagaan of een feit wettig en overtuigend is bewezen – niet voorop te staan.[438] Vanwege de nadruk die in het bestuursproces op geschilbeslechting en rechtsbescherming (partijenproces) ligt, moet hij zich bij zijn oordeel beperken tot de aangevoerde gronden (vgl. artikel 8:69, eerste lid, Awb). Van de mogelijkheid om op grond van artikel 8:69, derde lid, Awb ambtshalve de feiten aan te vullen kan de bestuursrechter dan ook alleen gebruikmaken binnen de door partijen afgebakende omvang van het geding. Wat opvalt, is dat de bestuursrechter wat betreft het feitenonderzoek geen actieve rol vervult ofschoon artikel 8:69, derde lid, Awb hem (binnen de omvang van het geding) die ruimte wel biedt.[439] Met de introductie van de Nieuwe zaaksbehandeling lijkt daar (vooralsnog) geen verandering in te zijn gekomen. De stelling van Damen dat de bestuursrechter zich heeft ontpopt tot een 'marginaal toetsende achteroverleuner' geldt als ik het goed zie dan ook nog steeds voor wat betreft het feitenonderzoek.[440] In het (tegenwoordig) als partijenproces te karakteriseren bestuursproces[441] maakt de bestuursrechter weinig gebruik van de hem toekomende onderzoeksbevoegdheden om zo de materiële waarheid te achterhalen.[442] Wel neemt hij tegenwoordig een regiefunctie op zich door aan te geven welke procespartij verantwoordelijk is voor het verstrekken van bepaalde gegevens en het leveren van bepaald bewijs.[443] Zo bezien hoeft de (mogelijke) overtreder in een boeteprocedure dan ook niet zo heel veel van de bestuursrechter te verwachten. In ieder geval lijkt de bestuursrechter niet snel genegen om zelf de relevante feiten en achtergronden in kaart

---

438 Zie hierover ook Albers & Schlössels 2002 en Albers 2002, p. 207-209.

439 Vgl. bijv. Schuurmans 2005, p. 226 e.v. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1117-1118 en Schlössels 2010, p. 476-486, in het bijzonder p. 476.

440 L.J.A. Damen, 'De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner?', in: N.J.M. Kwakman (red.), *Partijautonomie of materiële waarheid? Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 21-31.

441 Zie tegen die achtergrond ook CRvB 1 juni 2005, *JB* 2005/237, m.nt. D.W.M. Wenders (*zwartwerkende metselaar*). Uitgebreid daarover B.J. Schueler, 'De metselaar', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak e.a. (red.), *AB Klassiek*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 565-580.

442 Zie ook T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep. Derde evaluatie Algemene wet bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

443 Zie Schuurmans & Verburg 2012, p. 125 en 137.

te brengen. Dat betekent dat hij zich in de regel zal beperken tot een toets of de bestuurlijke feitenvaststelling op een zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden.[444] De bestuurlijke feitenvaststelling neemt dus in het bestuursproces een dominantie positie in. Ook in bestuurlijke boetezaken beperkt de bestuursrechter zich in de regel[445] tot een beoordeling van de bestuurlijke feitenvaststelling.[446] Vaak wordt in dat kader overwegend geleund op het door de toezichthouder opgemaakte boeterapport.[447] Daarbij wordt in het algemeen uitgegaan van de juistheid van de in dergelijke boeterapporten opgenomen informatie,[448] ook als zo'n rapport niet voldoet aan bepaalde daaraan te stellen (formele) eisen.[449] Hetzelfde geldt voor een – naar aanleiding van een tussenuitspraak[450] – lange tijd na de overtreding opgemaakt 'nader boeterapport'.[451] Dit terwijl nader onderzoek (ter plaatse) soms direct duidelijk zou kunnen maken dat het rapport onjuist is en niet tot bewijs van de overtreding kan leiden.[452] Bovendien wordt – onder verwijzing naar de aanwezigheid van voldoende informatie in het procesdossier (waarmee dan hoofdzakelijk gedoeld wordt op het

---

444 Vgl. Schlössels 2010, p. 476 en p. 481 en Schueler 2008, p. 452.

445 Zie voor een uitzondering ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/117, *JV* 2009/94 (*wokkende Chinees in Susteren*). Uit r.o. 2.3 van die uitspraak volgt dat de Rechtbank Roermond in die zaak een onderzoek ter plaatse heeft gedaan en na bestudering van de feitelijke situatie heeft geoordeeld dat het boeterapport deels niet correct was en (voor het overige) onvoldoende bewijs bevatte voor de overtreding van art. 2 van de Wav.

446 Zie bijv. ook ABRvS 10 september 2008, *AB* 2009/144, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*Egyptische keukenhulp?*).

447 Zie bijv. met betrekking tot Wav-boetes ABRvS 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5075 (*illegale kroepoekbakker*); ABRvS 20 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3318 (*illegale Chinees met emmer met satépennen*); CBb 1 maart 2012, *AB* 2012/121, m.nt. Stijnen (*Wgb-boete dahliakweker*) en ABRvS 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK8997 (*woningrenovatie door Polen*). Het CBb oordeelt dat de vermoedelijke overtreder – gelet op het verdedigingsbeginsel – de ruimte moet hebben om zelf aan te geven welke (andere) stukken (die in het bezit zijn van het sanctionerende bestuursorgaan) in de procedure zouden moeten worden betrokken. De belanghebbende moet volgens het CBb niet afhankelijk zijn van de selectie die het bestuursorgaan zelf heeft gemaakt uit het geheel van de zich onder zijn bereik bevindende stukken (zie CBb 6 november 2009, *AB* 2009/215, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*marktmanipulatie IMC*)).

448 Het is vervolgens aan appellant om de gegevens uit zo'n rapport (door middel van tegenbewijs) te ontkrachten/gemotiveerd te betwisten. Zie bijv. ABRvS 30 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM9686 (*boeterapport over administratie*); ABRvS 20 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1916 (*illegale Chinese bedieningsmedewerker A1-plaza*); ABRvS 2 mei 2012, *AB* 2012/151, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*vluchtende illegale afwashulp*) en ABRvS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1544 (*Huisvestingswetboete onderverhuur vanwege verblijf in Spanje*). Ook de strafrechter kan de bewezenverklaring overigens uitsluitend baseren op een 'heterdaad'-proces-verbaal van een opsporingsambtenaar (zie art. 344, tweede lid, Sv). Zie de kritische opmerkingen daarover in Corstens/Borgers 2011, p. 719-720. Zie verder B. de Wilde, 'Bewijsminimumregels als waarborg voor waarheidsvinding in strafzaken?', in: J.H. Crijns e.a. (red.), *De waarde van waarheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 269-294.

449 Zie bijv. CBb 21 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ9556 (*niet ondertekend proces-verbaal Tabakswetboete*). In het strafrecht zou een dergelijk proces-verbaal niet als enige bewijsmiddel mogen worden gebruikt. Vgl. De Wilde 2008, p. 282.

450 Zie hierover meer uitvoerig par. 5.1.4.3.

451 ABRvS 11 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW1612 (*illegale wokkende Thai*). In casu werd het 'nader boeterapport' twee jaar na constatering van de overtreding opgemaakt. Punt van discussie was of de ramen van de horecagelegenheid ten tijde van de overtreding al dan niet voorzien waren van ondoorzichtige plakfolie.

452 Zie ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009/117, *JV* 2009/94 (*wokkende Chinees in Susteren*).

boeterapport) – vrij gemakkelijk afgezien van het horen van door de (vermoedelijke) overtreder meegebrachte getuigen.[453] Het verdedigingsbelang dat in bestraffende procedures een rol zou moeten spelen lijkt in deze afweging niet te worden betrokken.[454] Bedenkelijk, zelfs dubieus, is in mijn ogen verder de overweging van de Afdeling bestuursrechtspraak dat aan in hoger beroep door de (vermoedelijke) overtreder overgelegde ontlastende verklaringen van vreemdelingen en de chauffeur die de vreemdelingen heeft vervoerd in het kader van de oplegging van een Wav-boete geen betekenis toekomt omdat deze verklaringen, anders dan de eerdere door de vreemdelingen afgelegde verklaringen, niet onmiddellijk ten overstaan van de inspecteurs zijn afgelegd.[455] Met het oog op het uitgangspunt van materiële waarheidsvinding zijn bij de hiervoor geschetste wijze van bewijsgaring en bewijswaardering door de bestuursrechter – zeker bij procedures over bestraffende sancties – kritische kanttekeningen te plaatsen.[456] Hoe verhouden de 'hoge eisen' die de bestuursrechter zegt te stellen aan de bewijsvoering van de overtreding en de motivering van het besluit zich tot deze lijdelijke houding van de bestuursrechter als het om zijn eigen positie ten aanzien van de bewijsgaring gaat? Mag van de bestuursrechter in de bestuursstrafrechtelijke context niet verwacht worden dat hij zich – zoals de strafrechter[457] – actiever en kritischer opstelt met betrekking tot de feitenvaststelling?

Tegen die achtergrond verdient de benadering van de Afdeling bestuursrechtspraak in de hiervoor al aangehaalde uitspraak van 10 juli 2013 over een Wav-boete meer waardering.[458] Vanwege onduidelijkheden en onnauwkeurigheden in het proces-verbaal over de feitelijke situatie en gang van zaken in de eetgelegenheid waar de vreemdeling werd aangetroffen en de verklaringen daarover van de vreemdeling en diens partner, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak besloten na de zitting het onderzoek te heropenen om de verbalisanten een verklaring af te laten leggen over hetgeen zij die bewuste dag hadden waargenomen.[459] De verbalisanten weten zich onvoldoende nauwkeurig te herinneren of de betreffende vreemdeling inderdaad werkzaamheden verrichtte in de eetgelegenheid tijdens de controle en zo ja, welke werkzaamheden dat dan betrof. Dat brengt met zich dat de overtreding van artikel 2 Wav door de Afdeling bestuursrechtspraak niet bewezen wordt geacht. Het zou mooi zijn als de Afdeling deze 'actieve' lijn doorzet. Daarmee wordt beter invulling gegeven aan de rol van de bestuursrechter als '*bestuursstrafrechter*'.

---

453 ABRvS 14 september 2011, *AB* 2011/294 met een mijns inziens terecht kritische noot van O.J.D.M.L. Jansen (*Somalische glasvezelkabelleggers II*).

454 Zie ook ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0785 (*Marokkaanse en Surinaamse krantenbezorger*).

455 Vgl. ABRvS 9 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3695 (*Somalische glasvezelkabelleggers I*).

456 Zie ook Damen 2006, p. 21 e.v.

457 Vgl. hetgeen in par. 5.1.1 en 5.1.4.1 is beschreven. Zie verder bijv. Rb. Limburg 26 juni 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:4534 (*zoutzuurmoorden*) en Rb. Gelderland 6 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:2158 (*misbruik van een patiënte door therapeut Gelre Ziekenhuizen*). Uit genoemde vonnissen volgt dat de strafrechter bijvoorbeeld kritisch en nauwkeurig kijkt naar de betrouwbaarheid van het bewijs. De hoge bewijsstandaard in het strafrecht (wettig en overtuigend bewijs) lijkt bij deze actieve rol van de strafrechter ook een belangrijke rol te spelen.

458 ABRvS 10 juli 2013, *JB* 2013/169 (*vreemdeling werkt zonder tewerkstellingsvergunning in restaurant*).

459 Zie r.o. 3.3 van ABRvS 10 juli 2013, *JB* 2013/169 (*vreemdeling werkt zonder tewerkstellingsvergunning in restaurant*).

#### 5.1.4.3 *Bestuurlijke lus: bewijsopdracht in tussenuitspraak*

Sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuurlijke lus op 1 januari 2010[460] kan de bestuursrechter een bestuursorgaan bij tussenuitspraak vragen (eerste aanleg) dan wel opdragen (hoogste aanleg) een aan het besluit klevend gebrek te repareren.[461] Deze reparatie kan op verschillende manieren plaatsvinden. Soms krijgt een bestuursorgaan de opdracht een nieuw besluit te nemen maar de 'lus' kan ook beperkt blijven tot de opdracht een nadere motivering op te stellen of alsnog een bepaald advies in te winnen. De lus wordt in de bestuursrechtspraak ook wel ingezet om het aan een besluit ten grondslag liggende feitencomplex helder te krijgen. Dan krijgt het bestuur bijvoorbeeld de opdracht om nog nieuw (aanvullend) bewijs te leveren.

Al tijdens de totstandkoming van de regeling van de bestuurlijke lus is de vraag opgeworpen of de bestuurlijke lus wel zou moeten worden toegepast in procedures over boetebesluiten.[462] Voor toepassing van de bestuurlijke lus bij boetebesluiten is volgens de initiatiefnemers van de Wet bestuurlijke lus (Vermeij, Koopmans en Neppérus) in beginsel geen plaats. Dat geldt eens te meer in gevallen waarin de bestuursrechter tot het oordeel komt dat het bewijs voor de overtreding ontoereikend is. Vermeij, Koopmans en Neppérus stellen daarover het volgende: 'Wij menen dat in dat geval het verdedigingsbeginsel, zoals dit onder meer is neergelegd in artikel 6 EVRM, zich er tegen verzet dat de bestuurlijke lus wordt toegepast om het bestuur in de gelegenheid te stellen om alsnog aanvullend bewijs te leveren.'[463]

De bestuursrechtspraak wijst echter in een andere richting. De figuur van de bestuurlijke lus wordt wel degelijk gebruikt om een 'bewijsopdracht' aan het bestuur te geven als tijdens de procedure bij de bestuursrechter blijkt dat het aan een boetebesluit ten grondslag gelegde bewijs het besluit niet kan dragen[464] (bijvoorbeeld omdat het enkel of in hoofdzaak is gebaseerd op anonieme of onbetrouwbare getuigenverklaringen).[465] Dit kan ertoe leiden dat het naar aanleiding van de toepassing van de bestuurlijke lus met nader bewijs onderbouwde boetebesluit uiteindelijk standhoudt.[466]

---

460 Wet bestuurlijke lus Awb, *Stb.* 2009, 570. De bestuurlijke lus is geregeld in afd. 8.2.2a en 8.2.7 Awb.

461 Zie over de bestuurlijke lus onder meer de publicaties van: R.J.N. Schlössels, 'De andere kant van de lus', *NTB* 2008, p. 267-268; L.M. Koenraad, 'De toekomst van de bestuurlijke lus', *AA* 2010, p. 235-244; B.J. van Ettekoven & A.P. Klap, 'De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus', *JBplus* 2010, p. 182-200; J.E.M. Polak, 'Effectieve geschillenbeslechting: bestuurlijke lus en andere instrumenten', *NTB* 2011/2, p. 2-9 en B.J. Schueler, 'De grote verandering. Finaliteit in een nieuw bestuursprocesrecht', *JBplus* 2012, p. 101-116 met verder literatuurverwijzingen in voetnoot 28.

462 Zie met betrekking tot toepassing van de bestuurlijke lus door het CBb in boeteprocedures naast de hierna nog te noemen uitspraken: CBb 5 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:223 (*lus herstel Meststoffenwetboete*).

463 Zie *Kamerstukken I* 2008/09, 31352, nr. C, p. 6.

464 Zie bijv. CRvB 3 augustus 2011, *AB* 2013/224, m.nt. R. Stijnen (*tussenuitspraak 70 uur werken in sportschool?*) en ABRvS 11 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW1612 (*illegale wokkende Thai*).

465 CRvB 18 januari 2013, *USZ* 2013/64 (*WAO en inkomen uit paardrijlessen?*).

466 Zie bijv. CRvB 21 februari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV6610 (*einduitspraak 70 uur werken in sportschool?*).

Mijns inziens moeten kritische kanttekeningen worden geplaatst bij toepassing van de bestuurlijke lus in procedures over boetebesluiten,[467] zeker als de lus wordt ingezet om het bewijs van de overtreding rond te krijgen.[468] Net zoals bij vernietigen en opnieuw voorzien[469] ontstaat bij toepassing van de bestuurlijke lus (op zijn minst) frictie met het ne bis in idem-beginsel. Deze frictie is vooral aanwezig als er een nieuw (reparatie)besluit wordt genomen dat in de plaats komt van het door de bestuursrechter bij tussenuitspraak (feitelijk) onrechtmatig geoordeelde besluit. Het bestuursorgaan legt dan eigenlijk voor de tweede maal een boete op ten aanzien van dezelfde overtreding.[470] Als de lus bij bestraffende sancties niet leidt tot de opdracht een reparatiebesluit te nemen maar beperkt blijft tot het leveren van nader bewijs kan toepassing van de lus eveneens bepaalde fricties oproepen. De bestuursrechter oordeelt immers in de tussenuitspraak dat nader bewijs nodig is om tot een 'veroordeling' te komen. Het voorhanden zijnde bewijs kan het boetebesluit dan kennelijk ook niet dragen. Dat wil dus zeggen dat het primaire boetebesluit onrechtmatig is volgens de bestuursrechter. De einduitspraak die volgt op toepassing van de lus zal in zo'n geval veelal bestaan uit gegrondverklaring van het beroep met instandlating van de rechtsgevolgen. Een dergelijke 'herkansing' voor het bestuur – die door de burger al snel zal worden opgevat als 'bestuurtje helpen' – ligt bij de oplegging van bestraffende sancties mijns inziens niet zonder meer voor de hand. Dat geldt eens te meer in gevallen waarin er vrij ernstige bewijsgebreken kleven aan het aangevochten besluit. Ik kom daar hierna nog op terug maar keer eerst nog even terug naar de zojuist vermelde frictie tussen de bestuurlijke lus en het ne bis in idem-beginsel.

De wetgever was zich bij de totstandkoming van de algemene boeteregeling in de Awb bewust van spanning tussen het ne bis in idem-beginsel (dat ook is neergelegd in artikel 5:43 Awb) en het stelsel van vernietigen en opnieuw voorzien bij bestuurlijke boetes. Een spanning die, zoals gezegd, ook aanwezig kan zijn bij toepassing van de bestuurlijke lus. Om de ne bis in idem-problematiek bij vernietigen en opnieuw voorzien te ondervangen is in de Vierde tranche Awb bepaald dat de

---

467 Vgl. T.N. Sanders, 'Het CBb als wetgever: de bestuurlijke lus toegepast bij de bestuurlijke boete', *Markt & Mededinging* 2012, p. 133-138. Anders Stijnen 2011, p. 311-312, p. 380-381 en p. 786; H.E. Bröring & N.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 449-469, in het bijzonder p. 465-466 en Koenraad in zijn noot onder Rb. Rotterdam 17 januari 2013, *AB* 2013/58 (*Wft-boete*).

468 Vgl. L.J.J. Rogier, 'Geen bestuurlijke lus bij de bestuurlijke boete!', *Sanctierecht & Compliance* 2012, p. 188-189.

469 Zie Albers 2002, p. 229 e.v., in het bijzonder p. 236-237.

470 Vgl. Rogier 2012 en Sanders 2012, p. 135. Zie tegen die achtergrond in EU-context HvJ EG 15 oktober 2002, gevoegde zaken C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P en C-254/99 P (*Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie*), in het bijzonder r.o. 59-62 waarin het ging om oplegging van mededingingsboetes door de Commissie. Ofschoon het Hof in het arrest enigszins vage bewoordingen gebruikt, lijkt uit dit arrest voort te vloeien dat ook het HvJ EG van oordeel is dat het ne bis in idem-beginsel zich, na een nietigverklaring van een beschikking wegens gebrek aan bewijs, verzet tegen het opleggen van een nieuwe boetebeschikking ten aanzien van dezelfde overtreding (zie r.o. 54 t/m 62). Geheel duidelijk is het arrest, zoals gezegd, echter niet.

bestuursrechter die een beschikking tot het opleggen van een boete vernietigt zélf in de zaak voorziet (zie artikel 8:72a Awb).[471] Uit de toelichting blijkt dat de bestuursrechter zowel in beroep als in hoger beroep de zaak na vernietiging van een boetebesluit zoveel mogelijk zelf af moet doen. Terugverwijzen mag alleen in uitzonderlijke omstandigheden en eigenlijk alleen in hoger beroep.[472] Daarbij geldt als de belangrijkste reden voor terugverwijzing dat nog niet eerder inhoudelijk is geoordeeld (bijvoorbeeld omdat appellant zowel in bezwaar als in beroep (ten onrechte) niet-ontvankelijk was verklaard).[473]

In beginsel moet de bestuursrechter in alle gevallen zelf in de zaak voorzien. Dus niet alleen als een boete niet evenredig is, maar ook als het boetebesluit is vernietigd in verband met een motiveringsgebrek of vanwege het feit dat het besluit niet zorgvuldig is voorbereid. In die laatste twee gevallen wordt de bestuurlijke lus soms ingezet (vaak ook zonder opdracht om een reparatiebesluit te nemen). In feite wordt het bestuursorgaan dan eigenlijk – zoals hierboven aangegeven – een herkansing geboden, bijvoorbeeld om het bewijs alsnog rond te krijgen.

In ben geen voorstander van het inzetten van de lus voor het rondkrijgen van het bewijs in boetezaken. Ten eerste omdat door toepassing van de lus in boetezaken de aan artikel 8:72a Awb ten grondslag liggende uitgangspunten deels worden ondergraven. Ik doel dan op het ne bis in idem-beginsel (voor zover een opdracht wordt gegeven een reparatiebesluit te nemen) en op het aan artikel 8:72a Awb ten grondslag liggende uitgangspunt van berechting binnen een redelijke termijn.[474] Ten tweede omdat bij de burger niet het beeld moet ontstaan dat de rechter zich vooral inspant om het bestuur te helpen bij het herstellen van gebrekkige boetebesluiten. Heeft een bestuursorgaan zich veel te gemakkelijk van zijn taak om bewijs te leveren afgemaakt of 'rammelt' een boetebesluit anderszins aan alle kanten dan moet de bestuursrechter mijns inziens terughoudend zijn met toepassing van de lus, ook als dat ertoe leidt dat af moet worden gezien van oplegging van een boete. Terecht heeft de Centrale Raad van Beroep een in eerste aanleg via de (informele) bestuurlijke lus aan het college van B&W gegeven zeer gedetailleerde instructie over de wijze van onderbouwing van het feit dat een persoon een gezamenlijke huishouding voerde dan ook in strijd geoordeeld met het in artikel 6 EVRM neergelegde vereiste van toegang tot een onafhankelijke en *onpartijdige* rechter.[475]

Ook zonder de bestuurlijke lus staat de bestuursrechter niet met lege handen. Artikel 8:69, derde lid, Awb en de overige onderzoeksbevoegdheden (denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid om getuigen op te roepen (artikel 8:60 Awb)) bieden de bestuursrechter voldoende ruimte om daar waar het voorhanden zijnde bewijs bij hem (nog) vragen oproept of door de vermoedelijke overtreder ter discussie wordt

---

471 Dit in navolging van in de literatuur geopperde voorstellen (zie bijv. Albers 2000 en Albers & Schlössels 2002). Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 137 en p. 152-153.

472 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 152-153.

473 Zie verder bijv. CBb 29 juni 2012, JB 2012/217.

474 Vgl. Sanders 2012, p. 136 e.v. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 137 en p. 152.

475 CRvB 16 april 2013, JB 2013/119, m.nt. B. Kaya en L.J.M. Timmermans (*gezamenlijke huishouding Nijmegen*). Vgl. E.F. Stamhuis, 'De onpartijdigheid en onbevangenheid van de rechter ter zitting', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 145-177, in het bijzonder p. 145.

gesteld zelf de nodige klaarheid te (laten) scheppen. Eventueel – als het niet anders kan – zou hij dat ook nog na de zitting kunnen doen op grond van artikel 8:68 Awb (heropening van het onderzoek).[476] Recente rechtspraak bevestigt de opvatting dat de bestuursrechter ook op basis van de genoemde eigen onderzoeksbevoegdheden het bewijs helder kan krijgen.[477] Daarbij zal de bestuursrechter deze bevoegdheden wel moeten aanwenden op een wijze waarmee hij tegemoetkomt aan het in artikel 8:69, derde lid, Awb besloten liggende beginsel van ongelijkheidcompensatie. Dat betekent dat het toepassen van genoemde bevoegdheden door de bestuursrechter er niet toe mag leiden dat hij het bestuur helpt een boetebesluit (of de rechtsgevolgen ervan) in stand te houden terwijl dat besluit bewijsrechtelijk op elementaire punten niet deugt. In de rechtspraak lijkt het overigens ook vooral te gaan om onderzoek naar 'ontlastende feiten' die ertoe leiden dat het beroep van de vermoedelijke overtreder gegrond wordt verklaard.[478]

Het (veelvuldiger en intensiever) toepassen van artikel 8:69, derde lid, Awb en de overige onderzoeksbevoegdheden door de bestuursrechter (eventueel na heropening van het onderzoek) sluit ook goed aan bij de strafrechtelijke praktijk. Daar geldt als uitgangspunt dat de rechter met het oog op de materiële waarheidsvinding nader onderzoek kan (laten) doen (ook als het onderzoek ter terechtzitting al is aangevangen). In dat kader kan hij bepaalde onderzoekshandelingen (laten) verrichten zoals het horen van getuigen of deskundigen.[479] In de regel zal dit onderzoek zijn dat ziet op voor de verdachte 'ontlastend' bewijs. De bevoegdheid van de zittingsrechter in het strafproces om aanvullend onderzoek[480] te (doen) verrichten moet worden gezien als een *correctiemechanisme* voor die gevallen waarin het door het OM samengestelde dossier ten aanzien van een bepaald aspect van de tenlastelegging nog niet voldoende licht werpt op de materiële waarheid.[481] Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen waarin de verdachte komt met een van de tenlastelegging afwijkende lezing van hetgeen is voorgevallen, waarbij deze lezing een ander licht werpt op het beschikbare bewijsmateriaal.[482]

Overigens kan de bestuurlijke lus ook ten aanzien van andere gebreken worden toegepast in boetezaken. Zo kan de lus bijvoorbeeld dienen om het bestuursorgaan alsnog inhoudelijk te laten beslissen op een tegen een boetebesluit ingediend bezwaar als de rechter tot de conclusie komt dat dit bezwaar door het bestuursorgaan ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard.[483] Vanuit rechtsbeschermingsoogpunt

---

476 Maar dat heeft niet mijn voorkeur.

477 Zie ABRvS 24 december 2008, AB 2009/117, JV 2009/94 (*wokkende Chinees in Susteren*); Rb. Almelo 29 oktober 2012, AB 2012/394, m.nt. L.M. Koenraad (*Roemeense tentenafbrekers 'Dauwpopfestival'*) en ABRvS 10 juli 2013, JB 2013/169 (*vreemdeling werkt zonder tewerkstellingsvergunning in restaurant*).

478 Zie ABRvS 24 december 2008, AB 2009/117, JV 2009/94 (*wokkende Chinees in Susteren*) en ABRvS 10 juli 2013, JB 2013/169 (*vreemdeling werkt zonder tewerkstellingsvergunning in restaurant*).

479 Zie o.m. art. 315 en 316 Sv.

480 Het is, zoals hiervoor in par. 5.1.4.1 is aangegeven, primair aan het OM om voldoende wettig bewijsmateriaal aan te dragen om de rechter de overtuiging te doen bekomen dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan.

481 Corstens/Borgers 2011, p. 677.

482 Nijboer 2011, p. 170.

483 CRvB 6 april 2012, JB 2012/132, m.nt. J.H. Keinemans (*terugvordering kinderbijslag en Akw-boete*).

kunnen ook hier vraagtekens bij geplaatst worden.[484] Dat geldt eens te meer als *de hogerberoepsrechter* oordeelt dat een appellant in bezwaar en beroep ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard. In dat geval ligt toepassing van de bestuurlijke lus om een materieel oordeel over het bezwaar van het bestuursorgaan te krijgen mijns inziens bepaald niet voor de hand.[485] In dat geval oordeelt immers alleen de hogerberoepsrechter nog over het materiële geschil. De verdedigingsrechten van de vermoedelijke overtreder komen daardoor verder onder druk te staan.[486]

De lus is ook wel eens gebruikt om het bestuursorgaan het boetebedrag te laten matigen.[487] Dit terwijl juist ten aanzien van de vaststelling van de boetehoogte het veel meer voor de hand ligt dat de bestuursrechter de zaak direct finaal afdoet op grond van artikel 8:72a Awb. Tegen die achtergrond verdient opmerking dat mede door toepassing van de bestuurlijke lus in de hiervoor aangehaalde uitspraak van het CBb van 20 maart 2012[488] in de einduitspraak nog eens een extra matiging moest plaatsvinden wegens overschrijding van de redelijke termijn.[489]

#### 5.1.4.4 *Strafrechtelijk en bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs*

Ten slotte volgen nog enkele opmerkingen over het gebruik van strafrechtelijk en bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs,[490] te beginnen bij strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs. Genoemd bewijsmateriaal mag in het strafrecht niet zonder meer als bewijs van het ten laste gelegde feit worden gebruikt.[491] Bewijsuitsluiting is in bepaalde gevallen aangewezen. Onder omstandigheden

---

484 Ook omdat de rechtspraak niet constant is. Nog geen twee weken voor CRvB 6 april 2012, JB 2012/132, m.nt. J.H. Keinemans (*terugvordering kinderbijslag en Akw-boete*) oordeelde de CRvB nog dat voor toepassing van de lus geen plaats is als in geen enkele fase van het geschil inhoudelijk over het besluit is geprocedeerd (zie CRvB 27 maart 2012, JB 2012/131, m.nt. A.M.M.M. Bots (*intrekking en terugvordering bijstand*)).

485 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 153 en bijv. CRvB 18 augustus 2010, CRVB:2010:BN4516 (*verwijtbaar niet ingeschreven als werkzoekende*). Het ligt dan ook voor de hand dat de CRvB in de einduitspraak inzake CRvB 6 april 2012, JB 2012/132, m.nt. J.H. Keinemans (*terugvordering kinderbijslag en Akw-boete*) ten aanzien van de boetecomponent de zaak terugverwijst naar de rechtbank.

486 Ook voor toepassing van art. 8:72a Awb is dan volgens de wetgever geen plaats. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 152-153.

487 Zie bijv. CBb 14 maart 2012, AB 2012/225, m.nt. R. Stijnen (*bouwfraude Noord-Holland Acht*) en CBb 20 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3671 (*tussenuitspraak marktverdelingsafspraken groenvoorziening Maastricht*).

488 CBb 20 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3671 (*tussenuitspraak marktverdelingsafspraken groenvoorziening Maastricht*).

489 CBb 20 december 2012, AB 2013/92, m.nt. Stijnen (*einduitspraak marktverdelingsafspraken groenvoorziening Maastricht*).

490 Op deze plaats wordt verder niet ingegaan op de vraag naar de bewijskracht van strafrechtelijke beslissingen (veroordelingen dan wel vrijspraak) in het kader van de oplegging van bestuurlijke bestraffende sancties. Zie daarover Schlössels 2010, p. 479 alsmede J.L. Verbeek, 'Twee procedures, twee werkelijkheden? Feitenvaststelling bij samenloop van strafrechtelijke en bestuurlijke handhaving', *JBplus* 2012, p. 31-45. Zie verder bijv. CRvB 13 maart 2007, JB 2007/108 en CRvB 21 september 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN8837 (*vrijspraak valsheid in geschrifte versus schending inlichtingenplicht*).

491 Zie Corstens/Borgers 2011, p. 724 e.v. en Nijboer 2011, p. 120 e.v. Zie voorts HR 26 juni 1962, NJ 1962/470, m.nt. W. Pompe (*bloedproef II*); HR 18 april 1978, NJ 1978/365, m.nt. Th. W. van Veen (*plastic boodschappentas I*) HR 30 maart 2004, NJ 2004/376, m.nt. Y. Buruma (*afvoerpijparrest*) en HR 19 februari 2013, NJB 2013, 565, ECLI:NL:HR:2013:BY5322 (*hennepkwekerij Blerick*).

kan in plaats van uitsluiting van het bewijs bovendien de 'zwaardere sanctie' van niet-ontvankelijkverklaring van het OM volgen. Anderzijds kan soms ook worden volstaan met strafvermindering terwijl het bewijs toch gebruikt wordt in de procedure (vgl. artikel 359a Sv). Het is zelfs niet uitgesloten dat op een vormverzuim van (zeer) geringe ernst geen sanctie volgt. Welke 'sanctie' volgt op onrechtmatige bewijsgaring hangt naast de in artikel 359a, tweede lid, Sv genoemde factoren[492] onder meer af van de ernst van het delict, het belang van waarheidsvinding, de verwijtbaarheid van de betrokken opsporingsambtenaren en de mate van schending van (grond)rechten van de verdachte. Al met al is in het strafrecht op basis van artikel 359a Sv door de Hoge Raad een genuanceerd stelsel ontwikkeld inzake de sanctionering van onrechtmatige bewijsverkrijging.[493] Borgers constateert dat niet-ontvankelijkverklaring van het OM alleen in uitzonderlijke gevallen wordt uitgesproken terwijl de rechter bovendien ook betrekkelijk terughoudend is met het uitsluiten van bewijsmateriaal. Vormverzuimen worden verhoudingsgewijs vaak afgedaan met strafvermindering of de enkele constatering van de onrechtmatigheid.[494]

In het bestuursstrafrecht lijkt dit anders te liggen. Het beeld is daar meer 'zwart-wit'. In principe gaat het daar om de keuze tussen het wel of niet uitsluiten van het onrechtmatig verkregen bewijs. Zowel de wetgever[495] als enkele bestuursrechters[496] zijn de opvatting toegedaan dat strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs gebruikt mag worden bij de oplegging van een bestuurlijke boete of andere bestuursrechtelijke sanctie als voldaan is aan bepaalde voorwaarden. In de kern komt het erop neer dat strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs alleen dan niet kan worden gebruikt bij de oplegging van een bestuurlijke boete als er bij de bewijsgaring zeer fundamentele normen – te denken valt aan de essentiële normen van artikel 6 EVRM – zijn geschonden en de overtreder daardoor ernstig in zijn belangen is geschaad.[497]

Dit uitgangspunt is gelet op de rechtspraak van het EHRM niet zonder meer in strijd met het EVRM. Het EVRM bevat namelijk, zoals ik al eerder aangaf, geen

---

492 Te weten: het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt.

493 Zie Corstens/Borgers 2011, p. 727 e.v. Zie verder bijv. HR 30 maart 2004, NJ 2004/376, m.nt. Y. Buruma (*afvoerpijparrest*).

494 Corstens/Borgers 2011, p. 738. Op het zuinige gebruik van de rechter van zijn bevoegdheid tot bewijsuitsluiting is overigens wel kritiek geuit. Zie bijv. M.C.D. Embregts, *Uitsluitsel over bewijsuitsluiting* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003.

495 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 131-132.

496 Zie met betrekking tot een afgewogen oordeel over de toelaatbaarheid van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs: HR 1 juli 1992, BNB 1992/306, m.nt. P. den Boer, NJ 1992/621, m.nt. Scheltema (met betrekking tot een bestuurlijke boete in het kader van de Belastingwetgeving). Een minder genuanceerd standpunt wordt ingenomen door de ABRvS: ABRvS 4 februari 2000, JB 2000/72, Gst. 7120, 3, m.nt. H. Hennekens, AB 2000/242, m.nt. L. Damen; ABRvS 17 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL4153 (*illegale bouwvakkers*) en recent ABRvS 3 september 2013, JB 2013/202 (*hennepkwekerij Breda*). Zie met betrekking tot de opvatting van de CRvB: CRvB 28 november 1995, RSV 1996/89 en meer recent CRvB 11 april 2007, JB 2007/129, m.nt. M.C.D. Embregts (*informed consent*) waarbij aantekening verdient dat het in deze laatste zaak ging om *bestuursrechtelijk* onrechtmatig verkregen bewijs.

497 Zie hierover uitvoeriger Albers 2002, p. 223-228 en Albers 2004, par. 6.

regels met betrekking tot het bewijs van strafbare feiten. Deze regelgeving laat het EHRM expliciet over aan de partijstaten.[498] Het Europese Hof buigt zich in zijn uitspraken dan ook niet rechtstreeks over de vraag of onrechtmatig verkregen bewijs gebruikt mag worden maar het beoordeelt slechts of de procedure in zijn geheel 'fair' is.[499] Dit brengt met zich dat gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs vanuit verdragsrechtelijk oogpunt gezien niet uitgesloten is (als tenminste gezegd kan worden dat de procedure 'in zijn geheel' 'fair' is verlopen).[500]

Soms doet zich de vraag voor of aan een besluit van een bestuursorganen '*bestuursrechtelijk' onrechtmatig verkregen bewijs* ten grondslag gelegd kan worden. De Centrale Raad van Beroep heeft ten aanzien van onrechtmatige huisbezoeken door toezichthouders (schending van het (fundamentele) huisrecht) in de uitkeringssfeer (bijstand, AOW) een aantal keren geoordeeld dat het daarmee verkregen bewijsmateriaal niet aan een besluit tot (bijvoorbeeld) intrekking of weigering van de bijstands- dan wel AOW-uitkering ten grondslag mag worden gelegd.[501] Soms wordt daartoe de maatstaf gehanteerd die ook geldt bij strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs;[502] in de meerderheid van de gevallen gebeurt dat niet (expliciet).[503] In die gevallen lijken – als ik het goed zie – de abbb bepalend te zijn voor beantwoording van de vraag of bewijsuitsluiting plaats moet vinden. De maatstaf lijkt dan te zijn dat bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs wordt uitgesloten als het is verkregen in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur (waarbij vooral het zorgvuldigheidsbeginsel in beeld is).[504]

Het lijkt erop dat bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs, via de toets aan de abbb, door de bestuursrechter eerder uitgesloten wordt dan strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs. In een uitspraak van het College van Beroep van het bedrijfsleven van 30 augustus 2011[505] werd een boetebesluit bijvoorbeeld vernietigd omdat bij de voorbereiding van het boetebesluit het functiescheidingsvereiste[506] was geschonden. Degene die (enkel) belast was met oplegging van de boete had nog

---

498 Zie EHRM 12 juli 1988, NJ 1988/851, m.nt. E.A. Alkema (*Schenk t. Zwitserland*) en P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1998, p. 198-213.

499 Zie bijv. EHRM 5 november 2002, nr. 48539/99 (*Allan t. het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 12 mei 2000, nr. 35394/97 (*Khan t. het Verenigd Koninkrijk*).

500 Deze opvatting komt ook pregnant tot uitdrukking in EHRM 8 juli 2003, nr. 1303/02 (ontvankelijkheidsbeslissing inzake *Lewis t. het Verenigd Koninkrijk*).

501 Zie bijv. CRvB 11 april 2007, JB 2007/129, m.nt. M.C.D. Embregts (*informed consent*); CRvB 27 januari 2009, JB 2009/15 (*samenwonende oudjes*) en CRvB 5 maart 2013, NJB 2013, 823 (*samenwonen of op kamers?*).

502 Zie CRvB 11 april 2007, JB 2007/129, m.nt. M.C.D. Embregts (*informed consent*). Zie ik het goed dan is niet uitgesloten dat vergelijkbaar (strafrechtelijk) onrechtmatig verkregen bewijs in een strafrechtelijke procedure zelfs minder snel voor uitsluiting in aanmerking komt. Vgl. HR 19 februari 2013, NJB 2013, 565, ECLI:NL:HR:2013:BY5322 (*hennepkwekerij Blerick*).

503 CRvB 27 januari 2009, JB 2009/15 (*samenwonende oudjes*); CRvB 12 januari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BK8928 (*gezamenlijke huishouding Geldrop*) en CRvB 5 maart 2013, NJB 2013, 823 (*samenwonen of op kamers?*).

504 Vgl. Embregts 2003, p. 288.

505 CBb 30 augustus 2011, JB 2011/243 (*bouwfraude utiliteitsbouw*).

506 Zie art. 54a Mededingingswet (Mw); vgl. art. 10:3, vierde lid, Awb.

(aanvullend) feitenonderzoek gedaan. Bijgevolg was op onrechtmatige wijze aanvullend bewijs verzameld. Daarmee had de NMa volgens het CBb de schijn van vooringenomenheid op zich geladen. Deze smet kleefde niet alleen aan het aanvullende (onrechtmatig) vergaarde bewijsmateriaal maar aan alle bewijsmateriaal, zo oordeelde het CBb. Het boetebesluit hield dan ook geen stand.

Ten aanzien van bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs kan verder gewezen worden op een aantal vrij recente uitspraken waarin sprake was van de schending van het in artikel 5:10a Awb neergelegde zwijgrecht.[507] De informatie die zonder de cautie te geven is verkregen moet worden aangemerkt als onrechtmatig verkregen bewijs. Dat bewijs mag niet ten grondslag worden gelegd aan een boetebesluit.[508] Het komt ook wel voor dat tijdens een controle-onderzoek verkregen informatie als bewijs in een bestuurlijke boeteprocedure wordt gebruikt.[509] In dat geval gaat het om *rechtmatig* tijdens een controle-onderzoek op basis van een medewerkings*plicht*[510] verkregen materiaal dat – voor zover het afhankelijk is van de wil van de verdachte – op grond van rechtspraak van het EHRM niet gebruikt mag worden als bewijs in een procedure tot oplegging van een bestraffende sanctie (criminal charge).[511] Ook hier volgt dus bewijsuitsluiting. Deze rechtspraak is in lijn met het *Saunders*-arrest van het EVRM en sluit verder goed aan bij het strafrecht.[512] Daarbij verdient aantekening dat in het strafrecht in gevallen waarin geen cautie is gegeven bewijsuitsluiting volgt *tenzij* de verdachte niet in zijn verdediging geacht wordt te zijn geschaad.[513] Dit laatste voorbehoud wordt, als ik het goed zie, door de bestuursrechter(s) niet gemaakt.

---

507 Zie bijv. ABRvS 3 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL1856 (*te laat gegeven cautie illegale Chinese leerling-kok*) en CRvB 20 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2499 (*niet gemelde werkzaamheden in brasserie en café*).

508 Dat betekent overigens niet dat geen bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Is er voldoende ander bewijsmateriaal dat aan het boetebesluit ten grondslag kan worden gelegd, dan staat de schending van de inlichtingenplicht niet aan beboeting aan de weg. Zie bijv. ABRvS 3 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL1856 (*te laat gegeven cautie illegale Chinese leerling-kok*) en (mijns inziens enigszins dubieus) CRvB 20 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2499 (*niet gemelde werkzaamheden in brasserie en café*).

509 CRvB 16 november 2011, JB 2012/18, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*WW'er werkzaam in autogarage I*); CRvB 21 november 2012, JB 2013/32 (*WW'er werkzaam in autogarage II*) en CRvB 3 april 2013, JB 2013/118, m.nt. C.L.G.F.H. Albers. Zie verder HR 12 juli 2013, JB 2013/160 (*buitenlandse banktegoeden?*).

510 Een dergelijke medewerkingsplicht – die bijvoorbeeld gebaseerd kan zijn op art. 5:20 Awb – kan vaak met een bestuurlijke boete worden gehandhaafd. Zie bijv. art. 18, tweede lid, Wet arbeid vreemdelingen (Wav) jo. art. 19a Wav. Bijgevolg kan gezegd worden dat het hier gaat om 'onder dwang' verkregen informatie.

511 EHRM 17 december 1996, ECHR Reports 1996-VI, p. 2044, NJ 1997/699, m.nt. Knigge (*Saunders*). Zie voor een overzicht van de relevante verdragsrechtelijke rechtspraak ook Albers 2002, p. 132 e.v. Zie verder: EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96, EHRC 2001/45, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*J.B. t. Zwitserland*) en EHRM 29 juni 2007, EHRC 2007/104, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*O'Halloran & Francis t. het Verenigd Koninkrijk*).

512 Zie Corstens/Borgers 2011, p. 733-734.

513 Vgl. bijv. ook HR 30 juni 2009, NJ 2009/349, m.nt. T.M. Schalken en HR 16 april 2013, NJ 2013/310, m.nt. B.F. Keulen (*openbare geweldpleging tegen muur*).

## 5.2 Enkele afsluitende opmerkingen over de rechtsbescherming bij bestraffende sancties

Hiervoor is de rechtsbeschermingsprocedure bij bestuurlijke bestraffende sancties afgezet tegen de rechtsbeschermingsprocedure bij de strafrechter. Gelet op de beperkte ruimte die de preadviseurs is gelaten heb ik tegen die achtergrond bepaalde kernelementen van het bestuursproces en strafproces belicht. Daarbij heb ik gebruikgemaakt van de voorhanden zijnde straf- en bestuursrechtelijke literatuur en rechtspraak. Het verrichten van empirisch onderzoek was – gelet op de tijd die voorhanden was voor het schrijven van dit preadvies – niet mogelijk.

Uit de verrichte interne rechtsvergelijking blijkt in ieder geval dat de conceptuele modellen van beide procesrechten verschillen. Vanuit het strafrecht kan bijvoorbeeld worden gewezen op het onmiddellijkheidsbeginsel, dat toch wel moet worden gezien als een dragend principe, en dat we in het bestuursrecht als zodanig niet terug zien keren. Ook het vertrekpunt in de procedures verschilt fundamenteel doordat in het bestuursproces – anders dan in het strafrecht – de toetsing van de rechtmatigheid van een besluit van een bestuursorgaan centraal staat. Een ander groot verschil is dat het bestuursproces moet worden aangemerkt als een partijenproces. Mede als gevolg daarvan lijkt de bestuursrechter lijdelijker en passiever te zijn dan de strafrechter, die de materiële waarheidsvinding voorop stelt en ook meer oog lijkt te hebben voor ongelijkheidscompensatie. Ik kom dan ook tot de conclusie dat bij een normatieve analyse het bestuursprocesrecht ‘in de min’ terecht komt.

# 6 Rechtsbescherming bij bestraffende sancties anno 2014

In dit preadvies stond de vraag centraal hoe het is gesteld met de rechtsbescherming bij bestraffende sancties in het bestuursrecht en in welke richting de rechtsbescherming bij bestraffende sancties zich verder zou moeten ontwikkelen om te kunnen spreken van een volwassen bestraffend bestuur(proces)srecht. Uit het voorgaande blijkt dat er, ten eerste, meer duidelijkheid zal moeten komen over de vraag wanneer een sanctie als bestraffend moet worden aangemerkt. Alleen ten aanzien van de bestuurlijke boete staat immers onomstotelijk vast dat het een bestraffende sanctie is. Bij andere sancties, zoals de intrekking van een begunstigende beschikking is bepaald niet helder of, en zo ja, in welke gevallen, deze sancties bestraffend van aard zijn. Pas als duidelijk is of een sanctie bestraffend is, kan bepaald worden of voorzien moet worden in extra rechtsbescherming ter invulling van de straf(proces)rechtelijke waarborgen die (onder meer op grond van artikel 6 en 7 EVRM) bij de oplegging van een bestraffende sanctie in acht moeten worden genomen (ervan uitgaande dat deze sanctie dan ook een 'criminal charge' is[514]). Hier is zowel voor de bestuursrechter als voor de wetgever nog een taak weggelegd (zie daarover paragraaf 4.6 en 6.4).

Ten aanzien van de bestuurlijke boete is onderzocht hoe de rechtsbescherming onder het Awb-procesrecht is vormgegeven. Omdat de bestuurlijke boete door mij gerekend wordt tot het strafrecht in ruime zin moet er in de bestuursrechtelijke procedure naar mijn oordeel sprake zijn van een aan het strafproces gelijkwaardige mate van rechtsbescherming bij boetebesluiten. Op basis van een literatuur- en jurisprudentieonderzoek kan geconcludeerd worden dat van een dergelijke gelijkwaardige mate van rechtsbescherming op dit moment geen sprake is. Mijns inziens zijn er echter wel mogelijkheden om het rechtsbeschermingsniveau te verbeteren. Een en ander komt in de navolgende paragrafen aan de orde.

## 6.1 Geen rechtvaardiging voor uniforme toepassing van het bestuursprocesrecht

Uit de hierboven opgenomen beschrijving van het bestuursrechtelijke en strafrechtelijke stelsel van rechtsbescherming kan worden afgeleid dat bestuursprocesrecht

514 Zou de sanctie gekwalificeerd worden als 'bestraffend' maar niet als 'criminal charge' dan gelden mijns inziens evenzeer de elementaire straf(proces)rechtelijke waarborgen omdat de sanctie deel uitmaakt van het strafrecht in ruime zin.

op belangrijke punten afwijkt van het strafprocesrecht.[515] Dit brengt met zich dat het onverkort vasthouden aan het bestuursprocesrecht in 'bestraffende' procedures ertoe leidt dat aan bepaalde strafrechtelijke waarborgen te weinig of zelfs geen recht wordt gedaan.[516] Zo staat in het huidige bestuursprocesrecht bijvoorbeeld de toepassing van de onschuldpresumptie onder druk. Dat houdt onder meer verband met het ontbreken van schorsende werking van het boetebesluit en het (in bepaalde gevallen) ontbreken van een hoorplicht in de besluitvormingsfase,[517] maar ook met het feit dat de bestuursrechter – gelet op het verbod van 'ultra petita' – niet ambtshalve mag beoordelen of de overtreder van de overtreding enig verwijt valt te maken.[518] Ook in ruimere zin worden door het verbod van 'ultra petita' grenzen gesteld aan de bevoegdheid van de bestuursrechter die hem beperken in zijn oordeel of er een overtreding is begaan en of de overtreder daar een verwijt van valt te maken. Door dit verbod worden bovendien zijn mogelijkheden om ambtshalve rechtsgronden aan te vullen en om ambtshalve feitenonderzoek te verrichten beperkt tot de aangevoerde gronden. Een ander punt is dat in de procedure bij de hogerberoepsrechter de uitspraak van de rechter in eerste aanleg (ook bij procedures over bestraffende sancties) nog altijd centraal lijkt te staan.[519] De verdedigingsrechten van de (vermoedelijke) overtreder komen daardoor ook onder druk te staan (denk daarbij ook aan de grondenfuik in appèl die in ieder geval door de Afdeling bestuursrechtspraak nog steeds niet afgezworen lijkt te zijn bij bestraffende sancties).[520]

Aan de strafrechter komen beduidend ruimere bevoegdheden toe. Dat is niet vreemd omdat het strafproces niet wordt gezien als een (contradictoir georiënteerd) partijenproces terwijl daar in het bestuursproces tegenwoordig de nadruk op wordt gelegd. Tegen die achtergrond is ook verklaarbaar dat de bestuursrechter zich lijdelijker opstelt (bijvoorbeeld ook in het kader van bewijsgaring) dan de strafrechter die een actievere houding in lijkt te nemen en meer op de voorgrond lijkt te treden in het strafproces.[521]

De strafrechtelijke procedure lijkt de overtreder per saldo meer waarborgen te bieden dan de bestuursrechtelijke procedure. Een rechtvaardiging daarvoor ontbreekt mijns inziens. De keuze voor bestuursrechtelijke in plaats van strafrechtelijke

---

515 Zie hierover ook Albers 2006a en Albers 2006b.

516 Zie hierover meer uitvoerig Albers & Schlössels 2002; Albers 2006b en Schlössels 2011. Bröring en Jurgens gaan daar wel heel gemakkelijk aan voorbij in hun *NTB*-bijdrage uit 2006 (zie H.E. Bröring & G.T.J.M. Jurgens, 'De bestuurlijke boete is zo gek nog niet! Bespiegelingen over buitengerechtelijke beboeting in het bestuursrecht en het strafrecht naar aanleiding van de Wet OM-afdoening', *NTB* 2006, 48).

517 Zie hierover Albers 2004.

518 Zie bijv. ABRvS 2 juni 2004, *JB* 2004/276 (*arbeidsongeval*).

519 Zie daarover Schlössels & Albers 2014, p. 47 e.v. en bijv. CRvB 14 januari 2010, *AB* 2010/201, m.nt. H.E. Bröring (*boete wegens niet gemelde werkzaamheden werkloze bouwvakker in Duitsland*). Ondanks de invoering in het strafrecht van een 'voortbouwend appèl' in 2007 (zie art. 415, tweede lid, Sv) blijft de rol van de strafrechter op dit punt aanmerkelijk ruimer (en in wezen ongewijzigd). Vgl. Valkenburg 2014, p. 28.

520 Vgl. ABRvS 16 maart 2011, *JB* 2011/105 (*onderbetaalde Poolse studenten*), in het bijzonder r.o. 2.6.1. Zie verder par. 5.1.3.

521 En zich bijv. uitdrukkelijk kritisch opstelt ten aanzien van het door het OM gepresenteerde bewijsmateriaal. Zie bijv. Rb. Limburg 26 juni 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:4534 (*zoutzuurmoorden*). Zie verder par. 5.1.1, 5.1.4.1, 5.1.4.2 en 5.2.

beboeting lijkt primair te worden ingegeven door doelmatigheidsoverwegingen.[522] De bestuurlijke boete werd immers enkel geïntroduceerd als lapmiddel om het *strafrechtelijke* handhavingstekort te verminderen. Zij heeft intussen vooral vanwege doelmatigheidsoverwegingen op grote schaal voet aan de grond gekregen in het bestuursrecht. Een gedegen afweging vanuit algemeen rechtsstatelijk en rechtsbeschermingsoogpunt ligt aan de gemaakte keuze niet ten grondslag.

## 6.2 De Awb; kneedbaar procesrecht?

Het kan anders. De Awb, en dan in het bijzonder artikel 8:69 Awb, biedt de bestuursrechter ruimte om bij de oplegging van bestraffende sancties aansluiting te zoeken bij de ruimere taakopvatting van de strafrechter.[523] Het bestuursprocesrechtelijke stelsel zoals dat onder meer tot uitdrukking komt in artikel 8:69 Awb verzet zich in principe niet tegen een meer actieve houding van de bestuursrechter.[524] Een ruimere taakopvatting ligt bij de oplegging van bestraffende sancties dan ook voor de hand,[525] met name omdat daarmee de verschillen in de mate van rechtsbescherming in het strafproces en het bestuursproces tot op zekere hoogte genivelleerd kunnen worden. Niet alleen vanuit strafrechtelijk maar ook vanuit bestuursrechtelijk oogpunt valt dat goed te verdedigen. Besluiten tot oplegging van een bestuurlijke boete – en andere bestraffende sancties – vormen immers een 'atypische' categorie beschikkingen.[526] Afwijking van de bestuursprocesrechtelijke uitgangspunten ten aanzien van deze 'systeemvreemde besluiten' verstoort in dat opzicht de eenheid binnen het bestuursprocesrecht niet. De wetgever heeft bovendien al een stap gezet met de invoering van artikel 8:72a Awb. Daarmee heeft hij uitdrukkelijk te kennen gegeven dat de rol van de bestuursrechter in boetezaken een andere is dan in procedures over andere appellabele besluiten.

Mocht men menen dat artikel 8:69 Awb de bestuursrechter onvoldoende ruimte biedt dan zou – gelet op de 'atypische' aard van deze besluiten – een (in hoofdstuk 5 Awb op te nemen) expliciete afwijking van deze bepaling voor boetebesluiten verdedigbaar zijn.[527] In het verlengde hiervan zou in (hoofdstuk vijf van) de Awb ook uitdrukkelijk kunnen worden afgeweken van andere Awb-bepalingen die niet goed lijken te passen bij de oplegging van bestraffende sancties. Ook is het het overwegen waard daar iets te bepalen over bewijs(lastverdeling) en de bewijsmotivering bij sanctiebesluiten.

---

522 Vgl. Albers 2002, hfdst. 2 en Kwakman 2006, p. 334.

523 Zie tegen die achtergrond ook het preadvies van Haas waaruit blijkt dat de belastingrechter vaak al meer aansluiting zoekt bij het strafproces.

524 Vgl. Stijnen 2011, p. 784-785. Zie ook *PG Awb II*, p. 463.

525 Sommige bestuursrechters lijken ook al voorzichtig die richting in te slaan. Vgl. bijv. ABRvS 10 juli 2013, *JB* 2013/169 (*vreemdeling werkt zonder tewerkstellingsvergunning in restaurant*).

526 In de nota naar aanleiding van het verslag van de Vierde tranche Awb lijkt men daar de ogen voor te sluiten. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29702, nr. 7, p. 22.

527 De Awb-wetgever heeft al bij de totstandkoming van de eerste tranche aangegeven dat de met de Awb tot stand te brengen 'eenheid van het recht' haar grenzen heeft en dat differentiatie niet altijd vermeden kan (en moet) worden. Zie *PG Awb I*, p. 20.

Hoewel het dus niet noodzakelijk is dat de wetgever ingrijpt, heeft een dergelijk ingrijpen mijns inziens wel belangrijke voordelen. De rechtsontwikkeling geheel aan de rechter laten kent risico's. Zoals gezegd biedt artikel 8:69 Awb de bestuursrechter de ruimte om een actievere rol te vervullen waarbij materiële waarheidsvinding en ongelijkheidscompensatie beter uit de verf komen. De vraag is echter of deze ruimte door de bestuursrechters, als in de Awb niet wordt voorzien in een actievere rol voor de bestuursrechter, in voldoende mate zal worden benut in de zin dat zij zelf een ruimere invulling aan hun taak zullen gaan geven.[528] Hier bestaat toch het risico van een verschil in benadering, zeker zolang er nog verschillende hogerberoepsinstanties blijven bestaan in het bestuursproces, alle rechtseenheidsvoorzieningen ten spijt.[529]

Overigens zijn met zo'n (al dan niet wettelijk geregelde) ruimere taakopvatting van de bestuursrechter nog niet alle problemen uit de wereld. De benadering in het bestuursproces blijft namelijk toch fundamenteel anders dan in het strafproces, nu in de procedure bij de bestuursrechter de beoordeling van een geschil over een besluit centraal staat en niet (rechtstreeks) de strafoplegging.

Ten slotte is er het probleem van de van de strafrechtspraak afwijkende (en soms onjuiste) uitleg van strafrechtelijke begrippen en leerstukken door de bestuursrechter. Daarmee komt de rechtseenheid bij de interpretatie en toepassing van die begrippen en leerstukken onder druk te staan. De rechtspraak van de bestuursrechters laat zien dat de bestuursrechter soms moeite heeft met het doorgronden van strafrechtelijke begrippen en leerstukken. Dat geldt bijvoorbeeld voor de uitleg van en het onderscheid tussen een voortdurend delict en een voorgezette handeling.[530] Ook geeft de bestuursrechter (tenminste tot op zekere hoogte) een andere uitleg aan het begrip 'functioneel daderschap'.[531] Verder lijkt de bestuursrechter soms niet goed raad te weten met een 'avas'-verweer.[532] De Hoge Raad zet intussen overigens wel lijnen uit. In 2011 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin hij (ambtshalve) de maatstaf verduidelijkte aan de hand waarvan kan worden bepaald of er sprake is

---

528 Vgl. zelfs het verschil in benadering binnen een rechtscollege wat betreft de rechterlijke activiteit ten aanzien van bewijs. Zie ABRvS 31 maart 2010, JB 2010/133, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (*DHW-boete Sittards scholierencarnaval*) versus ABRvS 10 juli 2013, JB 2013/169 (*vreemdeling werkt zonder tewerkstellingsvergunning in restaurant*).

529 Zie daarover ook Schlössels & Albers 2014, p. 45-47 en 48-49.

530 CRvB 10 mei 2000, JB 2000/228, m.nt. C.L.H.F.H. A. (*AKW-boete inkomen dochter*); CRvB 7 februari 2001, JB 2001/116, m.nt. C.L.G.F.H. A. (*AKW-boete loondienst dochter*); CBb 16 november 2010, JB 2011/54 (*Msw-boete 'ongeboren' mest*); ABRvS 5 oktober 2011, JB 2011/262 (*Wko-boete Kindergarden I*); ABRvS 7 december 2011, JB 2012/26 (*Atw-boetes taxichauffeur*) en CBb 12 september 2013, JB 2013/232 (*Wko-boete Kindergarden II*).

531 Zie bijv. ABRvS 27 maart 2013, AB 2013/181, m.nt. F.R. Vermeer, JB 2013/96 (*verontreiniging Leidsche Vliet*); CBb 4 april 2013, JB 2013/141 (*Whc-boete internetpostorderbedrijf*) en ABRvS 13 oktober 2010, AB 2010/330, m.nt. F.R. Vermeer (*drugspand Apeldoorn*). Hier wordt geen (of onvoldoende) aansluiting gezocht bij de door de strafrechter in dat kader uitgewerkte *IJzerdraad*-criteria (HR 23 februari 1954, NJ 1954/378 (*IJzerdraadarrest*)) en het drijfmestarrest (HR 21 oktober 2003, NJ 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis).

532 Men vergelijke ABRvS 8 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2 (*Arbo-boete afgezaagde vinger*) met HR 14 februari 1916, NJ 1916/681 (*melk en water-arrest*). Zie verder J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2009, p. 352 e.v.

van 'hetzelfde feit' in de zin van artikel 68 Sr (het ne bis in idem-beginsel).[533] Daarbij heeft de Hoge Raad aangegeven dat de wetgever met de begrippen 'dezelfde overtreding' uit artikel 5:43 Awb (het ne bis in idem-beginsel) en 'dezelfde gedraging' uit artikel 5:44 Awb (het una via-beginsel) heeft beoogd om te verwijzen naar het begrip 'hetzelfde feit' uit artikel 68 Sr. Dit brengt met zich dat de bestuursrechter de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf om vast te stellen of er sprake is van 'hetzelfde feit', hoewel dit formeel niet kan worden afgedwongen, ook zou moeten hanteren als de vraag zich voordoet of er sprake is van 'dezelfde overtreding' zoals bedoeld in artikel 5:43 Awb of van 'dezelfde gedraging' uit artikel 5:44 Awb. In een arrest van 12 juni 2011[534] vindt – mede in het licht van het *Scoppola*-arrest[535] – een aanscherping en vooral een verduidelijking plaats van de rechtspraak van de Hoge Raad over toepassing van de *meest gunstige bepaling*. Deze rechtspraak zou niet alleen bij de toepassing van artikel 1, tweede lid, Sr, als uitgangspunt moeten dienen maar ook als toepassing van artikel 5:46, vierde lid, Awb aan de orde is.

## 6.3 Kapers op de kust: de Wet OM-afdoening

Zoals uit het voorgaande blijkt, laat de rechtsbescherming bij de oplegging van bestraffende bestuursrechtelijke sancties op punten (nog) te wensen over. Van een aan het straf(procesrecht) gelijkwaardige rechtsbescherming is in ieder geval op dit moment geen sprake. Nu zou het bestuursrecht gedifferentieerd toegepast kunnen worden, al naar gelang de aard van het besluit, zoals hiervoor is aangegeven. Zo zou een hoger niveau van rechtsbescherming kunnen worden gerealiseerd in het bestraffend bestuursrecht. Bepaalde problemen zullen binnen ons huidige stelsel van bestuursrechtspraak, waarin nu (en naar het zich laat aanzien ook in de toekomst[536]) geen sprake is van een volledige integratie van de bestuursrechtspraak in de rechterlijke macht, blijven bestaan. Zo kunnen zich problemen blijven voordoen bij de uitleg van (soms) complexe strafrechtelijke figuren door (hogerberoeps)rechters die zich slechts incidenteel over dergelijke vraagstukken moeten buigen. Men kan zich dan ook de vraag stellen of het, met het oog op rechtseenheid bij de uitleg van strafrechtelijke begrippen en leerstukken en het bieden van een gelijkwaardige rechtsbescherming ten aanzien van alle vormen van oplegging van bestraffende sancties, niet beter zou zijn om de rechtsbescherming bij bestraffende sancties volledig over te hevelen naar het strafrecht. In de jaren negentig van de vorige eeuw lag dit niet voor de hand maar er heeft zich intussen met de invoering van de Wet OM-afdoening[537] een belangrijke ontwikkeling voorgedaan op het gebied van de

533 Zie HR 1 februari 2011, JB 2011/56, m.nt. D. van Tilborg (*strafbare voorbereiding bereiding heroïne*).
534 HR 12 juni 2011, JB 2011/207, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
535 EHRM 17 september 2009, nr. 10249/03, AB 2010/102, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Scoppola t. Italië*).
536 Zie ook Schlössels & Albers 2014, p 45-47.
537 Zie *Stb.* 2006, 330 (Wet van 7 juli 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten (Wet OM-afdoening)) en *Stb.* 2008, 4 (Besluit van 21 december 2007 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening).

buitengerechtelijke afdoening binnen het strafrecht.[538] Met de Wet OM-afdoening is een *zelfstandige* sanctiebevoegdheid voor het OM in het leven geroepen.[539] Op grond van artikel 257a Sv kan de officier van justitie een 'strafbeschikking' uitvaardigen ten aanzien van overtredingen en misdrijven waarop een gevangenisstraf is gesteld van niet meer dan zes jaar. Vaak wordt bij strafbeschikking een geldboete opgelegd. Ook andere sancties kunnen bij strafbeschikking worden opgelegd.[540] Uitgangspunt is dat strafbeschikkingen alleen worden uitgevaardigd in eenvoudige zaken waarin geen complexe bewijsvoeringskwesties spelen. Is de verdachte het niet eens met de strafbeschikking dan kan hij op grond van artikel 257e Sv (in beginsel[541]) binnen veertien dagen na uitreiking van de beschikking verzet doen. De officier van justitie dient vervolgens het verzetschrift en de processtukken ter kennis van de rechtbank te brengen.[542] De strafrechter behandelt in dat geval de zaak integraal volgens de gewone regels van het strafprocesrecht.[543] Naast de officier van justitie kunnen opsporingsambtenaren of bestuursorganen onder bepaalde voorwaarden (onder toezicht van het OM) een strafbeschikking (in dat geval politiestrafbeschikking of bestuurlijke strafbeschikking genaamd) uitvaardigen.[544] De politiestrafbeschikking (ex artikel 257b Sv) wordt intussen in veel gemeenten gebruikt om op te treden tegen overlast in de openbare ruimte.[545] De bestuurlijke strafbeschikking (ex artikel 257ba Sv) wordt sinds 1 mei 2012 gebruikt ter handhaving

---

538 Deze ontwikkeling staat niet op zichzelf. Zij kan in het breder kader van de 'decriminalisering' geplaatst worden. De 'decriminaliseringstendens' was al enkele decennia waarneembaar in het bestuursrecht. Deze tendens houdt verband met het – in het bijzonder op het terrein van de handhaving van bestuursrechtelijke wetgeving – gesignaleerde 'handhavingstekort'.

539 Zie Titel IVa Vervolging door een strafbeschikking, bestaande uit de art. 257a-257h Sv. Het is de bedoeling dat deze strafbeschikking op termijn de strafrechtelijke transactie (volledig) vervangt. Zie over de Wet OM-afdoening uitgebreid Albers 2008 (met verdere verwijzingen).

540 De officier van justitie beschikt over een ruim arsenaal van op te leggen straffen en maatregelen. Hij kan bijvoorbeeld bij strafbeschikking ook een taakstraf van ten hoogste 180 uur opleggen, overgaan tot onttrekking aan het verkeer, de overtreder de verplichting opleggen tot betaling van een geldsom aan de staat ten behoeve van het slachtoffer of overgaan tot een ontzegging van de rijbevoegdheid voor maximaal zes maanden. Daarnaast kunnen bij de strafbeschikking 'aanwijzingen' worden gegeven. Het gaat dan bijvoorbeeld om 'aanwijzingen' die betrekking hebben op het afstand doen van in beslag genomen voorwerpen, of op het verrichten van handelingen tot opheffing van wederrechtelijk verkregen voordeel en om aanwijzingen betreffende het gedrag van de verdachte. Dit alles is geregeld in art. 257a Sv.

541 Bij *toezending* van een strafbeschikking waarin een geldboete van niet meer dan € 340 is opgelegd kan verzet worden gedaan *tot zes weken na toezending* van de strafbeschikking. Zie art. 257e Sv.

542 Zie art. 257f Sv.

543 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, nr. 3, p. 3, 19 en 20. De rechter geeft een zelfstandig oordeel. In dat kader staat – anders dan bij de oplegging van bestuurlijke boetes – *niet* de beoordeling van de rechtmatigheid van de strafbeschikking centraal. Zie uitvoeriger over de rechtsbescherming bij een strafbeschikking Albers 2008.

544 Zie art. 257b Sv en art. 257ba Sv.

545 De mogelijkheid om op grond van art. 154b Gemeentewet een bestuurlijke boete op te leggen voor dergelijke overtredingen laten gemeenten in de regel links liggen. Zie S. Flight, A. Hartmann & O. Nauta, *Bestuurlijke strafbeschikking en bestuurlijke boete overlast. Evaluatie na drie jaar*, WODC 2012, in het bijzonder p. 29 e.v. Zie verder C.L.G.F.H. Albers, 'De "Wet bestuurlijke boete overlast openbare ruimte". Beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald', *Gst.* 2006, 7247, 38, p. 137-147 (hierna Albers 2006c).

van milieu- en keurfeiten die van geringe ernst of eenvoudige aard zijn.[546] Voorts kan aan een bestuursorgaan ook een *zelfstandige* wettelijke *bevoegdheid* worden toegekend tot het opleggen van een strafbeschikking.[547] Een voorbeeld biedt artikel 76 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr).

Nu op basis van de Wet OM-afdoening ook aan bestuursorganen een (al dan niet zelfstandige) bevoegdheid kan worden toegekend tot het uitvaardigen van strafbeschikkingen zou het mogelijk zijn alle huidige bestuurlijke boetebevoegdheden te vervangen door een (zelfstandige) bevoegdheid voor de betreffende bestuursorganen tot het opleggen van een strafbeschikking.[548] De bestuurlijke boete werd eind vorige eeuw op grote schaal geïntroduceerd als lapmiddel om het *strafrechtelijke* handhavingstekort te verminderen.[549] Nu het strafrecht zelf inmiddels – in de vorm van de strafbeschikking – een eenvoudige afdoeningsmodaliteit *voor bestuursorganen* kent, lijkt er geen belemmering te zijn om de (aanvankelijk strafbaar gestelde) overtredingen van bestuursrechtelijke regelgeving wederom strafrechtelijk af te doen (voor zover met de sanctie bestraffing wordt beoogd).[550] Voordeel daarbij is dat een verdachte die het niet eens is met de strafbeschikking het geschil kan voorleggen aan de strafrechter, die in dat geval de zaak integraal *volgens de gewone regels van het strafprocesrecht* behandelt. De rechter geeft een zelfstandig oordeel en kan daarbij gebruikmaken van de hem toekomende ruime bevoegdheden. Bovendien staat in de procedure bij de strafrechter – anders dan bij de oplegging van bestuurlijke boetes – niet de beoordeling van de rechtmatigheid van de strafbeschikking centraal.[551]

Hier moet wel worden opgemerkt dat de conclusies in dit preadvies zijn gebaseerd op een literatuur- en jurisprudentiestudie. Het zou echter nuttig zijn om aanvullend empirisch onderzoek te doen naar de mate van rechtsbescherming bij de procedure inzake de strafbeschikking vergeleken met de procedure binnen het reguliere strafrecht en de procedure inzake bestuurlijke boetes. Daarbij zou dan vooral moeten worden onderzocht of er in de praktijk geen verschillende 'stromen' binnen het strafprocesrecht ontstaan.[552]

---

546 Zie *Stb.* 2012, 150 (Besluit van 5 april 2012, houdende wijziging van het Besluit OM-afdoening en enkele andere besluiten in verband met de invoering van de bestuurlijke strafbeschikking). Zie verder A.M.C.C. Tubbing & H.J.A. van Ham, 'De bestuurlijke strafbeschikking voor milieu- en keurfeiten', *Milieu en Recht* 2013, p. 2-10.

547 Zie *Kamerstukken I* 2005/06, 29849, nr. C, p. 29.

548 Vgl. P.A.M. Mevis, 'Bestuurlijke boete in Absurdistan', *AAe* 2005, nr. 7/8, p. 580-587, in het bijzonder p. 586-587. Zie voorts P.A.M. Mevis, 'Strafbeschikking openbaar ministerie, WAHV en "kleine ergernissen"', *DD* 2004, p. 353-368, in het bijzonder p. 364.

549 Zie hierover met verdere verwijzingen Albers 2002, p. 54.

550 Vgl. Kwakman 2006, p. 333.

551 Zie: *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, nr. 3, p. 3 en 19 en 20.

552 Zie tegen die achtergrond G. Knigge, 'De strafvordering in geding', *Handelingen NJV 1994-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 37-116, in het bijzonder p. 75, p. 77-78 die zich voorstander toonde van een gedifferentieerde strafvorderlijke regeling die toegesneden zou moeten zijn op hetgeen voor de verdachte op het spel staat. In dat kader maakte hij een onderscheid tussen de afdoening van strafbare feiten door een meervoudige kamer, een enkelvoudige kamer, dan wel de oplegging van een OM-boete. In de procedure tegen de OM-boete zou volgens hem gewerkt moeten worden met minder procedurele rechtswaarborgen. Hij stelde een grievenstelsel voor en wenste cassatieberoep tegen OM-boetes uit te sluiten. Zie ook Groenhuijsen & Knigge 2001,

Naast (te verwachten) belangrijke rechtsbeschermings- en rechtseenheidsvoordelen kleven er echter ook enkele nadelen aan de strafbeschikking. Zo zal een strafbeschikking als iemand een misdrijf heeft gepleegd of als een voor een overtreding opgelegde boete € 100 of hoger is, worden opgenomen in de Justitiële Documentatie, terwijl dit bij de bestuurlijke boete niet het geval is. Dit nadeel kan overigens eenvoudig worden ondervangen via een wetswijziging. Verder kan de strafrechter, als bij hem verzet wordt aangetekend, een zwaardere of hogere straf opleggen.[553] Bij de bestuursrechter geldt daarentegen het verbod van reformatio in peius, tenzij anders is bepaald in de wet. Daarbij verdient wel aantekening dat juist bij bestuurlijke boetes regelmatig een uitzondering gemaakt wordt op genoemd verbod (dit naar analogie van het strafrecht).[554] Mijns inziens is dat dan ook geen doorslaggevende reden om niet te kiezen voor de strafbeschikking in plaats van voor de bestuurlijke boete. Ten slotte is de termijn om verzet aan te tekenen korter dan de in het bestuursrecht geldende bezwaar- en beroepstermijn.

Hoe dan ook, als de huidige bestuurlijke boetebevoegdheden worden omgezet in de bevoegdheid om een strafbeschikking uit te vaardigen geniet de burger in ieder geval altijd dezelfde (en, als tenminste binnen het strafproces geen verschillende 'processtromen' ontstaan, op fundamentele punten[555] hogere) mate van rechtsbescherming.[556] Bijgevolg ontstaat er wat de rechtsbescherming betreft geen rechtsongelijkheid. Dat lijkt des te belangrijker nu de keuze voor bestuurs(straf) rechtelijke afdoening in plaats van strafrechtelijke afdoening door middel van de strafbeschikking grotendeels af lijkt te hangen van 'toevallige' factoren. Bovendien heeft de keuze voor één afdoeningsmodaliteit tot gevolg dat er geen uiteenlopende rechtspraak gaat ontstaan over de uitleg van strafrechtelijke begrippen en leerstukken.[557] Zou deze optie in overweging worden genomen, dan zal uiteraard vooraf goed uitgezocht moeten worden welke procedurele en praktische consequenties een dergelijke operatie heeft en hoe mogelijke praktische problemen, bijvoorbeeld capaciteitsproblemen, kunnen worden opgelost. Op capaciteitsgebied verwacht ik echter niet direct grote problemen. Ook uit de brief van de minister van Justitie met betrekking tot de nadere visie van het kabinet op de keuze tussen sanctiestelsels kan worden afgeleid dat niet snel capaciteitsproblemen bij justitie zullen ontstaan.[558] Belangrijker is dat er geen verschillende stromen binnen het strafproces ontstaan

---

p. 41-42 waarin een 'driesporenmodel' wordt voorgesteld. In het kader van de totstandkoming van de Wet OM-afdoening is echter aangegeven dat de gewone regels van het strafproces moeten worden toegepast als verzet wordt aangetekend. Formeel geldt dus ten aanzien van de strafbeschikking dezelfde rechtsbeschermingsprocedure als ten aanzien van de berechting van 'zwaardere' strafzaken.

553 *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, nr. 3, p. 42 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, nr. 5, p. 9-10.

554 In zo'n twintig boeteregelingen wordt 'reformatio in peius' thans al uitdrukkelijk mogelijk gemaakt. Zie bijv. art. 19d, zevende lid, Wav en art. 10:7, zevende lid, Arbeidstijdenwet.

555 Zie uitvoerig over deze afzonderlijke punten Albers 2008.

556 Zie in die zin reeds Albers 2002, p. 69 en p. 434 e.v.

557 Vgl. Mevis 2005, p. 585-586. Zie verder Albers 2007, par. 2.2.

558 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p 11. Zie verder de in dit opzicht gunstige ervaringen met de bestuurlijke strafbeschikking overlast openbare ruimte (Flight, Hartmann & Nauta 2012, hfdst. 6, in het bijzonder p. 56 e.v.). Het zou dan ook jammer zijn als de discussie op dit 'Nederlandse stokpaardje' vastloopt.

waarbij het rechtsbeschermingsniveau per procedure (sterk) verschilt. Vooral op dat punt is het van belang om nog wat nader onderzoek te verrichten om zich ervan te vergewissen dat van een dergelijke differentiatie geen sprake is. Verder moet niet uit het oog verloren worden dat een strafbeschikking thans onder bepaalde voorwaarden[559] kan worden opgenomen in de Justitiële Documentatie, terwijl dit bij de bestuurlijke boete niet het geval is. Toch kent de strafbeschikking vanuit rechtsbeschermingsperspectief ook veel voordelen. De toekomst zal uit moeten wijzen of deze voordelen de overhand blijken te hebben. Dat hangt ook af van de wijze waarop de strafrechter het procesrecht toepast in verzetsprocedures over strafbeschikkingen.

## 6.4 Slotconclusie: meer duidelijkheid in het bestraffend bestuursrecht is nodig

Het bestraffend bestuursrecht is de laatste twee decennia explosief gegroeid. Daar waar expliciet gekozen wordt het bestuur uit te rusten met bestraffende sancties gebeurt dat met name door het toekennen van bestuurlijke boetebevoegdheden. Daarnaast kent het bestuursrecht nog tal van andere sancties die kenmerken van bestraffing in zich dragen. Te denken valt aan de intrekking van begunstigende beschikkingen bij wijze van sanctie, de maatregel in het socialezekerheidsrecht en 'naming en shaming'. Ten aanzien van 'naming en shaming' wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat het geen vorm van bestraffing is. Ook de maatregel in het socialezekerheidsrecht wordt in de regel niet als bestraffende sanctie aangemerkt. Ten aanzien van de intrekking van een begunstigende beschikking bij wijze van sanctie is het beeld minder helder. De rechtspraak is niet eenduidig en sancties verschieten nogal eens van 'kleur'. Zo zijn zij volgens de bestuursrechter soms jarenlang bestraffend en plots veranderen zij dan in een herstelsanctie of wordt het sanctiekarakter helemaal ontkend.[560] De algemene teneur lijkt te zijn dat steeds minder sancties als bestraffende sanctie worden aangemerkt. Dat sancties door toedoen van de rechter eenvoudig van karakter veranderen, houdt onder meer verband met het feit dat de bestuursrechters niet steeds gebruikmaken van een vast en helder (materieel) criterium, aan de hand waarvan gemotiveerd wordt vastgesteld of een sanctie al dan niet bestraffend is (zie daarover hfdst. 4 van dit preadvies). Van leedtoevoeging (of in de woorden van de Afdeling: 'geïndividualiseerd concreet nadeel') – en daarmee van een bestraffende sanctie – is mijns inziens sprake als de sanctie verdergaat dan herstel van de (on)rechtmatige toestand vergt. In het verlengde daarvan is er sprake van leedtoevoeging als datgene waarop ondanks de gepleegde overtreding aanspraak is blijven bestaan wordt onthouden of ontnomen, terwijl herstel van de rechtmatige toestand niet meer mogelijk is en de opgelegde sanctie niet alleen schadevergoeding (compensatie) betreft.

---

559 Bij een strafbeschikking gebeurt dit over het algemeen als iemand een misdrijf heeft gepleegd of als een opgelegde boete voor een overtreding € 100 of hoger is.

560 Vgl. ABRvS 2 november 2005, JB 2006/11, m.nt. Albers, AB 2006/20, m.nt. Michiels.

Nu bestraffing en leedtoevoeging materiële begrippen zijn, komt het – naast het formuleren en consequent hanteren van heldere criteria – aan op de draagkrachtigheid en consistentie van de rechterlijke motivering. De bestuursrechter moet goed (en gemotiveerd) kunnen uitleggen waarom hij meent dat een sanctie al dan niet bestraffend is.[561] De motivering van de bestuursrechter waarom een sanctie al dan niet bestraffende is, laat echter vaak te wensen over. Bovendien verandert de bestuursrechter (maar ook de wetgever!) nogal eens van mening over het strafkarakter van een sanctie. Met het oog op de rechtszekerheid en rechtsbescherming van de overtreder is dit niet wenselijk. Ook de geloofwaardigheid van de desbetreffende rechtspraak staat onder druk. Met name nu in wetenschappelijke publicaties vaak haarfijn en gemotiveerd wordt aangegeven dat het niet-bestraffende karakter van een sanctie op zijn minst discutabel is, zal ook de rechter in de sfeer van de motivering naar een hogere versnelling moeten.

Hiervoor is ook aangegeven dat er een verschil is in rechtsbescherming in het bestuursprocesrecht en het strafprocesrecht. Bij de oplegging van bestraffende bestuursrechtelijke sancties, zoals de bestuurlijke boete, is er geen rechtvaardiging voor dit onderscheid aangezien zij deel uitmaken van het strafrecht in ruime zin. Nu biedt de Awb op zich de bestuursrechter de ruimte om de rechtsbeschermingsprocedure bij bestraffende sancties (meer) in overeenstemming te brengen met de strafrechtelijke procedure. De vraag is echter of van deze ruimte – zonder tussenkomst van de wetgever – ook daadwerkelijk en op uniforme wijze gebruikt wordt gemaakt door de (thans nog bestaande) verschillende bestuursrechtelijke colleges. Ook zou de wetgever de handschoen op kunnen pakken door op punten een gedifferentieerd procesrecht in de Awb op te nemen voor bestraffende sancties. De rechtseenheidsgedachte die aan de Awb ten grondslag ligt verzet zich daar mijns inziens niet tegen. Zolang echter het sanctiebesluit het onderwerp van geschil blijft in de bestuursrechtelijke procedure blijft de benadering wezenlijk anders dan in het strafproces. Verder blijft bij een keuze voor afdoening van bestuurlijke boetes en andere bestraffende sancties binnen de bestuursrechtelijke kolom het probleem bestaan van een uiteenlopende en soms onjuiste uitleg en interpretatie van strafrechtelijke leerstukken en begrippen.

Met het oog daarop kan de vraag worden opgeworpen of het niet beter is op termijn te kiezen voor één buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteit. Verkiezing van de strafbeschikking boven de bestuurlijke boete ligt dan voor de hand. Die keuze heeft immers, naar het zich laat aanzien, niet alleen voordelen met het oog op de rechtsbescherming van de vermoedelijke overtreder/verdachte maar komt tevens de transparantie en consistentie van het sanctiestelsel ten goede.[562] Zoals hiervoor is aangegeven kleven echter ook aan de strafbeschikking enkele nadelen. Verder is het zo dat de strafbeschikking vooral goede papieren heeft als het om oplegging

561 Vgl. Schutgens 2011.

562 Vgl. Albers 2007 en 2008. Zie verder A.R. Hartmann, 'Strafbeschikking en bestuurlijke boete: wildgroei in de handhaving?', *Justitiële verkenningen* 2005/6, p. 84-96, in het bijzonder p. 95-96 en A.R. Hartmann, L.J.J. Rogier & C.J. Roon, 'Bestuurlijke boetebevoegdheden voor de gemeente', *NTB* 2005, 42, in het bijzonder p. 309.

van bestuurlijke boetes gaat. Gaat het om andere bestraffende sancties (zoals de bestraffende intrekking van een begunstigende beschikking) dan wordt het waarschijnlijk ingewikkelder om de strafbeschikking als alternatief in te zetten. Hoewel sanctionering via een strafbeschikking ook in die gevallen niet volledig uitgesloten is, zie ik daar toch wel aanzienlijke en waarschijnlijk moeilijk te nemen hobbels.[563] Het ligt dan ook meer voor de hand dat deze laatste categorie sancties binnen de bestuursrechtelijke kolom afgedaan wordt. Daarbij is het dan wel zaak dat de bestuursrechter zich – in lijn met de strafrechter – actiever opstelt dan hij nu doet.

Beide hiervoor geschetste opties (bestraffing via het 'kneedbare' bestuursproces en bestraffing door middel van een strafbeschikking) hebben dus voor- en nadelen. Op basis van de huidige stand van zaken kan niet zonder meer een voorkeur worden uitgesproken voor een van beide opties. Overheveling van de bestuurlijke boete naar het strafrecht (strafbeschikking) heeft mijns inziens nog altijd[564] goede papieren. Anderzijds groeit, vooral vanwege recente ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak – waaruit blijkt dat sommige bestuursrechters meer oog lijken te krijgen voor de bijzondere rol die zij vervullen als bestuursstrafrechter[565] – het vertrouwen in de bestuursrechter als *bestuursstrafrechter*. De oplegging van bestraffende sancties en (vooral) de beoordeling van deze sancties zou, als deze trend zich – met het oog op de rechtszekerheid en rechtseenheid bij voorkeur ondersteund door wetgeving – inderdaad voortzet, ook binnen de bestuursprocesrechtelijke kolom plaats kunnen (blijven) vinden.

563 Het intrekken van een beschikking raakt het 'hart' van het 'besturen', het opleggen van een boete daarentegen is meer een 'los' traject.

564 Vgl. bijv. mijn opvatting in Albers 2002, p. 434 e.v. en Albers 2008.

565 Zie bijv. ABRvS 10 juli 2013, *JB* 2013/169 (*vreemdeling werkt zonder tewerkstellingsvergunning in restaurant*).

# Stellingen

1. De bestuursrechter moet aan de hand van materiële criteria overtuigender en meer gedegen motiveren waarom een sanctie in zijn ogen al dan niet bestraffend is.
2. De bestuursrechter moet zich actiever opstellen in bestuurlijke boetezaken (en in andere zaken waarin sprake is van de oplegging van een bestraffende bestuurlijke sanctie).
3. Hoofdstuk 5 van de Awb moet worden aangevuld met enige bepalingen van procesrechtelijke aard onder meer over bewijs in bestuurlijke boetezaken.
4. De bestuursrechter moet in bestuurlijke boetezaken zijn bewijsmotivering uitdrukkelijk in de uitspraak neerleggen net zoals de strafrechter dat doet.
5. De bestuurlijke boete moet worden vervangen door de bestuurlijke strafbeschikking.

# Evenredige bestuurlijke boetes

*Mr. dr. M.L. van Emmerik & mr. C.M. Saris**


| | | |
|---|---|---|
| **1** | **Inleiding** | **112** |
| 1.1 | Evenredige bestraffing | 112 |
| 1.2 | Onderwerp, vraagstelling en afbakening van dit preadvies | 114 |
| 1.3 | Algemene opmerkingen over de begrippen evenredigheid en proportionaliteit | 115 |
| 1.4 | Nader over het perspectief van de strafrechter en de bestuursrechter bij de toetsing van punitieve sancties | 117 |
| 1.5 | Opbouw van dit preadvies | 118 |
| **2** | **Normatief kader: nationale en Europeesrechtelijke randvoorwaarden voor evenwichtige beboeting** | **119** |
| 2.1 | Inleiding | 119 |
| 2.2 | Grondwet | 119 |
| 2.3 | Algemene wet bestuursrecht | 120 |
| 2.3.1 | Artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht en nader over marginale en volle toetsing | 120 |
| 2.3.2 | Artikel 5:46 Algemene wet bestuursrecht: bepaling van de hoogte van de boete | 124 |
| 2.3.3 | Afwijkingsbevoegdheid van het bestuur van bij wet of beleidsregel gefixeerde boete | 127 |
| 2.3.4 | Correctiemogelijkheid door de rechter | 128 |
| 2.3.5 | Derde-belanghebbenden en bestuurlijke boetes | 129 |
| 2.4 | EVRM | 130 |
| 2.4.1 | Introductie | 130 |
| 2.4.2 | Artikel 6 EVRM: recht op *full jurisdiction* en evenredigheid | 131 |
| 2.4.2.1 | Algemeen | 131 |
| 2.4.2.2 | Full jurisdiction | 132 |
| 2.4.2.3 | Intensiteit van de toetsing | 134 |
| 2.4.2.4 | Differentiatie in rechtsbescherming à la Jussila? | 137 |


---

* Mr. dr. M.L. (Michiel) van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de afdeling bestuursrecht van de Rechtbank Amsterdam. Hij was in zijn vorige functie vanuit het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties betrokken bij de voorbereiding van het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb, in het bijzonder het onderdeel betreffende bestuurlijke boeten. Mr. C.M. (Christien) Saris is advocaat bij Stibbe in Amsterdam. Zij is als advocaat betrokken geweest bij enkele in dit preadvies besproken Wav-zaken. In het bijzonder bedanken zij Tom Barkhuysen, Ben Schueler, Rob Widdershoven en hun mede-preadviseurs voor hun waardevolle commentaar, alsmede (oud) student-assistenten Ali Mohammad, Dorine Verhey, Kitty ten Bras en Christine Strating voor hun onmisbare steun bij de voorbereiding van dit preadvies. De tekst van dit preadvies is afgesloten op 10 februari 2014.

2.4.2.5 Nadere jurisprudentie over de reikwijdte van *full jurisdiction* 138
2.4.2.6 Tussenconclusie 140
2.4.3 Artikel 1 Eerste Protocol 142
2.4.4 Het EVRM en de verplichting tot oplegging van voldoende afschrikwekkende boetes 144
2.5 EU-recht 145
2.5.1 Introductie 145
2.5.2 Evenredigheid en sancties 145
2.5.3 EU-grondrechtenhandvest 146
2.5.4 Jurisprudentie inzake evenredigheid en boetes 147
2.5.4.1 Algemeen 147
2.5.4.2 Door de Europese Commissie opgelegde boetes 148
2.5.4.3 Wettelijk gefixeerde boetes op nationaal niveau, niet voorgeschreven door EU-recht 150
2.5.4.4 Door EU-recht voorgeschreven gefixeerde boetes 151
2.5.4.5 Deelconclusie 151
2.6 Conclusie 152

**3 Beknopte analyse van de literatuur over evenredigheid 154**
3.1 Inleiding 154
3.2 Opvattingen over volheid toetsing 154
3.3 Toetsing bij wettelijk gefixeerde boetes 155
3.4 Strengere eisen bij *criminal charge*? 156
3.5 Volle toetsing evenredigheid, maar wat betekent dit? 156

**4 Drie hoogste bestuursrechters over evenredigheid aan de hand van casestudies 157**
4.1 Inleiding 157
4.2 CBb: financiële toezichtwetgeving en Tabakswet 158
4.2.1 Introductie 158
4.2.2 Duur 160
4.2.3 Aard en omvang 161
4.2.4 Voordeel 162
4.2.5 Opzet 162
4.2.6 Financiële situatie/draagkracht 163
4.2.7 Doelstelling: benadeling derden 163
4.2.8 Grootte onderneming 164
4.2.9 First offender/recidive 164
4.2.10 Persoonlijke omstandigheden 164
4.2.11 Tussenconclusie 165
4.3 CRvB: schending van de inlichtingenplicht 165
4.3.1 Introductie 165
4.3.2 Duur 167
4.3.3 Omvang en aard 167
4.3.4 Financiële situatie/draagkracht 168
4.3.5 Opzet 168
4.3.6 First offender/recidive 169

4.3.7 Persoonlijke omstandigheden 169
4.3.8 Tussenconclusie 170
4.4 ABRvS: Wet arbeid vreemdelingen en diverse andere wetten 170
4.4.1 Introductie 170
4.4.2 De Wav 171
4.4.2.1 Duur en omvang 172
4.4.2.2 Opzet 174
4.4.2.3 First offender/recidive 174
4.4.2.4 Voordeel 174
4.4.2.5 Financiële situatie/draagkracht 175
4.4.2.6 Grootte onderneming 177
4.4.2.7 Persoonlijke omstandigheden 177
4.4.3 Diverse andere wetten: jurisprudentie van de algemene kamer 178
4.4.4 Tussenconclusie 179
4.5 Vergelijking van de jurisprudentie van het CBb, de CRvB en de ABRvS 180
4.5.1 Algemene observaties 180
4.5.2 Specifieke observaties 182

**5 Slotbeschouwing 184**
5.1 Inleiding 184
5.2 Materiële invulling van de evenredigheid: factoren die de evenredigheid inkleuren 184
5.3 De wetgever 187
5.4 Het bestuur 188
5.5 De rechter 190
5.6 De overtreder 193
5.7 Nadere vergelijking met het strafrecht: rechtvaardiging voor verschillen? 194
5.8 Naar een passende rolverdeling tussen de drie actoren in de trias en de overtreder bij de evenredigheidstoetsing van boetes: aanbevelingen 198
5.9 Besluit 200

# 1 Inleiding

## 1.1 Evenredige bestraffing

Evenredige beboeting in het bestuursrecht vormt het onderwerp van dit preadvies. In het strafrecht staat evenredige bestraffing reeds eeuwenlang in het brandpunt van de (maatschappelijke en juridische) belangstelling. De opvattingen over evenredige of proportionele bestraffingen zijn in de loop der tijden geëvolueerd. Wereldwijd is gelukkig thans *communis opinio* dat foltering en andere onmenselijke of vernederende bestraffing volstrekt buiten proportie en om die reden te allen tijde verboden zijn. Helaas geldt dat nog niet voor het opleggen van de doodstraf.

Ook reeds in Magna Carta werd een duidelijk verband gelegd tussen de ernst van een strafbaar feit en de op te leggen straf:

> 'A free man will not be amerced for a trivial offence except in accordance with the degree of the offence, and for a serious offence he will be amerced according to its gravity, saving his livelihood.'[1]

Volgens niet de minste strafrechtgeleerden wordt de straftoemetingsvraag als één van de lastigste door de strafrechter te beantwoorden vragen beschouwd. Aan de ene kant moet een rechtvaardige uitkomst worden gevonden in het individuele voorliggende geval rekening houdend met onder meer de persoonlijke omstandigheden van de dader. Aan de andere kant moet worden gekomen tot een consistente straftoemeting in vergelijkbare gevallen en daarmee rechtdoend aan de beginselen van gelijkheid en rechtszekerheid.[2] De rechterlijke straftoemeting kenmerkt zich sinds 1886 door een grote mate van vrijheid: geen minimumstraffen, wel maxima ten aanzien van de op te leggen straffen. Sinds 1983 kan de strafrechter op grond van artikel 9a Wetboek van Strafrecht (Sr) zelfs volstaan met een schuldigverklaring zonder oplegging van straf, indien hij dit raadzaam acht in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan.

---

1 Zie Engelse vertaling, zoals opgenomen in: N. Vincent, *Magna Carta. A very short introduction*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 115.

2 Zie M.S. Groenhuysen & T. Kooijmans, 'Bestraffing in Nederland', in: *Bestraffing in Nederland en België* (preadvies voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2013), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 1-100. Zie ook bijv. G.K. Schoep, *Straftoemetingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008.

De laatste jaren is deze rechterlijke vrijheid inzake straftoemeting onder wettelijk vuur komen te liggen door verschillende (initiatief)voorstellen tot introductie van wettelijke minimumstraffen, tot nu toe zonder succes.[3] Wel is er inmiddels de wettelijke beperking dat voor bepaalde zware misdrijven na recidive geen taakstraf meer kan worden opgelegd.[4] Hiermee komt de belangrijke rechtsstatelijke vraag boven naar de verhouding tussen de wetgever en de rechter bij de bepaling van straffen. In zijn advies bij het (regerings)voorstel tot de invoering van minimumstraffen was de Raad van State zeer kritisch:

> '(...), omdat bij het toemeten van de straf in het strafrechtelijk stelsel de weging van concrete feiten en omstandigheden (maatwerk) een wezenlijk element vormt en de mogelijkheid tot een dergelijke weging in het voorliggende voorstel dermate wordt beperkt dat het evenwicht tussen wetgever en rechter substantieel wordt verstoord.'[5]

De wet zou met andere woorden ruimte moeten laten voor rechterlijk maatwerk bij het opleggen van een passende straf waarmee recht wordt gedaan aan de individuele omstandigheden van het geval.[6] Groenhuijsen en Kooijmans betogen dan ook dat strafoplegging moet worden beoordeeld vanuit het gezichtspunt van de zogenoemde '*Einzelfallgerechtigkeit*'. Teneinde in een concreet geval te komen tot een goede, rechtvaardige straftoemetingsbeslissing moet volgens hen worden gekeken naar (1) de ernst van het gepleegde feit; (2) de persoon van de dader; en (3) de persoonlijke omstandigheden van de dader. De rechter moet volgens hen voor alle drie aspecten actief op zoek gaan naar bijzonderheden in de voorliggende zaak die een verantwoorde en goed gemotiveerde beslissing mogelijk maken.[7] De strafrechter beschikt hiertoe over een discretionaire bevoegdheid om maatwerk in het individuele geval te kunnen leveren. In de rijke strafrechtelijke literatuur over straftoemeting wordt de straftoemetingsvrijheid van de rechter als een groot goed gezien.[8] In deze literatuur lijkt overigens geen verschil te worden gemaakt tussen vrijheidsstraffen en geldboeten. Het wordt heel belangrijk geacht dat de strafrechter over een rijk arsenaal van sanctiemogelijkheden beschikt.

---

3 Wetsvoorstel minimumstraffen voor recidive bij zware misdrijven, *Kamerstukken II* 2012/13, 33151, nr. 10.

4 Wet van 17 november 2012, *Stb.* 2012, 1.

5 *Kamerstukken II* 2011/12, 33151, nr. 4.

6 Zie ook M.Tj. Bouwes, 'Het proportionaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid', *RegelMaat* 2013/3, p. 148-165 (themanummer wetgever en proportionaliteit).

7 Groenhuysen & Kooijmans 2013, p. 74.

8 Zie bijv. Groenhuysen & Kooijmans 2013; P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting: een wetenschappelijke proeve op het gebied van de rechtsgeleerdheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009; Schoep 2008; M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

## 1.2 Onderwerp, vraagstelling en afbakening van dit preadvies

Hiermee kunnen we de stap zetten naar het thema beboeting in het bestuursrecht waar zich dezelfde vragen voordoen over evenredige bestraffing, zoals die zich al lange tijd in het strafrecht voordoen. In het preadvies van Albers is geschetst welke opmars de bestuurlijke boete met name de afgelopen 25 jaar in Nederland heeft doorgemaakt. Haas laat bovendien in zijn preadvies zien dat de bestuurlijke boete in het belastingrecht een nog langere geschiedenis heeft. De bestuurlijke boete valt inmiddels niet meer weg te denken uit het Nederlandse punitieve landschap. De bevoegdheid tot oplegging van een bestuurlijke boete is opgenomen in vele bijzondere wetten[9] en de bestuurlijke boete heeft een algemene regeling gevonden in de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (verder: Awb). De regering heeft in de memorie van toelichting bij (het bestuurlijke boetedeel) gesteld dat voor wat betreft de bestuurlijke boete zo veel mogelijk moet worden aangesloten bij het strafrecht en dat onnodige verschillen tussen deze twee rechtsgebieden moeten worden voorkomen.[10]

Albers heeft in haar preadvies aandacht besteed aan de waarborgen (onder meer voortvloeiend uit artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (verder: EVRM)) die door de overheid moeten worden verzekerd bij de oplegging van bestraffende[11] bestuurlijke sancties (met de nadruk op de bestuurlijke boete). Zij concludeert terecht dat bij vergelijkbare bestraffende sancties, of zij nu via het bestuursrecht of via het strafrecht worden opgelegd, dezelfde waarborgen dienen te gelden. Deze conclusie nemen wij ook graag tot uitgangspunt voor ons preadvies, dat zich concentreert op de evenredigheid van de bestuurlijke boete. Wij beperken ons dus zo veel mogelijk tot de bestuurlijke boete, maar zullen waar nuttig een enkel uitstapje maken naar andere bestraffende bestuurlijke sancties, waarbij immers de eisen inzake de indringendheid van de rechterlijke toetsing ten aanzien van de evenredigheid evenzeer gelden.[12] De centrale vraag van ons preadvies is:

*Hoe wordt de evenredigheid van bestuurlijke boetes gewaarborgd en welke rol spelen wetgever, bestuur en rechter hierbij? Waar doen zich knelpunten voor en hoe kunnen we die oplossen? Daarbij zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan de (wettelijk of per beleidsregel) gefixeerde boete.*

---

9 Zie voor mooie overzichten O.J.D.M.L. Jansen, 'Bestuurlijk en justitieel bestraffen in Nederland', in: R.C. van Houten (red.), *Economisch strafrecht en bestuurlijke boete* (Themadag KESA 2010), Arnhem 2012 (blijkens zijn overzicht ligt het aantal bijzondere bestuurlijke boetewetten inmiddels rond de 100) en H.E. Bröring e.a., *Referentiekader geldboetes. Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en strafrecht* (WODC-rapport), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2012. Albers telt in haar preadvies inmiddels meer dan 100 bestuursrechtelijke wetten met een boeteregeling.

10 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 125.

11 Bestraffende sanctie is de terminologie die de Algemene wet bestuursrecht gebruikt (zie art. 5:40 Awb). Daarnaast zullen wij in ons preadvies als synoniem de ingeburgerde term punitieve sanctie gebruiken.

12 Zie in het bijzonder interessante uitspraken van de ABRvS van 23 oktober 2013 inzake alcoholslotprogramma's ten aanzien van vrachtwagenchauffeurs (*criminal charge*) en de toetsing van de evenredigheid van deze sanctie door de Afdeling, waarover later meer in dit preadvies.

Naast suggesties aan wetgever, bestuur en rechter, beogen wij ook enige wenken te geven aan de rechtszoekende die een punitieve sanctie wenst aan te vechten, in het bijzonder ook ten aanzien van de door hem aan te voeren bijzondere omstandigheden. Belangrijk is het om in dit verband op te merken dat evenredigheid ook betekent dat boetes hoog genoeg moeten zijn, mede ook gezien de preventieve en afschrikwekkende werking. Weliswaar ligt de focus in dit preadvies op factoren die aanleiding kunnen zijn tot matiging van boetes in het individuele geval. Dit neemt echter niet weg dat het in eerste instantie aan de wetgever is om op bepaalde overtredingen (maximum)boetes te stellen in die zin dat zij hoog genoeg zijn in verband met onder meer de ernst van de overtreding en de bescherming van benadeelden.[13]

## 1.3 Algemene opmerkingen over de begrippen evenredigheid en proportionaliteit

Vóór echt van start te kunnen gaan, moeten wij echter nog enige algemene opmerkingen over proportionaliteit en evenredigheid maken, teneinde ons onderwerp nader af te bakenen.

In de eerste plaats worden evenredigheid en proportionaliteit door elkaar gebruikt en de algemene opvatting is dan ook dat met het beginsel van proportionaliteit en evenredigheid hetzelfde wordt bedoeld.[14] Wel kan er afhankelijk van de context een bredere of engere betekenis aan worden gegeven (waarover zo meer). In de tweede plaats is men het erover eens dat proportionaliteit of evenredigheid een niet al te heldere norm is, een onbepaalde inhoud heeft. Anders dan andere beginselen (zoals gelijkheid of rechtszekerheid), vooronderstelt evenredigheid een nadere waardering of afweging van wat evenredig is. Groenewegen spreekt in dit verband van een evaluatieve term.[15] Verhey geeft hierbij terecht aan dat het niet alleen van belang is om te bepalen wat in een concreet geval evenredig is, maar evenzeer de vraag *wie* de afweging maakt wat in een bepaald geval evenredig is: de verhouding tussen wetgever, bestuur en rechter komt hier prominent in beeld.[16] Dergelijke afwegingen worden in eerste instantie gemaakt binnen de politieke en bestuurlijke arena. In de derde plaats worden bij het beginsel van proportionaliteit of evenredigheid doorgaans in de doctrine de volgende onderscheidingen gemaakt, zoals bijvoorbeeld in de Amsterdamse bundel *Proportionaliteit in het Publiekrecht*, waarin de vraag centraal staat of sprake is van een proportionele verhouding tussen de gevolgen van een overheidsmaatregel en de daarmee beoogde doelen. Deze vraag kan nader worden onderscheiden in drie deelaspecten:

1. Is de gekozen maatregel geëigend om het doel te bereiken? (geschiktheid)

---

13 Vgl. bijv. A. Klap, 'Boeteoplegging in het economische bestuursrecht: afschrikking versus evenredigheid?', *SEW* 2012, p. 322-335 over boetes in het mededingingsrecht.

14 Voor de rest van ons betoog zullen wij zo veel mogelijk de term evenredig(heid) aanhouden.

15 F.T. Groenewegen, 'In hoeverre schrijft het evenredigheidsbeginsel iets voor?', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 13-22.

16 L.F.M. Verhey, 'Proportionaliteit als toetsingsmaatstaf', *RegelMaat* 2013/3, p. 143 (redactioneel in themanummer over proportionaliteit en wetgever).

2. Is er geen minder ingrijpende maatregel voorhanden waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt? (subsidiariteit of noodzakelijkheid)
3. Staat de zwaarte van de ingreep in een redelijke verhouding tot het gewicht van het met de maatregel te dienen doel? (evenwichtigheid)

Op vele terreinen van het publiekrecht speelt het proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol.[17] Onder meer kan worden gedacht aan de toets die door de overheid moet worden verricht onder het EVRM om te bepalen of een maatregel die inbreuk maakt op een in het verdrag beschermd grondrecht kan worden gerechtvaardigd (het gaat hier in het bijzonder om de bekende vraag of een inbreuk op de in het eerste lid van de artikelen 8 tot en met 11 EVRM gegarandeerde rechten 'noodzakelijk is in een democratische samenleving', zoals vereist door het tweede lid van genoemde bepalingen). De proportionaliteits- of evenredigheidseis speelt verder in vele gedaanten in het EU-recht een belangrijke rol, onder meer om de constitutionele verhouding tussen de EU-instellingen en de lidstaten te bepalen (in verband met het beginsel van subsidiariteit) en daarnaast bij het bepalen van de EU-rechtelijke rechtmatigheid van de handelingen van lidstaten.[18] Later in dit preadvies zullen we zien dat het evenredigheidsbeginsel in het bijzonder ook een rol speelt bij de beoordeling van door de Europese Commissie opgelegde sancties.

Het derde hiervoor genoemde element wordt ook wel aangeduid als proportionaliteit in enge zin.[19] In het bijzonder speelt dit beginsel van evenredigheid in enge zin een rol bij het opleggen van sancties: de (hoogte van de) op te leggen straf moet in redelijke verhouding staan tot de ernst van de overtreding. Ook daarbij is de vraag wat in een concreet geval als evenredig moet worden beschouwd en geldt een eigen waarderingsruimte voor degene die dat oordeel moet vellen. Er bestaan geen vaste maatstaven buiten het gevoel 'dit kan echt niet', dat tot de conclusie leidt dat in het concrete voorliggende geval de opgelegde straf als een volstrekt onredelijke uitkomst wordt beschouwd, die appelleert aan het rechtvaardigheidsgevoel van de gemiddelde waarnemer. Klap concludeert dan ook in zijn bijdrage aan genoemde Amsterdamse bundel dat het evenredigheidsbeginsel in strikte zin bij punitieve sancties weinig concrete handvatten biedt en dat het vaak op casuïstische wijze wordt toegepast. Het oordeel in een concreet geval zegt volgens hem vaak meer over degene die dit oordeel velt dan over het evenredigheidsbeginsel zelf. Belangrijke factoren bij de afweging of een bestraffende sanctie evenredig is, zijn onder meer de verwijtbaarheid en de ernst van de overtreding, factoren die volgens Klap een waardeoordeel vergen aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.[20]

---

17 Zie nader bijv. R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 155-181.

18 Zie bijv. J.H. Jans, 'De rol van het evenredigheidsbeginsel bij minimumharmonisatie', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 110-123 met nadere verwijzingen.

19 Zie B.J. Schueler, 'Proportionaliteit en gelijkheid voor de publieke lasten', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 174 met nadere verwijzingen.

20 A.P. Klap, 'De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor de bestuursrechtelijke handhaving', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*,

## 1.4 Nader over het perspectief van de strafrechter en de bestuursrechter bij de toetsing van punitieve sancties

Zo beschouwd, valt er weinig eer te behalen aan een preadvies over de evenredigheid van de bestuurlijke boete. Toch doen wij graag een poging, zeker omdat het ons nuttig lijkt alle relevante factoren in beeld te brengen die van belang (kunnen) zijn voor het bepalen van de evenredigheid van een bestuurlijke boete. Essentieel daarbij is ook welke actor uit de trias (wetgever, bestuur of rechter) deze afweging moet maken, waarbij het onze vooronderstelling (mede gevoed door ervaringen uit het strafrecht zoals beschreven door Groenhuijsen en Kooijmans in hun genoemde preadvies) is dat er uiteindelijk een mogelijkheid voor de rechter moet zijn het in eerste instantie door wetgever en/of bestuur gemaakte evenredigheidsoordeel te corrigeren naar aanleiding van de individuele omstandigheden van het geval. In dat opzicht is er juist meer ruimte voor de rechter om deze afweging te maken bij de toetsing van de evenredigheid van (punitieve) sancties in vergelijking met zijn positie bij de toetsing van proportionaliteit van overheidshandelen in het algemeen.[21] In dat laatste geval zal er meer ruimte moeten worden gelaten aan de politieke en bestuurlijke afwegingen.

De evenredigheidseis bij bestuurlijke sancties is trouwens ouder dan gedacht en vindt haar oorsprong in het tuchtrecht voor ambtenaren. Artikel 58, derde lid, Ambtenarenwet 1929 bepaalde immers reeds dat beroep tegen een disciplinaire sanctie kon worden ingesteld 'ter zake dat er tussen de opgelegde straf en de gepleegde overtreding onevenredigheid bestaat.'[22] In een fraaie bijdrage uit 1981 stelt Duk geen enkele reden te zien waarom deze volle toetsing aan de eis van de evenredigheid (ter onderscheiding van een strikt marginale toetsing aan de algemene eis van evenwichtigheid bij afweging van belangen, zie nader hierover in par. 2.3.1) van deze tuchtrechtelijke sanctie uit het ambtenarenrecht niet zou moeten worden doorgetrokken naar andere punitieve sancties in het bestuursrecht. Volgens hem valt moeilijk in te zien, 'waarom "de administratie", optredend in de rol van wrekende gerechtigheid, aan de werking van die regels [fundamentele strafrechtelijke regels, *MLvE & CMS*] onttrokken zou kunnen zijn.'[23]

Hierbij moet worden opgemerkt dat de bestuursrechter en de strafrechter meestal[24] starten vanuit een ander perspectief. De bestuursrechter toetst immers iets dat er al is (bestuurlijke boetebesluit), de strafrechter stelt zelf de boete/straf vast.[25] Een belangrijke vraag hierbij is of de bestuursrechter zich hierbij meer gebonden voelt

---

Deventer: Kluwer 2005, p. 187-210, in het bijzonder p. 208-209.

21 Dit spreekt ook uit art. 8:72a Awb op grond waarvan de rechter bij vernietiging van een boetebesluit verplicht is zelf in de zaak te voorzien en een beslissing te nemen over het opleggen van de boete.

22 Zie nader hierover H. Troostwijk, 'De toetsing door de ambtenarenrechter van disciplinaire straffen', in: *Recht op scherp* (Duk-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 445-464.

23 W. Duk, 'Maatstaven voor beoordeling van sancties', *Ars Aequi* 1981, p. 231-238 (citaat op p. 235). Duk spreekt overigens over retributieve (leedtoevoegende) sancties ter onderscheiding van reparatoire sancties.

24 De OM-strafbeschikking wordt buiten beschouwing gelaten.

25 Zie reeds Duk 1981, p. 237. Het Openbaar Ministerie doet natuurlijk wel een voorzet voor de op te leggen straf.

aan eventuele beleidsregels dan de strafrechter aan richtlijnen van het Openbaar Ministerie en aan de eis van de officier van justitie in de concrete voorliggende strafzaak.[26] Mogelijk zijn veel bestuursrechters eerder bevreesd voor de consequenties als ze in een concreet geval uitzondering maken op het beleid (precedentwerking, ongelijkheid, rechtszekerheid). Maar bestaat er vanuit rechtsbeschermingsperspectief een rechtvaardiging voor dit eventuele verschil in attitude tussen de bestuursrechter en zijn strafrechtelijke collega?

## 1.5 Opbouw van dit preadvies

Hoogste tijd om nu echt van start te gaan. Dit preadvies is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 wordt het normatieve kader geschetst als het gaat om evenredigheid van punitieve sancties. Zowel het nationale als Europese (EVRM en EU) kader passeert de revue. Hoofdstuk 3 brengt kort in beeld welke discussies in de literatuur zijn gevoerd over de evenredigheid van bestuurlijke boetes en welke knelpunten over dit onderwerp in de juridische commentaren worden genoemd. Hoofdstuk 4 beoogt aan de hand van enkele casestudies een blik te geven op de praktijk van de rechterlijke beoordeling van evenredigheid van bestuurlijke boetes. Het vizier wordt gericht op drie hoogste bestuursrechters (de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna respectievelijk CRvB (of Centrale Raad), CBb (of het College) en ABRvS (of de Afdeling)), de praktijk op dit punt van belastingkamer van de Hoge Raad (en de gerechtshoven) komt aan de orde in het preadvies van Haas. In het bestek van dit preadvies is het ondoenlijk alle jurisprudentie op dit terrein volledig in kaart te brengen. Wij beogen wel aan de hand van een analyse van (een deel van) de jurisprudentie van de genoemde drie bestuursrechters enkele mogelijke knelpunten te inventariseren, waarbij wij ook aandacht zullen besteden aan mogelijke verschillen in benadering (ook in vergelijking met de genoemde praktijk van de belastingrechter). Bij het bestuderen van de jurisprudentie gaat het in zekere zin om het schieten op een bewegend doel. 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. In hoofdstuk 5, ten slotte, zal worden vastgesteld wat er op dit moment goed en niet goed gaat ten aanzien van (de beoordeling) van de evenredigheid van bestuurlijke boetes. Daar komen wij ook nader terug op de vergelijking met de strafrechter en in het bijzonder de vraag of er rechtvaardiging voor verschillen bestaat ten aanzien van de wijze van straftoemeting in het bestuursrecht en in het strafrecht. Ten aanzien van eventueel gesignaleerde knelpunten worden aanbevelingen gedaan, zowel aan de wetgever, het bestuur en de rechter maar ook aan de rechtszoekende.

---

26 Blijkens het preadvies van Haas acht de belastingrechter zich hierbij niet gebonden aan (boete-) beleidsregels (zie 4.2.5 van zijn preadvies).

# 2 Normatief kader: nationale en Europeesrechtelijke randvoorwaarden voor evenwichtige beboeting

## 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staan centraal de normen op nationaal en Europees niveau die van belang zijn voor evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht. Wat betreft het nationale kader worden onder meer de meest relevante bepalingen uit de Awb behandeld. Voor zover er in bijzondere wetgeving relevante bepalingen zijn, worden die in hoofdstuk 4 behandeld bij de analyse van de jurisprudentie ten aanzien van de bestuurlijke boetes op grond van die bijzondere wetgeving. Het mondiale kader wordt niet behandeld (met name artikelen 14 en 15 IVBPR), nu dat geen aanvullende eisen ten aanzien van de evenredigheid van boetes stelt, dan reeds gelden op grond van het Europese kader (met name artikel 6 EVRM en artikelen 47 t/m 49 van het EU-grondrechtenhandvest). Het normatieve kader wordt mede bezien vanuit het perspectief van de wetgever, het bestuur en de rechter.

## 2.2 Grondwet

Onze Grondwet geeft weinig tot geen houvast als we het hebben over evenredige bestraffing. Naast de ondergrens van artikel 114 Grondwet ('De doodstraf kan niet worden opgelegd'), besteedt de Grondwet geen uitdrukkelijke aandacht aan de evenredigheid van straffen. Wel is het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel in artikel 16 Grondwet verankerd. Daarnaast lijkt artikel 113, eerste lid, Grondwet ('Aan de rechterlijke macht is voorts opgedragen de berechting van strafbare feiten') een dam op te werpen tegen beboeting door het bestuur. De wetgever heeft echter aangenomen dat er geen grondwettelijke belemmeringen bestaan tegen boeteoplegging door het bestuur.[27] Op deze wel erg zuinige uitleg van deze grondwettelijke waarborg valt zeker een hoop af te dingen. Vanuit EVRM-perspectief bestaan overigens geen bezwaren tegen oplegging van boetes door het bestuur, mits daarna maar een rechtsgang openstaat die voldoet aan alle vereisten van artikel 6 EVRM.[28]

---

27 Zie o.m. *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 128.
28 Zie reeds EHRM 21 februari 1984, NJ 1988/937, m.nt. E.A. Alkema (*Öztürk t. Duitsland*), par. 56.

Ook het beginsel van proportionaliteit in bredere zin is niet in de Grondwet neergelegd. Dit zou vooral een rol kunnen spelen bij de vraag of een beperking op een grondrecht kan worden gerechtvaardigd. Dit naar het voorbeeld van de toetsing door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (verder: EHRM of Straatsburgse Hof) of de beperking van een in het eerste lid van de artikelen 8-11 EVRM beschermd grondrecht op grond van het tweede lid van deze bepalingen noodzakelijk is in een democratische samenleving. Ondanks een pleidooi van de Staatscommissie Grondwet om een algemene aanvullende beperkingsclausule aan de Grondwet toe te voegen met daarin het proportionaliteitsvereiste (naast een zogenoemde kernrechtbepaling), ziet het kabinet geen reden om de grondwettelijke beperkingssystematiek (waarbij formele competentiecriteria de boventoon blijven voeren) in die zin uit te breiden.[29]

## 2.3 Algemene wet bestuursrecht

### *2.3.1 Artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht en nader over marginale en volle toetsing*

Artikel 3:4, tweede lid, Awb bepaalt: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.' Met deze codificatie van het evenredigheidsbeginsel in 1994, ontstond er discussie over de vraag of de wetgever hiermee had beoogd de rechter een meer indringende toets te laten verrichten van de evenredigheid van overheidshandelen in vergelijking met de tot dan toe gebruikelijke willekeurtoets uit het klassieke *Doetinchemse woonvorderingsarrest* uit 1949.[30] Al snel maakte de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de *Maxis Praxis*-uitspraak in 1996 duidelijk dat de wetgever niet de bedoeling heeft gehad om met dit tot het bestuur gerichte voorschrift de rechterlijke (evenredigheids)toets te intensiveren in vergelijking met de onder de wet Arob bestaande praktijk van het verbod van willekeur ('in redelijkheid niet hebben kunnen komen tot'), zoals geïntroduceerd door de Hoge Raad in 1949. De Afdeling overweegt in dit verband:

> 'Uit de memorie van antwoord blijkt ook dat met de formulering van art. 3:4, tweede lid, Awb, met toepassing van een dubbele ontkenning ("niet onevenredig"), is beoogd de rechter te nopen tot terughoudendheid bij de toetsing van de belangenafweging door het bestuur.'[31]

---

29 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 55-56. Zie eerder ook het pleidooi van H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.M.B. Kummeling, *Grensverleggend staatsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Kluwer: Deventer 2001, p. 233-250.

30 HR 25 februari 1949, NJ 1949/558.

31 ABRvS 9 mei 1996, *AB* 1997/93, *JB* 1996/158, m.nt. F.A.M. Stroink en zie in het bijzonder de lezenswaardige annotatie van B.W.N. de Waard, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB Klassiek*, Kluwer: Deventer 2009, p. 417-426.

In een uitspraak van een maand later bevestigt de Afdeling deze terughoudende lijn maar geeft aan dat een uitzondering hierop moet worden gemaakt bij de toetsing van bestuurlijke punitieve sancties, zo bepaalt de Afdeling:

> 'Die regel treedt evenwel terug indien, zoals in het nu voorliggende geschil, sprake is van het beoordelen van de oplegging van een sanctie waarbij het bevorderen van de naleving van rechtsnormen door middel van toevoeging van extra leed, ter afschrikking voorop staat. Dan dient de bestuursrechter een uitzondering te maken op de zojuist beschreven terughoudendheid bij de toetsing van de door het bestuursorgaan verrichte afweging van belangen, en artikel 3:4 Algemene wet bestuursrecht aldus toe te passen dat hij beoordeelt of evenredigheid bestaat tussen de ernst van de verweten overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie.'[32]

Het is hier niet de plaats uitvoerig stil te staan bij de kwestie van marginale toetsing in het bestuursrecht, maar ter voorkoming van spraakverwarring voor de rest van ons betoog is het toch zaak om hier iets over te zeggen. De rechter toetst de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur op terughoudende wijze. Hij verricht niet zelf de belangenafweging waarvoor het bestuursorgaan zich gesteld zag, maar vraagt zich alleen af of de uitkomst waartoe het bestuur na afweging van belangen kwam binnen de marge van het aanvaardbare is gebleven (marginale of afstandelijke toetsing). Binnen deze grenzen kunnen meerdere uitkomsten tot een rechtens aanvaardbaar resultaat leiden. Bij de toetsing van de evenredigheid van bestraffende bestuurlijke sancties verricht de rechter echter zelf deze afweging.[33] Hij gaat dus zelf na wat de evenredige uitkomst is; in de woorden van Duk uit 1981 gaat hij zelf de belangen nawegen. Dit laatste wordt vaak een volle, indringende of intensieve toets op evenredigheid van de sanctie genoemd. Preciezer zou zijn om te spreken van een volle toetsing van de onderliggende belangenafweging, waar de rechter bij niet punitieve bestuursbesluiten deze belangenafweging zoals gezegd afstandelijk toetst. De rechter toetst immers alle bestuursbesluiten (of zij nu punitief zijn of niet) op 'normale wijze' aan de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder dus ook het evenredigheidsbeginsel.[34]

Voor ons thema is van belang dat de evenredigheid van de belangenafweging bij de oplegging bestuurlijke boetes dus – om enige synoniemen te gebruiken – vol, indringend of intensief wordt getoetst.[35] Dit betekent dat de rechter zelf de evenredigheid beoordeelt van de verhouding tussen de ernst van de overtreding en de

---

32 ABRvS 4 juni 1996, *JB* 1996/172, m.nt. E.C.H.J. van der Linden (*Huisman APK*).

33 Zie nader de genoemde AB Klassiek-noot van De Waard met nadere verwijzingen. Zie eerder ook bijv. B.W.N. de Waard, 'Marginale toetsing en evenredigheid', in: *Getuigend Staatsrecht, Liber amicorum A.K. Koekkoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 363-377.

34 Vgl. De Waard 2005, p. 364-365, die aangeeft dat de toetsing aan andere beginselen van behoorlijk bestuur dan de willekeurformule niet op marginale maar op integrale wijze ('zwart/wit') plaatsvindt.

35 Zie nader onder meer C.L.G.F.H. Albers, 'Toetsingsintensiteit bij bestuursrechtelijke sancties', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd. Liber amicorum prof. mr. F.A.M. Stroink*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 141-152 en H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Reed Business 2011, p. 326-327.

hoogte van de opgelegde boete. In veel commentaren wordt dan dus kortheidshalve gesproken van een volle (of indringende, intensieve dan wel integrale) toetsing (op evenredigheid) van de bestuurlijke boete. De regering gaat hier ook van uit in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vierde tranche, blijkens het volgende citaat:

> 'Daarbij is van belang, dat artikel 3:4, tweede lid, bij bestraffende sancties een iets andere inhoud heeft dan bij andere besluiten. In het algemeen vergt artikel 3:4, tweede lid, van de rechter een terughoudende toetsing: de rechter mag niet geheel zelfstandig beoordelen of de gevolgen van een besluit wel evenredig zijn aan de daarmee te dienen doelen, maar slechts of het bestuursorgaan in redelijkheid kon komen tot het oordeel dat deze gevolgen niet onevenredig waren (ABRS 9 mei 1996, JB 1996, 158 (Maxis-Praxis)). Bij besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een andere bestraffende sanctie ligt dit anders. Dergelijke besluiten dient de rechter niet marginaal, maar volledig aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen (...). Dit wil zeggen dat de rechter zijn eigen oordeel over de hoogte van de boete in de plaats mag stellen van het oordeel van het bestuursorgaan.'[36]

In de rechtspraak zijn in dit verband ook uiteenlopende overwegingen te vinden. In een uitspraak van 27 januari 2010 over een boete op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (verder: Wav) overweegt de Afdeling bijvoorbeeld:

> 'Artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dat op het opleggen van een boete als waarom het hier gaat van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid dient te toetsen of de door de minister in het concrete geval opgelegde boete in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.'[37]

De Centrale Raad van Beroep verwoordt het in een standaarduitspraak van 27 mei 2010 aldus:

> 'Indien is voldaan aan de in artikel 14a van de Tw gestelde voorwaarden voor het opleggen van een boete, dan moet het Uwv – zoals thans ook is vastgelegd in artikel 5:46, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) – bij de aanwending van deze bevoegdheid het bepalen van de hoogte van de boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet zo nodig rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Het Uwv kan omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid beleid vaststellen en toepassen inzake het al dan niet opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte daarvan. Ook indien het beleid als zodanig door de rechter niet onredelijk is bevonden, dient het Uwv bij de toepassing daarvan in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten

36 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 141.
37 ABRvS 27 januari 2010, *AB* 2010/48, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient het Uwv de boete in aanvulling of in afwijking van het beleid vast te stellen of een bedrag dat passend en geboden is. De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het Uwv met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen, en dus leidt tot een evenredige sanctie.'[38]

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven overweegt in zijn uitspraak van 29 april 2004 over een boete op grond van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 als volgt:

> 'De onderhavige bestuurlijke boete is aan te merken als punitieve sanctie. Art. 6 EVRM brengt mee, dat de rechter dient te toetsen of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. De omstandigheid dat art. 48d, eerste en tweede lid van de Wet voorschrijven dat het bedrag van de boete wordt bepaald door de bijlage bij de wet, kan hieraan niet afdoen. Overigens (...) is het college van oordeel dat de wetstekst – ook voor de toezichthouder zelf – niet uitsluit dat evenbedoelde evenredigheidstoets wordt voltrokken binnen het door het vierde lid van art. 48d gegeven wettelijk kader. Weliswaar getuigt de toelichting op deze bepaling van een beperkte opvatting van de wetgever, waar zij toepassing van dit artikellid slechts geraden acht "bij uitzondering in een buitengewoon individueel geval" en waar zij de bewijslast van de uitzonderlijkheid geheel bij de overtreder legt, de redactie van de bepaling zelf staat er niet aan in de weg de evenredigheid volledig te toetsen. Dit betekent dat het bestuursorgaan steeds gehouden is van de hem in art. 48d, vierde lid gegeven bevoegdheid gebruik te maken, zodra sprake is van onevenredigheid tussen de hoogte van de boete enerzijds en de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding anderzijds.'[39]

Uit deze citaten en uit de diverse commentaren blijkt dat de 'volle' toetsing van de evenredigheid van boetebesluiten op verschillende manieren wordt verwoord. Strikt genomen gaat het dus echter om een volle toetsing van de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging. De rechter weegt zelf de belangen en beoordeelt of de uitkomst evenredig is. Voor de rest van ons betoog zullen ook wij gemakshalve spreken van volle toetsing (op evenredigheid) van het boetebesluit. Schlössels en Zijlstra hebben daarnaast een punt waar zij stellen dat het juister is om te spreken van een intensieve toetsing van de hoogte van de bestuurlijke boete aan het evenredigheidsbeginsel in plaats van een volle toetsing van het bestuurlijke boetebesluit zelf. Zeker wanneer het boetebeleid ruimte geeft een bestuurlijke boete al dan niet op te leggen (opportuniteit) zal de rechter volgens hen in beginsel meer afstandelijk toetsen, maar tegelijkertijd zal de rechter de opgelegde boete *in concreto* altijd vol moeten toetsen.[40]

In ieder geval dient ook een indringende toetsing plaats te vinden van de feiten die de boete constitueren en de vraag of de overtreder een verwijt kan worden gemaakt. Bij het volledig ontbreken van verwijtbaarheid dient geen boete te worden opgelegd,

---

38 CRvB 27 mei 2010, *AB* 2010/229, m.nt. R. Stijnen; *JB* 2010/186, m.nt. C.L.G.F.H. Albers.
39 CBb 29 april 2004, *AB* 2004/317, m.nt. I.C. van der Vlies.
40 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 415.

aldus artikel 5:41 Awb. Deze bepaling legt het beginsel 'geen straf zonder schuld' vast.[41] De verwijtbaarheid kan ook dermate gering zijn dat, om in de bijzondere omstandigheden van het geval tot een evenredige uitkomst te komen, de boete op nihil moet worden gesteld. Dit lijkt dan op de schuldigverklaring zonder oplegging van straf die de strafrechter kan uitspreken op grond van artikel 9a Sr. Per saldo komt dit neer op een indringende toetsing van het besluit al dan niet een boete op te leggen.

### 2.3.2 *Artikel 5:46 Algemene wet bestuursrecht: bepaling van de hoogte van de boete*

In de Vierde tranche heeft de Awb-wetgever de (procedurele waarborgen rond de oplegging van de) bestuurlijke boete nader uitgewerkt. De bevoegdheid tot oplegging van een bestuurlijke boete moet door de wetgever in een bijzondere wet zijn toegekend (artikel 5:4 Awb). Deze wet bepaalt dan tevens welke bestuurlijke boete voor een bepaalde overtreding ten hoogste kan worden opgelegd (artikel 5:46, eerste lid, Awb). Vervolgens onderscheidt de wetgever twee stelsels, namelijk die waarin het bestuursorgaan vrij is om de boetehoogte vast te stellen tot het wettelijk maximum (variabele boetehoogte) en die waarin het boetebedrag bij wettelijk voorschrift is vastgesteld (gefixeerde boetehoogte). Het 'variabele' stelsel is neergelegd in het tweede lid van artikel 5:46: 'Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.' In dit vrije systeem dient het bestuursorgaan de hoogte van de boete in het concrete geval af te stemmen op de uitdrukkelijk in de wet genoemde omstandigheden (de ernst van de overtreding, de verwijtbaarheid aan de kant van de overtreder en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd). Niet expliciet hierbij wordt genoemd de persoon van de overtreder, maar uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat hier in voorkomende gevallen ook rekening mee moet worden gehouden. De regering noemt in dit verband namelijk met zoveel woorden de draagkracht van de overtreder, maar voegt daar wel aan toe dat dit niet betekent dat het bestuursorgaan steeds een onderzoek naar deze draagkracht moet instellen.[42] Daarnaast noemt zij de leeftijd van de overtreder die in de bijzondere omstandigheden van het geval op grond van het evenredigheidsbeginsel zou moeten leiden tot de oplegging van een lagere boete.[43] In dit vrije stelsel wordt de afstemming van de boetehoogte op de genoemde omstandigheden zeer vaak nader in beleidsregels vormgegeven. Daarbij kan de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb een belangrijke rol spelen. Daaruit volgt dat het boeteopleggende bestuursorgaan toepassing van een

---

41 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 162.

42 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 141-142. De regering verwijst hier naar art. 24 Sr op grond waarvan bij de bepaling van de strafmaat zo nodig ook rekening moet worden gehouden met de draagkracht van de dader. Volgens de regering ligt het wel voor de hand dat draagkracht op het terrein van de sociale zekerheid vaker een rol zal spelen dan op veel andere gebieden.

43 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 125.

beleidsregel achterwege moet laten, als dit voor de belanghebbende gevolgen heeft die wegens bijzondere omstandigheden onevenredige gevolgen zou hebben in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

Het derde lid van artikel 5:46 Awb gaat over de bij wettelijk voorschrift gefixeerde boete: 'Indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, legt het bestuursorgaan niettemin een lagere boete op indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is.' In dit systeem dient de rechter dus zo nodig van zijn matigingsbevoegdheid gebruik te maken (via de hier opgenomen antihardheidsclausule) teneinde te komen tot een evenredige boeteoplegging in het individuele voorliggende geval. Als voorbeeld van een dergelijke bijzondere omstandigheid noemt de regering nog in de nota naar aanleiding van het verslag de mate van invloed op de overtreding: 'Zo kan er sprake zijn van een wanverhouding tussen enerzijds de opgelegde boete en anderzijds de ernst van het feit en de omstandigheden die hebben geleid tot het beboetbare feit, maar buiten de directe invloedssfeer van de belanghebbende liggen.'[44]

De wijze waarop de vaste boetetarieven bij wettelijk voorschrift worden uitgewerkt vertoont een grote variatie.[45] Zo zijn er wetten waarbij de boetetarieven in een bijlage worden geregeld, welke tarieven bij algemene maatregel van bestuur (verder: amvb) kunnen worden gewijzigd (bijvoorbeeld de Tabakswet). Daarnaast zijn er wetten met daarin de grondslag om de tarieven bij amvb[46] of een ander algemeen verbindend voorschrift vast te stellen.

Jansen wijst er terecht op dat het gekozen systeem ('vrij' of 'gefixeerd') de techniek van toetsing door de rechter bepaalt, waarbij er spanning bestaat tussen de omstandigheden die de wetgever of beleidsregelgever *in abstracto* in de algemene regeling vangt en de omstandigheden die de rechter *in concreto* tot matiging van de boete leiden.[47] Tegelijkertijd wijst Stijnen erop dat de verschillen tussen de beide systemen in de praktijk soms niet zo groot zijn, waar aan de ene kant de antihardheidsclausule ruim kan worden uitgelegd, terwijl aan de andere kant 'vrije' boetetarieven in beleidsregels behoorlijk 'dichtgetimmerd' kunnen blijken.[48]

Hoe dit ook zij, de wettelijke verankering van beide genoemde stelsels brengt nog eens uitdrukkelijk onder de aandacht de rol van de verschillende actoren in de trias, namelijk de wetgever, het bestuur en de rechter bij de beoordeling van de evenredigheid van de op te leggen boete en de rolverdeling die tussen deze spelers kan ontstaan. In het bijzonder is er discussie ontstaan over de geoorloofdheid (in het bijzonder de EVRM-conformiteit) van het systeem van wettelijk gefixeerde[49] boetes. Hierop is wel de kritiek geleverd dat het vastleggen van de boetehoogte door

---

44 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 7, p. 53.
45 Zie nader Jansen 2012, aan wie wij de variaties ontlenen.
46 Zie bijv. op het terrein van de financiële sector en de sociale zekerheid, zie nader hoofdstuk 4.
47 Jansen 2012, par. 3.4.
48 R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en het bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 679.
49 In dit preadvies gebruiken we de termen gefixeerde en vastgestelde als synoniemen.

de wetgever in strijd zou komen met het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op 'full jurisdiction', op grond waarvan de rechter een ingrijpende maatregel vol op evenredigheid moet kunnen toetsen (zie nader hierna par. 2.4.2 over artikel 6 EVRM en hoofdstuk 3 voor de discussie in de literatuur).

De regering is in de memorie van toelichting bij de Vierde tranche van oordeel dat de wetgever ook zelf de afweging kan maken welke boete voor een bepaalde overtreding als evenredig moet worden beschouwd. In het geval van wettelijk gefixeerde boetes dient de rechter in beginsel uit te gaan van de afweging door de wetgever. Artikel 6 EVRM verzet zich niet tegen een systeem van wettelijk gefixeerde boetes en dwingt niet tot een ambtshalve toets op evenredigheid door de rechter. De klager zal hier dus expliciet een beroep op moeten doen. Het bestuur zal eveneens in beginsel uit moeten gaan van deze afweging door de wetgever, tenzij er sterke aanwijzingen zijn (doorgaans door een beroep van de overtreder op bijzondere omstandigheden, zoals een geringe draagkracht) dat de hoogte van de boete *in casu* onevenredig hoog is. In dat geval komt de genoemde antihardheidsclausule (artikel 5:46, derde lid, Awb) in beeld op grond waarvan het bestuursorgaan wegens bijzondere omstandigheden een lagere boete kan opleggen dan de wet voorschrijft.[50] De regering wijkt daarmee af van het oordeel van de Raad van State als wetgevingsadviseur, die heeft gesteld dat een indringende en zelfs ambtshalve rechterlijke toetsing op evenredigheid van de hoogte van de bestuurlijke boete ook dient plaats te vinden bij wettelijk vastgestelde boeten.[51] Hierna komen wij, als gezegd, terug op de kritiek op deze benadering van de regering, waarbij wij nu al aangeven dat deze benadering in beginsel artikel 6 EVRM-*proof* is.[52] Voor het definitieve oordeel over de EVRM-conformiteit is uiteindelijk beslissend of in het concrete voorliggende geval een evenredige boete is opgelegd, onafhankelijk van de vraag wie van de genoemde actoren (wetgever, bestuur of rechter) of in welk samenstel daarvan de evenredigheid vaststelt. Enigerlei rechterlijke correctiemogelijkheid om te komen tot een op maat gesneden boetebesluit is daarbij wel onontbeerlijk. Dit los van alle pogingen door de wetgever of de beleidsregelgever om boetes te fixeren, dan wel zo precies mogelijk aan te geven welke elementen een rol dienen te spelen bij vaststelling van de boetehoogte in een concreet geval. Wat uiteindelijk telt, is een evenredige beboeting in het concrete geval. Daarover lijkt een grote mate van eenstemmigheid te bestaan. De meningen verschillen soms over de wijze waarop deze uitkomst kan worden bereikt.[53] Het gaat uiteindelijk om het evenredige resultaat in de individuele voorliggende zaak, of dit nu wordt bereikt door een juiste toepassing van het

---

50 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 141-143.

51 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 4, p. 20.

52 Zie eerder P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties* (preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 147-151 en daarvoor T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse bestuursrecht* (preadvies VAR 2004), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 61-64 en 90.

53 Zie bijv. H.E. Bröring & H.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 449-467 en in diezelfde bundel B.W.N. de Waard, 'De matigende rechter. Evenredigheid en bestuurlijke boeten', p. 469-486.

afstemmingsgebod uit artikel 5:46, tweede lid, Awb (eventueel over de boeg van de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb) of (een ruime) toepassing van de hardheidsclausule van artikel 5:46, derde lid, Awb, om slechts enkele varianten te noemen.[54]

### *2.3.3 Afwijkingsbevoegdheid van het bestuur van bij wet of beleidsregel gefixeerde boete*

In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag wanneer een bestuursorgaan dient af te wijken van een wettelijk of bij beleidsregel gefixeerde boete. Hoeft het bestuursorgaan enkel een andere boete op te leggen indien er zich (zeer) uitzonderlijke omstandigheden voordoen?

Vertrekpunt bij de bepaling van de boetehoogte is hetgeen de wet of de beleidsregel bepaalt ten aanzien van de hoogte van de boete en de (verhogende of verlagende) factoren die daarop van invloed zijn. Daarbij geldt dat het bestuur in beginsel gebonden is aan het gefixeerde stelsel en uit dient te gaan van de gemaakte afwegingen.[55] Artikel 4:84 Awb maakt duidelijk dat het bestuur gebonden is aan een beleidsregel: het bestuursorgaan handelt overeenkomstig het beleid, tenzij dat voor een belanghebbende gevolgen heeft die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Voor wettelijk gefixeerde boetes heeft de regering de gebondenheid van het bestuur aan het wettelijk voorschrift duidelijk gemaakt in de toelichting bij artikel 5:46, derde lid, Awb.[56] Indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, legt het bestuursorgaan niettemin een lagere boete op indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is.

De afwijkingsbevoegdheid bij wettelijk en bij beleidsregel gefixeerde boetes houdt dan ook hetzelfde in. Bij de concrete toepassing zal er gewoonlijk een verschil zijn, omdat het wettelijk gefixeerde stelsel normaal gesproken abstracter zal zijn dan de evenredigheidstoets vervat in een beleidsregel. Overigens zijn in wettelijke stelsels en beleidsregels onderling ook aanzienlijke verschillen te ontdekken.[57] Voor zowel bij wet als bij beleidsregel gefixeerde boetestelsels geldt dat er ruimte is om af te wijken van de wet of de beleidsregel. De grondslag voor de afwijkingsbevoegdheid bij wettelijke boetestelsels is artikel 5:46, derde lid, Awb. Het gaat daarbij om bijzondere omstandigheden. Voor bij beleidsregel gefixeerde boetes gelden de uitgangspunten van de artikelen 5:46, tweede lid, Awb en 4:84 Awb. Artikel 5:46, tweede lid, Awb spreekt niet over bijzondere omstandigheden, maar artikel 4:84 Awb wel. De mate van ruimte die overblijft om af te wijken van het beleid of de wet, zal primair afhangen van de reeds in het desbetreffende stelsel gemaakte afwegingen. Zijn in een boetezaak factoren aan de orde die al in de wet of beleidsregel zijn voorzien, dan

---

54 Zie voor een uitgebreid overzicht Stijnen 2011, p. 753-754.

55 H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete* (studiepockets staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2005, p. 207.

56 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 142-143. Vgl. I. de Raat & R. Widdershoven, 'De bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht', *NJCM Bulletin* 2000, p. 786.

57 Vgl. Stijnen 2011, p. 680-681; Jansen 2012, p. 44-45; Klap 2012, p. 322-335.

zal er weinig ruimte zijn om juist vanwege deze omstandigheden af te wijken. Uitgesloten is dit echter niet, nu het ook mogelijk is dat onvoldoende met deze factoren rekening is gehouden. In dergelijke gevallen kan afgeweken worden indien sprake is van individuele omstandigheden met een bijzonder karakter. Gaat het om feiten en omstandigheden die niet (of niet uitdrukkelijk) in het gefixeerde systeem zijn verdisconteerd, dan kunnen die omstandigheden vanzelfsprekend wel als bijzondere omstandigheden leiden tot afwijking van de wet of de beleidsregel en daarmee tot een ander boetebedrag dan waarvan het stelsel uitgaat. Het kan dan gaan om factoren als opzet, benadeling van derden, het al dan niet behaalde voordeel, de grootte van de onderneming enzovoort. Daarbij kan ook het doel van het overtreden voorschrift worden betrokken. Wel is het dan van belang dat een bestuursorgaan goed motiveert waarom in een geval wordt afgeweken mede met het oog op mogelijke precedentwerking. Bovendien kan de afwijking aanleiding zijn om de beleidsregel aan te passen.

### 2.3.4 *Correctiemogelijkheid door de rechter*

Uitgangspunt in de Awb is dat de bestuursrechter de verplichting heeft om zelf de hoogte van de boete vast te stellen als hij de boete vernietigt (artikel 8:72a Awb).[58]

In geval van wettelijk gefixeerde boetes dient de rechter in de eerste plaats na te gaan in hoeverre het wettelijk gefixeerde boetestelsel op zichzelf in overeenstemming is met de (evenredigheids)eisen van artikel 6 EVRM. Mocht de rechter tot de conclusie komen dat de wettelijke regeling *in abstracto* in strijd komt met het EVRM, dan dient hij de wettelijke regeling op grond van artikel 94 EVRM buiten toepassing te laten. In de praktijk lijken rechters echter geen gebruik te maken van deze vergaande bevoegdheid (laat staan van de nog verdergaande mogelijkheid van het onverbindend verklaren van de betrokken wettelijke regeling). Rechters lijken een voorkeur te hebben voor een ruim gebruik van de antihardheidsclausule uit artikel 5:46, derde lid, Awb om zo tot een verdragsconform resultaat te komen.[59]

Bij de beoordeling van een op een beleidsregel gebaseerd besluit volgt de rechter doorgaans een driestappentoets: toetsing van de beleidsregel zelf, daarna van de toepassing van de beleidsregel in het concrete geval en in de derde plaats van het gebruik van de inherente afwijkingsbevoegdheid. Bröring en Naves wijzen erop dat in geval van de bij beleidsregel gefixeerde boete de bestuursrechter doorgaans een afwijkende benadering kiest door via een marginale toetsing van de beleidsregels over de hoogte van de boete als het ware 'met een boogje om de beleidsregels' heen te lopen. Op deze manier stoot de bestuursrechter direct door naar de bijzondere omstandigheden van het geval (stap 3) en volgt hij volgens hen de aanpak van zijn strafrechtelijke collega.[60] De rechter zal dan beoordelen of het bestuursorgaan (via het genoemde afstemmingsgebod van artikel 5:46, tweede lid, Awb al dan niet in combinatie met de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb)

---

58 Zie ook het preadvies van Albers.

59 Vgl. J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

60 Bröring & Naves 2010, p. 461-462.

voldoende rekening heeft gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval. In het bijzonder zal hierbij worden gekeken naar factoren die (nog) niet (voldoende) verdisconteerd zijn in het gefixeerd stelsel. Uiteindelijk dient de rechter te bezien of de boete in het licht van alle feiten en omstandigheden passend is.[61]

### 2.3.5 *Derde-belanghebbenden en bestuurlijke boetes*

Een interessant aspect van evenredige boeteoplegging is de kwestie of de boete niet te laag is in verband met de positie van derde-belanghebbenden. Derden kunnen immers een belang hebben bij de oplegging van een bestuurlijke boete. De regering noemt in de memorie van toelichting enige voorbeelden van wanneer dit aan de orde kan zijn.[62] Een belangrijk voorbeeld hierbij is het rechtstreekse belang dat een directe concurrent kan hebben bij de oplegging van een bestuurlijke boete aan een naaste concurrent die de mededingingsregels heeft overtreden.[63] Wenselijk lijkt ons ook dat deze belanghebbende kan opkomen tegen een boete die in zijn ogen te laag is. Daarvan zijn ons echter nog geen voorbeelden bekend.

Zoals bekend, geldt ten aanzien van het eigen beroep het verbod van *reformatio in peius* (zie artikel 8:69 Awb). De Vierdetranchewetgever heeft uitdrukkelijk bevestigd dat het niet passend is dat de overtreder door zijn beroep bij de rechter met een hogere boete wordt geconfronteerd.[64] In zoverre is er dus verschil met het strafrecht, waar de strafrechter een hogere straf (boete) kan opleggen dan geëist door het Openbaar Ministerie. Wel bestaan er in bijzondere boetewetten uitzonderingen op dit verbod van *reformatio in peius*, zodat de rechter in (hoger) beroep de boete kan verhogen. Een voorbeeld biedt artikel 19d, vierde lid, Wav, waarbij de wetgever in de memorie van toelichting heeft aangegeven dat de rechter deze ruimte moet hebben, als hij meent daar (goede) gronden voor te hebben. De wetgever wijst erop dat het bij voorbaat uitsluiten van deze mogelijkheid ertoe zou kunnen leiden dat vrijwel elke opgelegde boete aan de bestuursrechter wordt voorgelegd.[65] In de praktijk wordt deze bevoegdheid vooralsnog zelden gebruikt,[66] maar het valt moeilijk te zeggen in hoeverre het overtreders weerhoudt van een gang naar de rechter.

---

61 F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 103.

62 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 128-130.

63 Zie bijv. CBb 28 mei 2004, *AB* 2004/449, m.nt. G.J.M. Cartigny; vgl. ook ABRvS 18 februari 2004, *AB* 2004/113, m.nt. G.J.M. Cartigny (*Commissariaat voor de Media, Radio 538*), beide vermeld in genoemde memorie van toelichting.

64 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 141.

65 *Kamerstukken II* 2003/04, 29523, nr. 3, p. 17-18. De regering overweegt: 'De procesgang naar de rechter zou zo kunnen uitlokken tot niet bedoeld gebruik van het recht op vrije toegang tot de rechter' en geeft hierbij aan dat dit standpunt aansluit bij een advies van de Hoge Raad van 14 januari 1987 inzake fiscale boete (zie *Kamerstukken II* 1986/87, 19700, nr. 56).

66 Zie Stijnen 2011, p. 685-686, die ook nog het voorbeeld van art. 14f Toeslagenwet noemt.

## 2.4 EVRM

### 2.4.1 *Introductie*

Het beginsel van een evenredige verhouding tussen de zwaarte van de straf en het strafbare feit is niet als zelfstandige norm in het EVRM opgenomen. Wel verbiedt artikel 3 EVRM uitdrukkelijk de oplegging van een onmenselijke of vernederende bestraffing. In dat opzicht stelt het EVRM wel een ondergrens aan de mogelijk op te leggen straffen, zij het dat het Hof de lat hiervoor vrij hoog legt. Er moet dus wel echt iets heel ernstigs aan de hand zijn, zoals de toepassing van lijfstraffen of een anderszins vernederende behandeling.[67] Zo was de tuchtrechtelijke sanctie van de schorsing om als arts op te treden volgens het Hof niet te beschouwen als een onmenselijke of vernederende straf.[68] Het ligt evenmin voor de hand dat een onevenredig hoge boete onder de reikwijdte van artikel 3 valt. Ten slotte kan nog worden genoemd het in het Zesde Protocol opgenomen absolute verbod op de doodstraf. Met inachtneming van deze ondergrenzen verbiedt het EVRM niet het (door de wetgever) stellen van minimumstraffen.

In algemenere zin komen we het beginsel van proportionaliteit tegen bij de bekende toetsing onder het tweede lid van de artikelen 8 tot en met 11 EVRM. De centrale vraag is of de inbreuk op het in het eerste lid van deze bepalingen gegarandeerde mensenrecht (naast de vraag of deze inbreuk bij 'wet' is voorzien en een gerechtvaardigd doel dient) 'noodzakelijk is in een democratische samenleving'. Het Straatsburgse Hof beoordeelt in dit verband of een 'dringende maatschappelijke behoefte' bestaat voor de inmenging en of er een redelijke verhouding ('fair balance') bestaat tussen de zwaarte van de inmenging en het gewicht van het belang dat ermee wordt gediend.[69] Op deze plaats voert het te ver alle *ins* en *outs* van deze proportionaliteitstoets, die het overigens ook bij andere verdragsrechten verricht (zoals het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol), te belichten.[70]

Wat voor ons onderwerp in het bijzonder interessant is, is de proportionaliteitstoets in vrijheid van meningsuitingszaken onder artikel 10 EVRM. Het gaat dan om gevallen waarin betrokkene een straf krijgt opgelegd wegens het doen van bepaalde – beledigende – uitlatingen. Bij de proportionaliteitstoets onder het tweede lid van artikel 10 moet het Hof beoordelen of de zwaarte van de opgelegde straf (of hoogte van de opgelegde schadevergoeding) in evenredige verhouding staat tot het nagestreefde doel (ervan uitgaande dus dat het Hof het opleggen van de straf of schadevergoeding op zichzelf gerechtvaardigd acht).[71] Voor het Hof speelt in dit

---

67 Zie nader J. VandeLanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM*, Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar Volume 1, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2004, p. 135-152 en p. 210-215.

68 Zie het hierna onder art. 6 EVRM nader te behandelen arrest EHRM 10 februari 1983, Series A-58 (*Albert en Le Compte t. België*), par. 22.

69 Zie voor het eerst EHRM 26 april 1979, NJ 1980/146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

70 Zie nader bijv. J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 140-165.

71 Zie nader bijv. VandeLanotte & Haeck 2004 (Vol. 1), p. 1024-1050 met vele verwijzingen naar jurisprudentie.

verband ook een rol het mogelijke 'chilling effect' van te vergaande inbreuken op de vrijheid van meningsuiting.

Over wat in dit verband als evenredige bestraffing kan worden gezien, lijken uit de Straatsburgse jurisprudentie geen algehele conclusies te kunnen worden getrokken maar zijn de concrete omstandigheden van de voorliggende zaak doorslaggevend.[72] Zo vond het Hof in een Poolse zaak de bestraffing met acht maanden gevangenisstraf vanwege het versturen van een beledigende brief aan de president van de rechtbank over een rechter disproportioneel. Het Hof geeft weliswaar aan dat het in beginsel aan de nationale autoriteiten is om de hoogte van de straf te bepalen, maar dat er toch gezamenlijke standaarden bestaan om de proportionaliteit aan af te meten, namelijk de zwaarte van de schuld, de ernst van de overtreding en herhaling van de vermeende overtredingen. *In casu* concludeert het Hof dat de zwaarte van de straf niet in verhouding staat tot de ernst van de overtreding. Het betrof geen publieke en algehele aanval op de autoriteit van de rechterlijke macht maar een interne uitwisseling van brieven waar het publiek geen kennis van nam. Bovendien was het de eerste keer dat de klager zich schuldig maakte aan het overschrijden van de grenzen van toegestane kritiek. Volgens het Hof had dan ook volstaan moeten worden met een lagere straf.[73] Al met al lijken er geen algemene conclusies te kunnen worden getrokken uit wat het Hof onder artikel 10 EVRM als proportionele bestraffing ziet. Wel hecht het Hof belang aan enige algemene maatstaven, zoals de zwaarte van de schuld, de ernst van de overtreding en eventuele recidive.[74]

Voor een goed begrip van de ook hierna te behandelen Straatsburgse jurisprudentie is het van belang op te merken dat het EHRM een oordeel geeft in de concrete omstandigheden van het voorliggende geval. Het Hof toetst dus niet *in abstracto* of een wettelijke regeling EVRM-conform is. Dit betekent voor het thema van ons preadvies dat het Hof toetst of een opgelegde bestuurlijke boete aan de eisen van bijvoorbeeld artikel 6 EVRM (inclusief de eis van evenredigheid) voldoet. Als een bepaalde wettelijke regeling vaak tot succesvolle klachten leidt in Straatsburg, doet de betrokken verdragsstaat er natuurlijk wel goed aan deze regeling aan te passen.[75]

### 2.4.2 *Artikel 6 EVRM: recht op full jurisdiction en evenredigheid*

#### 2.4.2.1 *Algemeen*

De meeste inkt lijkt echter, althans in de Nederlandse doctrine, te zijn gevloeid over de vraag of uit artikel 6 EVRM het evenredigheidsbeginsel bij bestraffende maatregelen zou kunnen worden afgeleid en in het bijzonder dan de verplichting voor de

---

72 Gerards 2011, p. 161-163.

73 EHRM 27 mei 2003, EHRC 2003/59, m.nt. E. Geurink (*Stalka t. Polen*), voorbeeld ontleend aan Gerards 2011, p. 162. Zie voor een ander voorbeeld EHRM 11 oktober 2007, nr. 28504/05 (*Kanellopoulou t. Griekenland*).

74 Zie nader over art. 10 EVRM en proportionaliteit van sancties, J.H. Gerards, 'Commentaar op artikel 10', in: *Sdu Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 965-973.

75 Zie nader M.L. van Emmerik, 'Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EVRM', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten* (preadvies staatsrechtconferentie 2007), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 129-160, in het bijzonder p. 134-135.

rechter om deze evenredigheid vol te toetsen. Vooropgesteld en waarschijnlijk tot teleurstelling van de lezer zal een definitief antwoord op deze vraag in dit preadvies evenmin geboden worden, om de doodeenvoudige reden dat Straatsburg geen volledige helderheid verschaft. Wat echter wel duidelijk lijkt, is dat de rechter 'iets moet kunnen' met evenredigheid bij toetsing van ingrijpende overheidsmaatregelen, in het bijzonder als sprake is van een *criminal charge* maar ook bij sancties die de vaststelling van *civil rights and obligations* betreffen.

Volgens vaste Straatsburgse jurisprudentie geldt dat 'decisions of administrative authorities which do not themselves satisfy the requirements of Article 6 should be subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 para. 1.'[76] Dit betekent ook, zoals eerder gezegd, dat het bestuur sancties kan opleggen, als er daarna maar beroep openstaat op een rechter met volledige rechtsmacht die tevens alle waarborgen van artikel 6, eerste lid, EVRM garandeert. Voor sancties die kwalificeren als een *criminal charge*, zoals de bestuurlijke boete, kunnen hier de strafrechtelijke garanties van artikel 6, tweede en derde lid, EVRM bij worden opgeteld.

#### 2.4.2.2 *Full jurisdiction*

Op grond van dit in de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof erkende recht op '*full jurisdiction*' (in de (ook) in het Frans gewezen arresten '*organe judiciaire de pleine juridiction*') dient de nationale rechter de bevoegdheid te hebben alle voor het geschil relevante kwesties betreffende de feiten en het recht te onderzoeken. Daarbij wordt uitdrukkelijk geen onderscheid gemaakt tussen rechtsvragen en feitelijke vragen, die zijn beide even cruciaal voor de uitkomst van het geschil.[77] Over beide kwesties moet de rechter zich een eigen oordeel kunnen vormen en dient hij zich niet zonder meer te verlaten op waardering hiervan door andere instanties (met name het bestuur), laat staan dat hij hieraan gebonden is. Zo acht het EHRM in de Nederlandse zaak *Terra Woningen* het feit dat de kantonrechter zich *in casu* geen eigen oordeel had gevormd over eventuele bodemverontreiniging maar zonder meer afging op het oordeel van Gedeputeerde Staten hieromtrent, in strijd met dit aspect van het recht op toegang tot de rechter uit artikel 6 EVRM.[78] Dit recht op *full jurisdiction* vormt volgens de Straatsburgse jurisprudentie een wezenskenmerk van het recht op toegang tot de rechter uit artikel 6, eerste lid, EVRM en geldt voor *alle* procedures die binnen de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen, oftewel voor alle procedures waarbij sprake is van de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen dan wel ter zake van de gegrondheid van een strafvervolging.

---

76 Zie o.a. EHRM 10 februari 1983, Series A-58 (*Albert en Le Compte t. België*), par. 29 en EHRM 25 november 1994, Series A-295B (*Ortenberg t. Oostenrijk*), par. 31.

77 Zie o.a. EHRM 23 juni 1981, NJ 1982/602 (*Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België*), par. 51. De navolgende passages zijn voor een deel ontleend aan T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011 (dit ter voorkoming van eventuele beschuldigingen van 'auto-plagiaat').

78 EHRM 17 december 1996, NJCM-Bulletin 1997, p. 617 e.v., m.nt. M.L.W.M. Viering (*Terra Woningen BV t. Nederland*). Zie bijv. ook EHRM 13 februari 2003, AB 2004/52, m.nt. B.W.N. de Waard (*Chevrol t. Frankrijk*).

Weliswaar mag de rechter dus niet blind varen op het bestuurlijk oordeel, maar in de jurisprudentie speelt vaak de vraag *in hoeverre* de rechter zich mag verlaten op het oordeel van het bestuur. Beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling kunnen weliswaar op gespannen voet komen te staan met artikel 6 EVRM,[79] maar zijn niet zonder meer ongeoorloofd.[80] Voor dergelijke beperkingen moet wel een overtuigende rechtvaardigingsgrond bestaan, zoals de aard van het materiële rechtsgebied en de daaraan verbonden bestuurlijke vrijheid en het gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling. Daarbij is van belang dat de bestuurlijke feitenvaststelling in een met voldoende waarborgen omklede – quasi-rechterlijke – gespecialiseerde administratieve voorprocedure heeft plaatsgevonden.[81] De beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling mogen dus in ieder geval nooit zover gaan dat de rechter zich geheel verlaat op het oordeel van het bestuur. Dat zou immers feitelijk betekenen dat de betrokkene op dat punt geen toegang heeft tot de rechter. Er moet in het kader van de rechterlijke procedure een debat kunnen worden gevoerd over de juistheid van het bestuurlijke feitenoordeel en de wijze waarop dat tot stand is gekomen. Het geheel uitsluiten daarvan kan blijkens de jurisprudentie van het EHRM niet door de beugel.[82]

Specifiek met betrekking tot 'criminal charge'-zaken in de zin van artikel 6 EVRM, overwoog het Hof dat het vereiste van 'full jurisdiction' meebrengt dat de rechterlijke instantie beschikt over 'the *power to quash* in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below.'[83] Gesproken wordt over 'the power to quash', zodat de bevoegdheid om het bestreden besluit te vernietigen voldoende lijkt.[84] Hetzelfde arrest is echter ook in het Frans uitgesproken. In de Franse tekst wordt gesproken over 'le pouvoir de réformer', hetgeen zou duiden op een hervormings- of aanpassingsbevoegdheid van de rechter (in onze bekende bestuursrechtelijke termen zelf

---

79 R.J.G.M. Widdershoven e.a., *Algemeen bestuursrecht 2001: hoger beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 37. T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep (derde evaluatie van de Awb)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 104.

80 Zie met name EHRM 22 november 1995, Series A. vol. 335A (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*) en voor een bevestiging van de *Bryan*-lijn: EHRM 18 januari 2001, *AB* 2003/32, m.nt. J.H. Gerards (*Chapman t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 4 oktober 2001, *EHRC* 2001/80, m.nt. J. van der Velde (*Potocka e.a. t. Polen*); EHRM 7 november 2000, *AB* 2003/25, m.nt. L.F.M. Verhey (*Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*), bevestigd in EHRM 28 mei 2002 (uitspraak van de Grote Kamer) en EHRM 21 juli 2011, *EHRC* 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen (*Sigma Radio Television Ltd. t. Cyprus*), waarover nader in par. 2.4.2.5.

81 EHRM 22 november 1995, Series A vol. 335-A (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*); Widdershoven e.a. 2001, p. 34-38.

82 Vgl. Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2005, p. 290-292 en A.J. Kuipers, 'Het recht op "full jurisdiction"', in: R.L. Vucsán (red.), *De Awb-mens: boeman of underdog?* (Damen-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 97-112. Zie de arresten EHRM 17 december 1996, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 617 e.v., m.nt. M.L.W.M. Viering (*Terra Woningen BV t. Nederland*) en EHRM 13 februari 2003, *AB* 2004/52, m.nt. B.W.N. de Waard (*Chevrol t. Frankrijk*).

83 EHRM 23 oktober 1995, Series A-328A (*Schmautzer t. Oostenrijk*), par. 36 [cursivering toegevoegd, *MLvE & CMS*].

84 Het Hof herhaalt deze woorden in (onder meer) EHRM 23 juli 2002, nr. 36985/97 (*Västberga Taxi Aktiebolag en Vulic t. Zweden*), par. 93 en recenter EHRM 17 april 2012, nr. 21539/07 (*Steininger t. Oostenrijk*), par. 53 en EHRM 4 april 2013, nr. 21565/07 e.a. (*Julius Kloiber Schlachthof GMBH e.a. t. Oostenrijk*), par. 31-33.

in de zaak voorzien), die dus verder gaat dan louter een vernietigingsbevoegdheid. Latere jurisprudentie verduidelijkt dit niet en de literatuur hierover is verdeeld.[85]

#### 2.4.2.3 *Intensiteit van de toetsing*

Voor het onderwerp van dit preadvies is in het bijzonder interessant welke eisen deze *full jurisdiction* met zich brengt voor de (intensiteit van de) rechterlijke toetsing van de proportionaliteit van de door het bestuur opgelegde sanctie (waarbij het kan gaan om de vaststelling van *civil rights of obligations* dan wel een *criminal charge*).

Voor zaken betreffende de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen wordt doorgaans gewezen op de reeds genoemde arresten *Albert en Le Compte* en *Le Compte, Van Leuven en De Meyere tegen België*. In beide arresten betrof het medische tuchtzaken waarin artsen voor een bepaalde periode geschorst werden en hun medische professie niet mochten uitoefenen. Volgens het Hof hoeft de tuchtprocedure niet aan alle artikel 6 EVRM-eisen te voldoen (zoals de openbaarheid van de zittingen), als daarna maar een rechterlijke procedure openstaat waarin deze garanties wel worden gerespecteerd. Kern van het artikel 6 EVRM-probleem was dat het Belgische Hof van Cassatie, de enige rechterlijke instantie in deze zaken, slechts rechtsvragen kon beantwoorden en niet op de feitelijke kwesties kon ingaan en zich evenmin kon uitspreken over de proportionaliteit tussen de fout en de sanctie:

> 'The Court of Cassation does not take cognisance of the merits of the law, which means that many aspects of "contestations" (disputes) concerning "civil rights and obligations", including review of the facts and assessment of the proportionality between the fault and the sanction, fall outside its jurisdiction.'[86]

Vanwege deze beperkingen voor de rechter is artikel 6 EVRM geschonden volgens het Hof. Dat dit artikel, als onderdeel van het vereiste van *full jurisdiction*, verlangt dat de rechter de evenredigheid kan toetsen van een opgelegde sanctie in geval van een *criminal charge* in de zin van dat artikel, is onder meer expliciet bevestigd in de zaak *Hummatov t. Azerbeidzjan*, waar het Hof overwoog:

> 'Moreover, the Court of Appeal was a judicial body with full jurisdiction, because it had the competence to examine the case on points of fact and law as well as the power to assess the proportionality of the penalty to the misconduct.'[87]

In dezelfde zin overweegt het Hof in *Merigaud t. Frankrijk* expliciet:

> 'La Cour a déjà établi que lorsque le Conseil d'Etat statue en cassation sur les décisions des instances disciplinaires des ordres professionnels, il ne peut passer pour

---

85 Haeck & VandeLanotte 2004, p. 486 (zelf in de zaak voorzien niet vereist) tegenover R. Tinière, 'La notion de "pleine juridiction" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif', *RFDA* 2009, p. 729-740 (zelf in de zaak voorzien wel vereist).

86 EHRM 10 februari 1983, Series A-58, NJ 1987/315 (*Albert en Le Compte t. België*), par. 36.

87 EHRM 29 november 2007, *EHRC* 2008/12 (*Hummatov t. Azerbeidzjan*), par. 142.

un "organe judiciaire de pleine juridiction", notamment parce qu'il n'a pas le pouvoir d'apprécier la proportionnalité entre la faute et la sanction.'[88]

Ook in een Belgische belastingzaak was dit een probleem, nu de nationale rechters zich in het geheel niet bevoegd achtten de evenredigheid van de hoogte van een boete wegens overtreding van een Btw-wet te beoordelen.[89]

Het staat dus wel vast dat onder de paraplu van *full jurisdiction* de rechter in enigerlei mate de proportionaliteit tussen de begane fout en de opgelegde sanctie (of deze nu als '*criminal*' valt te beschouwen of niet) moet kunnen beoordelen. Hiermee is echter nog niets gezegd over de intensiteit van deze toetsing. Hoe indringend deze rechterlijke beoordeling van de proportionaliteit dient te zijn, komt in algemene zin niet duidelijk naar voren in de Straatsburgse jurisprudentie, maar lijkt mede afhankelijk van de aard van de zaak.

*Verhouding tot de wetgever: wettelijk gefixeerde boetes*

Zo stelde het Hof in de *Malige*-zaak dat het ook is toegestaan dat de wetgever de afweging maakt welke sanctie bij een bepaalde gedraging evenredig moet worden geacht.[90] De rechter moet in dat geval wel kunnen toetsen of de desbetreffende wettelijke regeling met betrekking tot de (wettelijk gefixeerde) hoogte van de op te leggen sanctie, juist is toegepast. *In casu* betrof het een wettelijk rijbewijspuntensysteem, op grond waarvan betrokkene automatisch punten verliest na betaling van een opgelegde verkeersboete, dan wel een strafrechtelijke veroordeling. Nauwgezette lezing van het arrest laat echter een genuanceerde benadering van het Hof zien. Waar het aan de ene kant veel vrijheid lijkt te laten aan de nationale wetgever om de evenredigheid in een algemene regeling te verdisconteren (door de introductie van een variatie aan straffen naar gelang de zwaarte van de overtreding), verricht het Hof aan de andere kant toch ook zelf de toets of de wettelijke straf *in casu* proportioneel is. Het Hof overweegt namelijk dat voor de snelheidsovertreding in kwestie vier van de twaalf rijbewijspunten van de klager werden afgetrokken en dat dit niet als disproportioneel kan worden beschouwd gezien het gepleegde feit (een snelheidsovertreding van ruim 60 kilometer per uur boven de maximaal toegestane snelheid). Bovendien raakte de motorrijdende klager hiermee niet meteen zijn rijbewijs kwijt. Daarnaast kon hij punten terugwinnen door drie jaar niet in de fout te gaan, of door een speciale training te ondergaan.[91]

In de Franse zaak *Segame* bevestigt het Hof nogmaals dat een systeem van wettelijk gefixeerde (bestuurlijke) boetes niet in strijd is met het door artikel 6 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter.[92] *In casu* betreft het een wettelijk gefixeerde en automatisch opgelegde belastingboete. Het Hof is van oordeel dat klager toegang had tot (een) (bestuurs)rechter(s) met uitgebreide bevoegdheden en

---

88 EHRM 24 september 2009, nr. 32976/04 (*Merigaud t. Frankrijk*), par. 69.

89 EHRM 4 maart 2004, *EHRC* 2004/37 (*Silvester's Horeca Services t. België*).

90 EHRM 23 september 1998, *NJCM-Bulletin* 2000, p. 873-879, m.nt. M. Kuijer & V. Lenos (*Malige t. Frankrijk*), par. 49.

91 Par. 49.

92 EHRM 7 juni 2012, *AB* 2012/334, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Segame t. Frankrijk*). Zie eerder ook EHRM 2 juli 2002, *EHRC* 2002/72, m.nt. G.P.M.F. Mols (*Göktan t. Frankrijk*).

dat daarmee voldaan is aan de eis van *full jurisdiction* (*pleine juridiction*). Deze rechter beoordeelt namelijk alle belangrijke elementen betreffende feitenvaststelling en rechtsvragen en heeft niet alleen de mogelijkheid het betreffende bestuursbesluit te vernietigen dan wel in stand te laten, maar ook de bevoegdheid om dit te vervangen door zijn eigen besluit. Op fiscaal terrein, zoals *in casu*, kan de rechter de aan de betrokkene opgelegde belasting of boete op nul stellen, of de bedragen aanpassen binnen de grenzen van de wet en in geval van boetes het boetebedrag matigen voor zover de wet daarin voorziet. Ten aanzien van de klacht dat de nationale rechter volgens de geldende wetgeving *in casu* niet de bevoegdheid had het boetebedrag aan te passen, merkt het Hof op dat de wetgever zelf de hoogte van de boete heeft afgestemd op de ernst van het gedrag van de belastingplichtige. Dit bedrag is gerelateerd aan een percentage van de door de belastingplichtige ten onrechte niet betaalde belasting, waarbij hij ruime mogelijkheden had de grondslag daarvan te kunnen aanvechten. Het Hof wijst nog op het bijzondere karakter van fiscale geschillen, waarbij eisen van *efficiency* in het belang van de staat noodzakelijk zijn. Onder verwijzing naar *Jussila* merkt het Hof bovendien op dat deze (punitieve) belastingzaken geen onderdeel uitmaken van het *hard core criminal law*. Het concludeert dan ook dat de wettelijk gefixeerde boete (25 procent verhoging) niet disproportioneel is en daarmee artikel 6 EVRM niet is geschonden. Net als in *Malige* geeft het Hof hiermee ook een eigen beoordeling van de proportionaliteit van de opgelegde belastingboetes. Dat door de wetgever op proportionaliteit getoetste wettelijk gefixeerde boetes door de beugel van artikel 6 EVRM kunnen, zagen wij hiervoor reeds. Wel nieuw lijkt het feit dat het Hof hiervoor als extra argument het feit noemt dat belastingrecht geen '*hard core*' strafrecht is onder verwijzing naar de al genoemde zaak *Jussila*.[93]

*Verhouding tot het bestuur*

Voor de toetsingsbevoegdheid van de rechter in verhouding tot het bestuur is van belang de Italiaanse zaak *Menarini*, waarin het gaat om een mededingingsboete van maar liefst zes miljoen euro.[94] Het Hof concludeert dat de Italiaanse rechtsbescherming *in casu* aan de vereisten van *full jurisdiction* voldoet. De nationale rechter heeft de verschillende feitelijke en juridische argumenten die de onderneming heeft ingebracht beoordeeld. Bovendien ging het hierbij niet om een enkele rechtmatigheidstoets. Op deze manier kon de Italiaanse bestuursrechter ten volle beoordelen of de mededingingsautoriteit haar bevoegdheid op juiste wijze had ingezet en of de sanctieoplegging proportioneel was en berustte op een juiste beoordeling van de (technische) feiten. Daarnaast kon de rechter ook de proportionaliteit van de sanctie zelf beoordelen en deze desgewenst vernietigen en vervangen.[95] Daarbij speelt

93 Zie nader de noot van T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik in *AB* 2012/334.

94 EHRM 27 september 2011, *AB* 2012/9, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Menarini Diagnostics t. Italië*).

95 Anders rechter Pinto de Albuquerque in zijn *dissenting opinion*: naar zijn oordeel hebben de Italiaanse rechters geen volle toets kunnen uitvoeren van de door de mededingingsautoriteit opgelegde sanctie. In het bijzonder heeft de Italiaanse rechter volgens de toen geldende wetgeving geen eigen beoordeling van de feiten kunnen geven, zoals het (gespecialiseerde) bestuursorgaan dat wel kon. Hiermee is het oordeel over de toedeling van de verantwoordelijkheid ten gronde onttrokken aan een rechterlijk oordeel, aldus de *dissenter*.

mogelijk een rol, zoals door het Hof wordt overwogen, dat er verschillen zijn tussen strafrechtelijke en bestuurlijke boeteprocedures, maar dat dit de staat niet ontslaat van zijn verplichtingen onder artikel 6 EVRM, zij het – en dat is hier van belang – dat deze verschillen wel de modaliteit van de toepassing van deze eisen zouden kunnen beïnvloeden. Daarmee lijkt het Hof ruimte te willen behouden voor het differentieren in de toepassing van de waarborgen van artikel 6 EVRM, zoals het deze in de hierna nader te behandelen zaak *Jussila* mogelijk heeft gemaakt. In de zaak *Menarini* geeft het Hof – anders dan in de genoemde zaken *Malige* en *Segame* – geen duidelijke eigen beoordeling van de proportionaliteit van de in het geding zijnde boetes, maar het concentreert zich op de eisen die vanuit het recht op *full jurisdiction* aan de nationale rechter worden gesteld.

#### 2.4.2.4 *Differentiatie in rechtsbescherming à la Jussila?*

In de uitspraak inzake *Jussila* is bevestigd dat artikel 6 EVRM en de daaruit voortvloeiende waarborgen onder zijn zogenoemde '*criminal charge*-vlag' ook van toepassing zijn op 'lichte' (op leedtoevoeging gerichte) bestuurlijke boetes.[96] Het Hof voegt hier echter wel aan toe dat bij lichte bestuurlijke boetes, zoals een geringe verhoging van de belastingaanslag, niet alle (procedurele) 'criminal charge'-garanties van artikel 6 EVRM ten volle hoeven te gelden. Het Hof overweegt in dit verband dat geschillen over belastingverhogingen niet behoren tot 'the hard core of criminal law'. Het verwijst hierbij naar zijn eigen autonome interpretatie van het begrip *criminal charge*, waardoor steeds meer terreinen die klassiek niet tot het strafrecht behoren toch het predicaat *criminal charge* hebben gekregen. Als voorbeelden daarvan noemt het Hof naast het belastingrecht, bestuurlijke (verkeers)boeten, het penitentiair recht, het douanerecht en het mededingingsrecht. In de ogen van het Hof gaat het hier om zaken die niet hetzelfde stigma als het klassieke strafrecht met zich brengen. Dit betekent dat niet zonder meer alle (*criminal charge*-)waarborgen van artikel 6 EVRM, zoals het houden van een hoorzitting, in dit soort zaken hoeven te worden toegepast. Het EHRM kiest hier dus wel voor differentiatie in de rechtsbescherming, terwijl het bij het plakken van het etiket *criminal charge* geen nader onderscheid maakt.[97] Afgewacht dient te worden welke invulling het Hof gaat geven aan deze mogelijkheid.[98]

Uit de genoemde uitspraken inzake *Menarini* en *Segame*, die betrekking hadden op terreinen die niet tot de harde kern van het strafrecht behoren (respectievelijk mededingingsrecht en belastingrecht), kan niet worden afgeleid dat het Hof *à la Jussila* minder eisen aan het recht op *full jurisdiction* stelt. In *Menarini* toetst het Hof of de nationale rechtsbescherming tegen een hoge bestuurlijke boete in het mededingingsrecht aan de eis van *full jurisdiction* voldoet (voor de klager overigens zonder

---

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

97 Barkhuysen & Van Emmerik bepleiten in dit verband voor de differentiatie in de rechtsbescherming aan te sluiten bij de ingrijpendheid van de sanctie of het nu gaat om een *criminal charge* of niet, zie hun noot in *AB* 2007/51.

98 Bij eenvoudige verkeersboetes lijkt het Hof genoegen te nemen met het niet houden van een mondelinge openbare behandeling, zie bijv. EHRM 27 maart 2012, *EHRC* 2012/160, m.nt. R. de Bree (*Berdajs t. Slovenië*).

resultaat). In de zaak *Segame* lijkt het Hof van de ene kant wel serieus werk te maken van de toetsing aan de eis van *full jurisdiction*. Aan de andere kant zaait het echter verwarring door bij de toetsing in verband met de wettelijk gefixeerde belastingboete uitdrukkelijk te verwijzen naar *Jussila*, in het bijzonder door te overwegen dat het belastingrecht niet behoort tot de harde kern van het klassieke strafrecht. Dat lijkt er op te duiden dat het Hof in geval van een wettelijk gefixeerde boete op het terrein van het perifere strafrecht ruimte wil openlaten voor iets minder strenge eisen op grond van *full jurisdiction*, maar dit is allerminst duidelijk. Hoe dit ook zij, het is van belang dat de eis van het recht op toegang tot de rechter, waaronder ook het recht op *full jurisdiction* te allen tijde ten volle blijft gelden.[99] Daaraan kan worden toegevoegd dat het te denken geeft dat het mededingingsrecht met torenhoge boetes (die weliswaar voor de echt kapitaalkrachtige ondernemingen mogelijk niet zo worden ervaren) door het Hof wordt gerekend tot de 'periferie' van het strafrecht.[100]

#### 2.4.2.5 *Nadere jurisprudentie over de reikwijdte van full jurisdiction*

Overigens is de precieze reikwijdte van het recht op behandeling door een rechter met *full jurisdiction* in de Straatsburgse jurisprudentie nog lang niet uitgekristalliseerd. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van het EHRM in de zaak *Sigma Radio Television Ltd. t. Cyprus* betreffende aan een omroep opgelegde bestuurlijke boetes wegens schending van de mediaregelgeving.[101] *In casu* behandelt het Hof de kwestie overigens onder de '*civil rights and obligations*'-vlag en niet de 'criminal charge'-poot van artikel 6 EVRM, aangezien partijen het daar over eens waren en dit volgens het Hof voor de garanties niet uitmaakt, nu in beide gevallen de eisen van artikel 6, eerste lid, EVRM gelden.[102] In het kader van de beoordeling van de EVRM-conformiteit van de voor de klager openstaande rechtsbescherming kijkt het Hof naar de bevoegdheden van de betrokken rechterlijke instantie en naar zulke factoren als (a) het onderwerp van het besluit waartegen wordt opgekomen, in het bijzonder of het gaat om een specifieke kwestie waarvoor professionele deskundigheid of ervaring nodig is en of (en zo ja in welke mate) sprake is van een discretionaire bestuurlijke bevoegdheid; (b) de wijze waarop tot de beslissing is gekomen en in het bijzonder welke procedurele garanties beschikbaar waren in de procedure voor het geschilbeslechtende lichaam; en (c) het voorwerp van geschil, met inbegrip van de gewenste en actuele beroepsgronden. Het Hof benadrukt dat de vraag of de rechterlijke beoordeling voldoet aan de eisen van *full jurisdiction* in de zin van artikel 6 EVRM in belangrijke mate afhangt van de omstandigheden van het voorliggende geval. Het Hof waagt zich dus niet aan algemene uitspraken over de precieze eisen van het recht op volledige rechtsmacht. Wel overweegt het dat de betrokken rechterlijke instantie zich moet kunnen uitspreken over de centrale kwestie (*central issue*) van het geschil. Onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie (onder meer de

---

99 Zie in dit verband nader de noten die eerstgenoemde auteur van dit preadvies met T. Barkhuysen schreef onder beide uitspraken EHRM 27 september 2011, *AB* 2012/9 (*Menarini*) en EHRM 7 juni 2012, *AB* 2012/334 (*Segame*), aan welke deze passage is ontleend. Vgl. A.E. Beumer & C.J. Van de Heyning, 'Het EVRM en de handhaving in het mededingingsrecht', *M&M* 2012/1, p. 10-15.

100 Vgl. Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 155.

101 EHRM 21 juli 2011, *EHRC* 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen (*Sigma Radio Television Ltd. t. Cyprus*).

102 Par. 126.

genoemde zaak *Terra Woningen*) is volgens het Hof in ieder geval geen sprake van *full jurisdiction* wanneer nationale rechters zich gebonden achten aan voorafgaande besluiten van bestuurlijke autoriteiten die beslissend waren voor de uitkomst van de zaak, zonder dat de rechter zich daarover een eigen oordeel heeft gevormd.

*In casu* was het voor het Hof geen probleem dat de Cypriotische Hoge Raad niet de bevoegdheid had zijn eigen uitspraak in de plaats te stellen van het besluit van de betrokken bestuurlijke autoriteit. De Hoge Raad kon dit besluit namelijk wel op verschillende gronden vernietigen, namelijk vanwege onjuiste uitleg van de feiten of het recht, onzorgvuldig onderzoek, ondeugdelijke motivering of op procedurele gronden. Ook toetsing aan de hiervoor genoemde factoren leidt het Hof tot de conclusie dat voldaan is aan de eisen van *full jurisdiction*. Het betreft hier onder meer een klassieke uitoefening van bestuurlijke bevoegdheden op een gespecialiseerd terrein van het recht (namelijk omroepregelgeving). Bovendien had klager diverse procedurele garanties in de procedure voor het bestuursorgaan en heeft de Hoge Raad al zijn beroepsgronden behandeld. Probleem – en jammer voor ons onderwerp – in deze zaak was echter wel dat de klager voor de nationale rechter geen beroep deed op de onevenredigheid van de opgelegde de sanctie. Het Hof wenst zich niet *in abstracto* uit te spreken over de vraag of de Cypriotische Hoge Raad zich hierover uitgesproken zou hebben als klager deze gronden wel had aangevoerd. Het Hof overweegt vervolgens dat klager ook geen nationale jurisprudentie heeft aangevoerd op grond waarvan een dergelijk beroep kansloos zou zijn, terwijl de regering op een aantal uitspraken heeft gewezen die aangeven dat de Hoge Raad wel de bevoegdheid heeft zich over de noodzaak en proportionaliteit van de sancties uit te spreken. Uit deze laatste overweging zou wel kunnen worden afgeleid dat de nationale rechter 'iets moet kunnen' met de beoordeling van de proportionaliteit van de door het bestuur opgelegde boete. Jansen concludeert in zijn noot bij het arrest *Sigma* dat voortaan beter kan worden gesproken van het recht op '*sufficient jurisdiction*' in plaats van '*full jurisdiction*', aangezien het Hof tamelijk vergaande beperkingen aan de rechterlijke toetsing ten aanzien van bestuurlijke (gespecialiseerde) feitenvaststelling geoorloofd zou achten.

De toetsing aan de eis van *full jurisdiction* hangt dus af van de bijzondere omstandigheden van het geval. Een en ander wordt ook geïllustreerd door de recente, voor ons lastig te doorgronden, zaak *Galina Kostova tegen Bulgarije*.[103] De klaagster, advocaat te Sofia, stond op de lijst van personen gekwalificeerd om op te treden als faillissementscurator. Zij werd echter geschrapt van deze lijst door de minister van Justitie, nu zij niet voortvarend zou zijn opgetreden in een procedure betreffende het faillissement van een staatsonderneming. Centrale vraag in deze zaak is of de nationale (bestuurs)rechters, door zichzelf onbevoegd te verklaren om te onderzoeken of de aan klager opgelegde maatregel niet te zwaar was in verhouding tot de gepleegde fout, de minister van Justitie niet te veel ruimte hebben gegeven en daarmee niet voldaan hebben aan het recht op *full jurisdiction*. Daarmee is de essentie van deze zaak voor het Hof de intensiteit waarmee de nationale rechters de uitoefening van discretionaire bevoegdheid door het bestuur moeten beoordelen. Het Hof benadrukt,

---

103 EHRM 12 november 2013, nr. 36181/05 (*Galina Kostova t. Bulgarije*).

net als in de genoemde zaak *Sigma*, dat de beoordeling of voldaan is aan de eisen van *full jurisdiction* (of in de bewoordingen van het Hof *sufficient jurisdiction of review*) afhangt van de bijzondere omstandigheden van het geval. Op grond van een aantal overwegingen komt het Hof tot de conclusie dat de hoogste nationale bestuursrechter de minister van Justitie terecht de ruimte heeft gelaten klaagster van de lijst van faillissementscuratoren te schrappen. Op grond van de relevante wetgeving had de minister de mogelijkheid klaagster al dan niet van de lijst te schrappen. Deze wetgeving voorzag niet in een gradatie van sancties naar gelang de ernst van de feiten. Volgens de nationale rechter had de minister hiermee aan de toepasselijke wetgeving voldaan en eiste deze wetgeving niet dat de minister slechts van zijn bevoegdheid tot schrapping gebruik kon maken bij ernstige overtredingen. Bovendien erkende het Bulgaarse recht ten tijde van de relevante feiten niet uitdrukkelijk het beginsel dat alle besluiten van het bestuur in strikt proportionele verhouding moeten staan tot het ermee beoogde doel. Dit beginsel werd pas daarna expliciet opgenomen in de Bulgaarse wet inzake bestuursprocesrecht. Het Hof wijst verder op het bijzonder gevoelige terrein van de regulering van de professie van faillissementscuratoren en de procedurele waarborgen die klaagster had voordat de minister zijn beslissing nam. Verder overweegt het Hof dat het Bulgaarse recht ook voorzag in lichtere sancties in deze, zij het dan dat de minister van Justitie niet de bevoegdheid had deze lichtere sancties op te leggen. Het Hof voegt hier echter aan toe dat artikel 6 EVRM op zichzelf niet een bepaalde inhoud van 'burgerlijke rechten en verplichtingen' in het nationale recht van de verdragsstaten garandeert en dat het niet aan het Hof is om bij de beoordeling van klachten onder artikel 6, eerste lid, EVRM, zijn eigen oordeel over de juiste uitleg en inhoud van nationaal recht daarvoor in de plaats te stellen. Het Hof concludeert dan ook dat de rechterlijke beoordeling door de hoogste nationale administratieve rechter *in casu* voldoende was om in overeenstemming te zijn met de eisen van artikel 6, eerste lid, EVRM.

Al met al een uitspraak met een wat ons betreft onbevredigende uitkomst. Na lezing van deze uitspraak ontstaat niet de indruk dat er door de nationale rechter grondig is gekeken naar de proportionaliteit van de opgelegde maatregel, terwijl het Straatsburgse Hof deze gang van zaken wat al te gemakkelijk lijkt te sauveren, een niet al te intensieve toetsing op proportionaliteit met andere woorden.[104] Mogelijk speelt hierbij een rol dat het Hof de maatregel van schrapping op zichzelf niet onevenredig vond.

#### 2.4.2.6 *Tussenconclusie*

Concluderend kan aan de ene kant worden vastgesteld dat het recht op een evenredige bestraffing niet als zelfstandige norm uit artikel 6 EVRM valt af te leiden.[105] Aan de andere kant vloeit echter uit het recht op *full jurisdiction* van artikel 6 EVRM voort

---

104 Zie ook de *dissenting opinion* van rechters Kalaydjieva en De Gaetano die menen dat het nalaten van de nationale rechters om zich uit te spreken over de essentiële in het geding zijnde kwesties, ondanks de formele bevoegdheid daartoe, deze nationale procedure betekenisloos maakte en daarmee in strijd met art. 6 EVRM.

105 Zie bijv. EHRM 28 juni 2011, NJ 2012/401, m.nt. E. Verhulp, AB 2012/15, m.nt. R. Stijnen (*Financieel Dagblad t. Nederland*), par. 50.

dat de rechter enige ruimte moet overhouden, zowel ten opzichte van het bestuur als de wetgever, om de evenredigheid van de sanctie in het concrete voorliggende geval te kunnen beoordelen.[106] In een aantal uitspraken (met name *Malige* en *Segame*) geeft het Hof ook zelf vrij expliciet een oordeel over de proportionaliteit van de sanctie. In andere zaken concentreert het Hof zich op de eisen die voor de nationale rechter gelden op grond van *full jurisdiction*, zonder zichzelf – althans niet uitdrukkelijk – over de proportionaliteit van de sanctie uit te spreken, maar mogelijk speelt dit wel een rol in het 'achterhoofd' van het Hof (in die zin dat het Hof zal ingrijpen als het de sanctie zelf onevenredig acht). Het zou overigens vreemd zijn als het Hof zelf een sanctie disproportioneel vindt en de nationale rechter niet de bevoegdheid zou hebben de boete te vernietigen. Dat zou in strijd komen met het recht op een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie, zoals gegarandeerd door artikel 13 EVRM.

Dat er enige ruimte voor de rechter moet overblijven, blijkt ook uit een recente uitspraak van het Hof, waarin volgens de wet een automatische boete werd opgelegd van 10 procent van de waarde van een geschil na een onsuccesvol beroep tegen een openbare veiling. Weliswaar ging het hier niet om de eis van *full jurisdiction*, maar het Hof overweegt uitdrukkelijk dat de automatische wettelijke boete geen bovengrens kende en dat er geen enkele rechterlijke beoordelingsvrijheid in deze bestond. Hierbij speelde voor het Hof een belangrijke rol de extra zware financiële last voor de klager (een boete van maar liefst € 140.000). *In casu* oordeelt het Hof dat hiermee het recht op toegang tot de rechter uit artikel 6 EVRM is geschonden.[107]

De intensiteit van de toetsing hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Uit de jurisprudentie wordt vooralsnog niet helder of het hierbij verschil maakt of sprake is van *civil rights and obligations* of van een *criminal charge*.[108] Barkhuysen en Damen geven in het bijzonder aan dat de Straatsburgse rechtspraak niet duidelijk maakt of in het geval van een *criminal charge* ten aanzien van de (toetsing van de) feitenvaststelling bijzondere, aanvullende eisen gelden op grond van *full jurisdiction*. Volgens hen kan wel worden betoogd dat het Hof in geval van een *criminal charge* waarschijnlijk kritischer zal zijn ten aanzien van het rechtvaardigen van het deels overlaten van de feitenvaststelling aan het bestuur. Een extra argument daarvoor is in hun visie dat het Hof het opleggen van sancties door het bestuur aanvaard heeft onder de uitdrukkelijke voorwaarde van een adequate rechterlijke controle daarna.[109] Wij sluiten ons hier graag bij aan en ook de jurisprudentie sinds de afronding van hun onderzoek in 2006 schept geen duidelijkheid op dit punt.

De *Jussila*-lijn lijkt vooralsnog geen invloed te hebben op de *full jurisdiction*-eisen op de gebieden die niet tot het klassieke strafrecht behoren, zoals het belastingrecht, het verkeersrecht en het mededingingsrecht. Ook op deze perifere terreinen van het strafrecht gelden deze volledige rechtsmachteisen. Datzelfde geldt voor sancties die de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen betreffen. Wel bestaat

---

106 Dit dus afgezien van de zojuist genoemde uitspraak inzake *Galina Kostova*, wat ons betreft een vreemde eend in de bijt.

107 EHRM 22 oktober 2013, *EHRC* 2013/266 (*Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.S. t. Turkije*), par. 32.

108 Vgl. Tinière 2009, p. 735.

109 Barkhuysen & Damen e.a. 2007, p. 117.

onduidelijkheid over de precieze reikwijdte van het recht op *full jurisdiction*, zeker ook nu het Hof steeds vaker de woorden *sufficient jurisdiction* in de mond neemt, hetgeen erop zou kunnen duiden dat het met iets minder vergaande eisen genoegen neemt. Dit blijft echter vooralsnog speculatie en nadere jurisprudentie moet worden afgewacht. De conclusie moet zijn dat het Hof op dit punt een zeer casuïstische koers vaart. Wel duidelijk is dat in geval van een *criminal charge* de extra eis geldt dat de rechter de mogelijkheid moet hebben het boetebesluit (van het bestuur) te kunnen vernietigen, waarbij er nog discussie is of dit ook betekent dat de rechter zijn beslissing daarvoor in de plaats kan stellen.[110] Voor Nederland is deze vraag overigens irrelevant, nu de Vierdetranchewetgever in deze een bovenminimale uitleg van het EVRM heeft gegeven door in artikel 8:72a Awb te bepalen dat de rechter na vernietiging van een boetebesluit de zaak zelf afdoet.

### 2.4.3 *Artikel 1 Eerste Protocol*

Een beboete persoon zou een boete ook nog kunnen aanvechten met een beroep op zijn door artikel 1 Eerste Protocol beschermde eigendomsrecht. Dit artikel kent, zoals bekend, enerzijds een ruim en autonoom eigendomsbegrip (ruimer dan het klassieke eigendomsbegrip volgens het Nederlandse Burgerlijk Wetboek). Een belangrijke eis is wel dat deze rechten met voldoende zekerheid vaststaan; de enkele hoop of verwachting om een bepaald recht te verwerven is onvoldoende. Anderzijds zijn er ruime mogelijkheden voor de overheid om op gerechtvaardigde wijze inbreuk op dit eigendomsrecht te maken.[111] Bij de toetsing of een inmenging in het eigendomsrecht gerechtvaardigd kan worden, volgt het EHRM vrijwel altijd het volgende stramien. In de eerste plaats wordt bezien of de inmenging bij wet is voorzien. Het Hof verricht hierbij de bekende toetsing of deze wettelijke bepaling voldoende precies en toegankelijk is en de inbreuk daarmee voorzienbaar was. Onder deze noemer beoordeelt het EHRM ook steeds vaker of er voldoende procedurele mogelijkheden in het nationale recht voorhanden waren om de inmenging in het eigendomsrecht ter discussie te stellen. Vervolgens toetst het Hof of met de inmenging een gerechtvaardigd algemeen belang wordt gediend, hetgeen meestal wordt aangenomen. De centrale vraag is in de meeste zaken of de inmenging proportioneel is: bestaat er een 'fair balance' tussen het algemeen belang en de bescherming van de individuele rechten van het individu? Met andere woorden: wordt er geen onevenredige last op het individu gelegd, bijvoorbeeld door het niet aanbieden van enige compensatie? De hier bedoelde toetsing verricht het Hof in alle eigendomszaken, zowel ten aanzien van de zogenoemde ontneming van eigendom (de meest vergaande inmenging doordat het recht om te beschikken over de eigendom geheel verdwijnt) als ten opzichte van regulering (een minder vergaande inmenging aangezien

110 Vgl. ook Tinière 2009, p. 740 die de mogelijkheid noemt dat op de niet tot de harde kern van het strafrecht behorende terreinen het Hof genoegen zal nemen met een vernietigingsbevoegdheid voor de rechter, dus zonder de mogelijkheid dat de rechter zijn eigen besluit daarvoor in de plaats kan stellen.

111 Zie uitgebreid T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005.

het hier doorgaans alleen gaat om de beperking van de gebruiksmogelijkheden). In boetezaken zal het doorgaans gaan om regulering van eigendom, nu artikel 1 EP in het tweede lid uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren. Daarbij kan het overigens wel zijn dat het Hof een algemene proportionaliteitstoets verricht onder de eerste algemene regel van artikel 1 EP, het recht op ongestoord eigendomsgenot.[112]

In de *FD*-zaak deden de klagers mede een beroep op artikel 1 EP door onder meer te stellen dat de opgelegde boetes onevenredig hoog waren in verhouding tot de aan de klagers verweten gedragingen. Het Hof gaat hier echter niet in mee en overweegt dat de oplegging van een bestuurlijke boete slechts een succesvol beroep op artikel 1 EP kan opleveren indien de boete evident buiten alle proportie is in het licht van alle relevante belangen. Dat is *in casu* volgens het Hof niet het geval. Met de wetgeving in kwestie (de Wav) worden volgens het Hof legitieme doelen nagestreefd, namelijk het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken en bescherming van werknemers. Bovendien is niet gesteld dat de boetes, alhoewel aan de hoge kant, *in casu* voor de klagende onderneming niet waren op te brengen.[113] Al met al een nogal terughoudende toetsing van het Hof op dit punt. Toch zijn beroepen op de disproportionaliteit van boetes onder artikel 1 EP ook niet geheel kansloos, zoals wordt geïllustreerd door de zaak *Grifhorst tegen Frankrijk*.[114]

In deze zaak liep de Nederlandse klager bij het overgaan van de grens van Andorra naar Frankrijk tegen de lamp, nu hij in strijd met de geldende douanewetgeving ondanks herhaald verzoek van de douanebeambten daartoe geen melding maakte van het feit dat hij ruim € 233.000 aan contanten bij zich had. Op grond van dit feit werd hij geconfronteerd met de confiscatie van dit gehele bedrag én een boete ter hoogte van de helft van dit bedrag. Het Hof overweegt weliswaar dat deze maatregel bij wet is voorzien en het algemeen belang dient. De maatregel is echter volgens het Hof niet proportioneel, zeker niet nu het gaat om een cumulatie van de inbeslagname van het hele geldbedrag en een geldboete ter waarde van de helft van dit bedrag. Hierbij hecht het Hof onder meer waarde aan het feit dat niet is komen vast te staan dat klager dit geldbedrag op onrechtmatige wijze had verkregen. Verder wijst het Hof op het feit dat in alle andere lidstaten van de Raad van Europa op Bulgarije na in gevallen als hier aan de orde, wordt volstaan met een boete en dat slechts ook tot inbeslagname wordt overgegaan wanneer de legale herkomst niet kan worden vastgesteld (waarbij doorgaans alleen het bedrag wordt geconfisqueerd dat het aan te geven bedrag te boven gaat). Ook verwijst het Hof naar een advies van de Europese Commissie van de Europese Unie op grond waarvan de op te leggen

---

112 Zie bijv. EHRM 5 juli 2001, *EHRC* 2001/56, m.nt. T. van Kampen & F.P. Ölcer (*Phillips t. Verenigd Koninkrijk*), par. 51 (confiscatiemaatregel door de rechter ter hoogte van het voordeel dat klager heeft behaald met drugshandel is *in casu* – ondanks de hoogte ervan – volgens het Hof proportioneel onder meer vanwege het gerechtvaardigde belang van de bestrijding van drugshandel en het feit dat klager zich hier volgens de nationale rechter al zes jaar mee bezighoudt en dit bedrag gemakkelijk kan betalen uit het door hem behaalde voordeel).

113 EHRM 28 juni 2011, *NJ* 2012/401, m.nt. E. Verhulp, *AB* 2012/15, m.nt. R. Stijnen (*Financieel Dagblad t. Nederland*).

114 EHRM 26 februari 2009, nr. 28336/02 (*Grifhorst t. Frankrijk*).

maatregel in evenredige verhouding moet staan tot de overtreding van verplichting tot aangifte en niet in verhouding tot eventuele, nog niet geconstateerde delicten zoals witwassen of belastingfraude.[115]

Geconstateerd kan worden dat het Hof de verdragsstaten in het algemeen een ruime beoordelingsmarge gunt en niet snel een schending van artikel 1 EP aanneemt. Deze conclusie geldt te meer in zaken waarin de klagers de in hun ogen onevenredige hoge boete met een beroep op het eigendomsrecht willen aanvechten. Het Hof lijkt de boot af te houden en slechts in evidente gevallen van onevenredigheid tot een schending op dit punt van artikel 1 EP te concluderen.[116]

### 2.4.4 *Het EVRM en de verplichting tot oplegging van voldoende afschrikwekkende boetes*

Tot besluit van het EVRM-perspectief op de evenredigheid van (bestuurlijke) boetes moet – mogelijk tot verrassing van de lezer – kort nog iets worden gezegd over een eventuele verplichting tot oplegging van voldoende afschrikwekkende boetes. Een positieve verplichting tot passende, afschrikwekkende straffen wordt door het EHRM wel afgeleid bij schendingen van het in artikel 2 EVRM beschermde recht op leven. Hiervan was bijvoorbeeld sprake in de zaak *Öneryildiz*, waarin centraal stond de ontploffing van een vuilnisbelt bij Istanbul, waardoor 39 dodelijke slachtoffers vielen in de zich daarop bevindende krottenwijk. In deze zaak werd Turkije verantwoordelijk gehouden voor diverse schendingen van artikel 2 EVRM, nu de lokale autoriteiten geen preventieve maatregelen hadden genomen, terwijl zij op de hoogte waren van het dreigende levensgevaar door ontploffing. Ook de reactie achteraf was niet adequaat. In de ogen van het Hof was met name de milde bestraffing van de verantwoordelijke burgemeester met een voorwaardelijke geldboete van omgerekend ongeveer € 10 wegens nalatigheid onvoldoende om ook te voldoen aan de procedurele verplichtingen uit artikel 2 EVRM.[117] Vergelijkbare verplichtingen over passende bestraffing heeft het Hof afgeleid uit artikel 3 (verbod van vernederende of onmenselijke behandeling) en artikel 4 (verbod van slavernij) EVRM.[118] In deze jurisprudentie van het Hof gaat het dus om de meest fundamentele[119] rechten uit het EVRM op grond waarvan de overheid ook verplicht is om adequate strafrechtelijke bescherming te bieden tegen schendingen door derden van deze rechten. Het ligt op het eerste gezicht niet voor de hand dat deze jurisprudentie ook van betekenis zal zijn voor de Nederlandse praktijk van bestuurlijke boetes, nu deze toch vooral aan de orde zijn bij overtredingen die veel minder ernstig zijn dan de misdrijven aan de

---

115 Zie par. 102.

116 Dat geldt zeker bij belastingboetes, zie EHRM 8 juni 2010, *EHRC* 2010/66 (*Monedero e.a. t. Frankrijk*), waarbij het Hof nadrukkelijk wijst op de ruime *margin of appreciation* op fiscaal gebied.

117 EHRM 30 november 2004, *AB* 2005/43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Öneryildiz t. Turkije*).

118 Zie kritisch over deze ontwikkeling en met verdere verwijzingen naar jurisprudentie, P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 51-56.

119 Deze rechten hebben een tweevoudig absolute status, nu er noch in normale tijden en noch in geval van een noodtoestand in de zin van art. 15 EVRM van kan worden afgeweken. Bij art. 2 EVRM geldt voor wat betreft dit laatste wel de uitzondering van dood als gevolg van rechtmatige oorlogshandelingen. Zie nader Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 22.

orde in de genoemde jurisprudentie van het Hof. Bij dergelijke ernstige vergrijpen zal doorgaans de strafrechtelijke weg openstaan. De Straatsburgse jurisprudentie laat echter wel zien dat, voor zover een verdragsstaat dergelijke ernstige overtredingen, zoals de uitbuiting van vreemdelingen of zware milieudelicten, (ook) bestraft met een bestuurlijke boete, deze niet te laag moet zijn.

## 2.5 EU-recht

### 2.5.1 *Introductie*

Het evenredigheidsbeginsel neemt al lange tijd een centrale plaats in binnen het EU-recht en kan aan de orde komen bij de rechterlijke toetsing van EU-maatregelen en van nationale maatregelen ter implementatie van EU-recht en daarnaast bij de verdeling van bevoegdheden tussen Unie en lidstaten.[120] Vaak wordt aangenomen dat onder het evenredigheidsbeginsel een drieledige test plaatsvindt: is de maatregel in kwestie geschikt het beoogde doel te bereiken?; is de maatregel noodzakelijk (bestaan er minder ingrijpende wijzen om het beoogde doel te bereiken)?; en heeft de maatregel geen excessieve gevolgen voor betrokkene (proportionaliteit in strikte zin)? Daarbij moet worden opgemerkt dat deze 'drietrapsraket' meestal niet als zodanig valt te traceren in de Luxemburgse jurisprudentie en dat de tweede en derde stap vaak niet van elkaar worden onderscheiden.[121] Hoe dit ook zij, het is hier niet de plaats om de ontwikkeling en betekenis van dit beginsel voor het EU-recht en het nationale recht van de lidstaten uitvoerig te schetsen.[122]

### 2.5.2 *Evenredigheid en sancties*

In haar dissertatie over het evenredigheidsbeginsel geeft De Moor-van Vugt aan dat het evenredigheidsbeginsel binnen het EU-recht in het bijzonder een rol speelt bij voor betrokkenen belastende besluiten, zoals bij de oplegging van sancties wegens de overtreding van EU-recht.[123] Zij wijst erop dat het Hof van Justitie het beginsel van evenredigheid reeds in de jaren vijftig van de vorige eeuw erkende als algemeen rechtsbeginsel dat in acht moet worden genomen bij de oplegging van sancties.[124] De Moor-van Vugt geeft aan dat de evenredigheidstoetsing vooral tot wasdom is gekomen bij de oplegging van boetes in het mededingingsrecht. Hierbij wordt de ernst

---

120 Zie T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, second edition, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 137.

121 Tridimas 2006, p. 139.

122 Zie daarvoor onder meer Tridimas 2006, p. 136-241; P. Graig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 655-715; J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, derde druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 139-154 en J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 155-159.

123 A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 66.

124 HvJ EG 29 november 1956, zaak 8/55, *Jur.* 1955-56, 329 (*Fédération Charbonnière Belgique*): het betrof een door de Hoge Autoriteit van de EGKS opgelegde sanctie aan Belgische steenkoolfabrikanten.

van de overtreding (en daarmee de hoogte van de boete) gerelateerd aan de ernst van de inbreuk, in het bijzonder de mate waarin de EU-doelstellingen (in het bijzonder de eerlijke mededinging) geweld worden aangedaan. In dit verband kunnen onder meer de volgende factoren van belang zijn: het marktaandeel, de omzet en omvang van de betrokken ondernemingen, de mate van beïnvloeding van de marktsituatie, het aanwezig zijn van opzet of grove schuld en of sprake is van recidive.[125]

### 2.5.3 *EU-grondrechtenhandvest*

In het Grondrechtenhandvest van de Europese Unie, dat met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 juridisch bindende kracht[126] verkreeg, zijn ook diverse bepalingen ter zake van het recht op een eerlijk proces opgenomen. Het Handvest bevat zowel klassieke als sociale grondrechten en steekt onder meer vele bekende rechten uit het EVRM in een moderner jasje.[127] De bepalingen zijn in de eerste plaats gericht tot de EU-instellingen zelf. Daarnaast dienen lidstaten de rechten uit het Handvest in acht te nemen, maar uitsluitend als zij EU-recht ten uitvoer leggen (zie artikel 51, eerste lid, Handvest). Daarbij kan worden opgemerkt dat het Hof van Justitie van dit laatste een ruime uitleg hanteert, in die zin dat het gaat om tenuitvoerlegging 'binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie'.[128] Hieronder valt niet alleen de uitvoering van EU-richtlijnen, -verordeningen en -besluiten maar (vermoedelijk) ook alle nationale sanctionering van Unierecht.[129] Dit betekent dat ook in de Nederlandse (bestuurs)rechtspraktijk het Handvest een steeds grotere betekenis krijgt. Ook bij de rechtswaarborgen ter zake van bestuurlijke boetes kan het Handvest steeds meer aan belang winnen, zeker als het gaat om bestuurlijke boetes die worden opgelegd in verband met de tenuitvoerlegging van EU-recht. Voor de uitleg van Handvestrechten die een duidelijk equivalent in het EVRM hebben, is artikel 52, derde lid, Handvest van groot belang. In een dergelijk geval moet als minimum de EVRM-bescherming worden aangehouden, maar mag het EU-recht wel verdergaande bescherming bieden.[130] Bij de uitleg van het Handvest moeten de rechterlijke instanties van de Unie en de lidstaten naar behoren rekening houden met de Toelichting die is opgesteld om richting te geven aan de uitleg van het Handvest.[131]

---

125 A.C.M. de Moor-van Vugt, 'Administrative Sanctions in EU Law', *Review of European Administrative Law* 2012-1, p. 5-41, op p. 37; vgl. eerder De Moor-van Vugt 1995, p. 109.

126 Art. 6 lid 1 VEU bepaalt immers: 'De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de Grondrechten (...) dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft.'

127 Zie nader over de betekenis van het Handvest o.m. T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JBplus* 2011/1, p. 3-34 en te verschijnen update in *JBplus* 2014.

128 HvJ EU 26 februari 2013, *AB* 2013/131, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Akerberg Fransson*).

129 Zie annotator R.J.G.M. Widdershoven in *AB* 2013/131.

130 Zie nader Barkhuysen & Bos 2011.

131 Zie art. 52, zevende lid, Handvest en voor een vergelijkbare bepaling art. 6, eerste lid, VEU waarin onder meer wordt bepaald dat de toelichting bij de uitleg van het Handvest 'terdege in acht worden genomen.' De Toelichting is te vinden in *PbEU* 2007, C-303/02.

Voor de rechtsbescherming inzake bestuurlijke boetes zijn in het bijzonder interessant de artikelen 47, 48 en 49. Artikel 47 garandeert onder meer aan een ieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden het recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Dit deel van artikel 47 is gebaseerd op artikel 13 EVRM, maar gaat verder nu het een voorziening bij de rechter voorschrijft. Daarbij moeten diverse voorwaarden worden vervuld, zoals een eerlijke openbare behandeling binnen redelijke termijn door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Bovendien heeft de rechtszoekende het recht zich te laten adviseren en vertegenwoordigen en heeft hij recht op rechtsbijstand indien hij niet over voldoende financiële middelen beschikt en voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te verzekeren. Dit zijn met artikel 6, eerste lid, EVRM (of de Straatsburgse jurisprudentie daarover) corresponderende rechten, zij het dat artikel 47 Handvest niet de beperking kent van de vaststelling van burgerlijke rechten of verplichtingen dan wel van een strafvervolging.

Artikel 48 Handvest bevat de onschuldpresumptie en de rechten van de verdediging. Deze bepalingen corresponderen met de rechten uit artikel 6, tweede en derde lid, EVRM (en de rechtspraak van het EHRM). Naast het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel is artikel 49 Handvest (de evenknie van artikel 7 EVRM) voor ons thema in het bijzonder interessant, nu het derde lid uitdrukkelijk het evenredigheidsbeginsel bij de oplegging van straffen beschermt: 'De zwaarte van de straf mag niet onevenredig zijn aan het strafbare feit.' Deze bepaling kent zoals wij eerder zagen geen uitdrukkelijk equivalent in het EVRM. Deze garantie in het Handvest is een codificatie van een al lang in de rechtspraak van de Unierechter erkend beginsel, dat ook is vastgelegd in de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben.[132] Bovendien zal hierna blijken dat het beginsel ook is opgenomen in diverse verordeningen op bijzondere terreinen.

### 2.5.4 *Jurisprudentie inzake evenredigheid en boetes*

#### 2.5.4.1 *Algemeen*

De lidstaten zijn van oudsher in beginsel vrij te kiezen hoe zij invulling geven aan de handhavings- en sanctioneringsverplichting in relatie tot overtredingen van het Unierecht, mits zij voldoen aan diverse communautaire randvoorwaarden. Teneinde een effectievere handhaving van het Unierecht te bewerkstelligen, is de communautaire bemoeienis met de handhaving en sanctionering in de lidstaten vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw echter aanzienlijk toegenomen.[133] Deze bemoeienis is enerzijds tot uiting gekomen in de communautaire rechtspraak, waarin via de randvoorwaarden van non-discriminatie, effectiviteit, evenredigheid en afschrikwekkendheid strikte eisen zijn gesteld aan de invulling van de handhavings- en sanctioneringsverplichting voor de lidstaten.[134] Anderzijds begon de

---

132 Zie de Toelichting bij art. 49, derde lid, in *PbEU* 2007, C-303/02. Vgl. W.B.T. Mock & G. Demuro, *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham: Carolina Academic Press 2010, p. 307-308.

133 Zie nader Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, waaraan deze passage is ontleend.

134 HvJ EU 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (*Griekse maïs*).

communautaire wetgever vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw in verordeningen en richtlijnen ook vaker bepalingen over handhaving en sanctionering op te nemen, met daarin meer of minder vergaande aanwijzingen over specifiek op te leggen sancties.[135] Deze ontwikkeling is begonnen op het terrein van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, maar is in de loop der jaren uitgebreid naar andere terreinen van het Unierecht.[136]

Op het gebied van het landbouwbeleid wees het Hof een belangrijk arrest over evenredigheid van sancties in de zaak *Käserei Champignon Hofmeister*.[137] In deze zaak schreef een verordening precies aan de lidstaten voor met welke sanctie zij dienden te reageren op overtredingen van de Europese landbouwregels. Naast terugvordering van ten onrechte ontvangen restitutie, moesten lidstaten ook een boete voor de helft van dat bedrag worden opgelegd, die het Hof overigens niet als 'strafrechtelijk' aanmerkte.[138] Het Hof kwam tot de conclusie dat de verordening recht deed aan het evenredigheidsbeginsel, aangezien daarin voldoende rekening was gehouden met verschillende factoren, zoals het onderscheid tussen opzettelijke en niet-opzettelijke overtredingen. Al met al laat het Hof de Europese regelgever vrij veel ruimte en lijkt het erop dat het Hof slechts zal ingrijpen als sprake is van kennelijke of evidente onevenredigheid tussen de voorgeschreven sancties en het beoogde doel. Bij nationale sancties die niet worden voorgeschreven door het Unierecht toetst het Hof in het algemeen iets minder terughoudend.[139]

#### 2.5.4.2 *Door de Europese Commissie opgelegde boetes*

Ook kan de evenredigheidstoetsing aan de orde zijn bij door de Unie zelf opgelegde sancties. Hierbij valt te denken aan door de Commissie opgelegde mededingingsboetes. Voor mededingingszaken geldt de bijzonderheid dat de eis van *full jurisdiction* zelfs in een verordening is vastgelegd. Op grond van artikel 31 van Verordening (EG) nr. 1/2003 (voorheen artikel 17 van Verordening (EEG) nr. 17/62) heeft het Hof van Justitie volledige rechtsmacht ('*unlimited jurisdiction*' in de Engelse authentieke vertaling) ter zake van beschikkingen van de Commissie waarin een geldboete of dwangsom wordt vastgesteld. Het Hof kan een opgelegde geldboete of dwangsom intrekken, verlagen of verhogen. De Moor-van Vugt merkt op dat dit een vergaande bevoegdheid is, nu het in de lidstaten niet algemeen geaccepteerd is dat een rechter een dergelijk boetebesluit kan wijzigen.[140]

---

135 Zie Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 202-203 en P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008 en eerder bijv. A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Bestuurlijke boete en EG-recht', in: H. de Doelder, M.E. de Meijer & D. Otto (red.), *De bestuurlijke boete in perspectief*, Deventer: Kluwer 1999, p. 163-164.

136 Zie hierover onder meer A.P.W. Duijkersloot & R.J.G.M. Widdershoven, 'Europa en bestuurlijke handhaving. Trends en uitdagingen', *Justitiële Verkenningen* 2001, p. 69-79.

137 HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-210/00, *Jur.* 2002, p. I-6453 (*Käserei Champignon Hofmeister/Hauptzollamt Hamburg-Jonas*), *AB* 2002/392, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt.

138 Vgl. ook HvJ EU 5 juni 2012, zaak C-489/10, *AB* 2012/315, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Bonda*); zie nader het preadvies van Albers.

139 Zie bijv. HvJ EU 9 februari 2012, *AB* 2012/56, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Marton Urbán*), nader te behandelen in par. 2.5.4.3); zie Jans, Prechal & Widdershoven 2011, p. 226 met nadere verwijzingen.

140 De Moor-van Vugt 2012, p. 33.

Op het terrein van evenredigheid van mededingingsboetes en de eisen gesteld aan de rechterlijke toetsing wees het Hof van Justitie het belangrijke arrest *KME*.[141] In deze uitspraak over hoge Europese mededingingsboetes volgde het Luxemburgse Hof de lijn van zijn Straatsburgse collega in de hiervoor genoemde zaak *Menarini*. Het Europese systeem, waarin de mededingingsboetes worden opgelegd door de Commissie en pas daarna door de Unierechter worden getoetst, is volgens het Hof van Justitie in overeenstemming met het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat in artikel 47 van het Handvest is verankerd. Wel dient deze rechterlijke toetsing van de mededingingsboetes aan hoge standaarden te voldoen. In zijn glasheldere *AB*-noot wijst Widdershoven er in dit verband op dat het Hof onderscheid maakt tussen de rechterlijke toetsing van de vaststelling door de Commissie van de inbreuk op de mededingingsregels (daarvoor geldt het bekende rechterlijke wettigheidstoezicht ex artikel 263 VWEU) en de toetsing van (de hoogte van) de opgelegde boete (op grond van artikel 31 van Verordening (EG) nr. 1/2003 geldt daar dus een volledige rechtsmacht). Ten aanzien van dit wettigheidstoezicht verwijst het Hof naar eerdere jurisprudentie waarin het heeft geoordeeld dat de Commissie in economisch ingewikkelde kwesties weliswaar een beoordelingsmarge heeft, maar dat dit niet wegneemt dat de Unierechter de interpretatie van de Commissie van economische gegevens mag toetsen. 'Bij dat toezicht kan de rechter zich niet verlaten op de beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikt, noch met betrekking tot de keuze van de factoren die bij de toepassing van de in de richtsnoeren vermelde criteria in aanmerking worden genomen, noch met betrekking tot de beoordeling van deze factoren, om af te zien van een grondig toezicht in rechte en in feite', aldus het Hof.

Belangrijk is dat het Hof zich bij de beoordeling van de wettigheid van de inbreuk noch bij de waardering van de hoogte van de boete gebonden acht aan door de Commissie vastgestelde richtsnoeren, die ertoe dienen om tot een consistent boetebeleid te komen. Wel benadrukt het Hof dat het uitoefenen van volledige rechtsmacht niet neerkomt op een ambtshalve toezicht. Dit betekent derhalve dat de betrokken onderneming uitdrukkelijk een beroep zal moeten doen op de onevenredigheid van de opgelegde mededingingsboetes.

Widdershoven geeft in zijn noot aan dat deze zaak voor Nederland in de eerste plaats van belang is voor de rechterlijke beoordeling van mededingingsboetes of ze nu van EU- of puur nationaalrechtelijke herkomst zijn, nu de wetgever bij de totstandkoming van de Mededingingswet heeft aangegeven het nationale mededingingsrecht ook procedureel te laten aansluiten op het mededingingsrecht van de Unie.[142] Door de verwijzingen naar artikel 47 Handvest en de zaak *Menarini* en artikel 6 EVRM heeft de zaak echter ook betekenis voor andere bestuurlijke boetes. Daarbij is volgens hem in het bijzonder van belang dat rechters ook buiten

---

141 HvJ EU 8 december 2011, *AB* 2012/325, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*KME*). Zie ook voor een vergelijkbare uitspraak HvJ EU 8 december 2011, *EHRC* 2012/4, m.nt. H.L. Janssen (*Chalkor*). Zie nader R. Stijnen, 'Menarini en KME: marginale of volle toetsing van mededingingsboetes door de rechter?', *NTER* 2012/4, p. 119-125 en M. Bronckers & A. Vallery, 'Fair and effective competition policy in the EU: which role for authorities and which role for the courts after *Menarini*?', *European Competition Journal* 2012-2, p. 283-299.

142 Widdershoven verwijst hier naar A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 107-108.

het mededingingsrecht een uitdrukkelijk onderscheid maken tussen de toetsing van feitenvaststelling door het gespecialiseerde bestuursorgaan in kwestie (altijd indringend) en van de waardering van die feiten (inhoudelijk terughoudend). Op deze manier 'wordt voorkomen dat een marginale toetsing van ingewikkelde economische of technische keuzes in verband met die waardering er "per ongeluk" ook toe leidt dat de feitenvaststelling globaal wordt getoetst', aldus Widdershoven.[143]

*2.5.4.3 Wettelijk gefixeerde boetes op nationaal niveau, niet voorgeschreven door EU-recht*

Een belangrijke uitspraak is die in de zaak *Urbán* over een wettelijk gefixeerde boete waarbij geen rekening werd gehouden met de ernst van de overtreding.[144] Het ging hier derhalve om in het nationaal recht gefixeerde boetes die niet strikt zijn voorgeschreven door het Unierecht. De Hongaarse regelgever[145] had ter uitvoering van een verordening betreffende het gebruik van tachografen in vrachtwagens (ter controle van de rust- en rijtijden) een regeling tot stand gebracht waarin het geheel niet werd gedifferentieerd naar de ernst van de overtreding. Iedere overtreding van de geldende voorschriften werd automatisch bestraft met een geldboete van omgerekend ongeveer € 332.

Vrachtwagenchauffeur Urbán had keurig voldaan aan alle eisen inzake het gebruik van de tachograaf, maar was van één rit vergeten de kilometerstand bij aankomst te registreren op een registratieschijf, terwijl hij dit wel had gedaan op het vervoerdocument. Het was kortom duidelijk dat er geen misbruik in het spel was en dat hij enkel een kleine administratieve fout had gemaakt.

In deze prejudiciële procedure oordeelt het Hof van Justitie dat het evenredigheidsvereiste, zoals dat uitdrukkelijk is vastgelegd in de betrokken verordening,[146] zich verzet tegen het in het geding zijnde Hongaarse sanctiestelsel op grond waarvan een forfaitaire geldboete wordt opgelegd voor elke inbreuk op de voorschriften van de betreffende verordening zonder dat rekening wordt gehouden met de ernst van de inbreuk. Verder acht het Hof het een probleem dat de nationale autoriteiten bij de oplegging van de boetes strikt zijn gebonden aan deze forfaitaire bedragen en geen rekening kunnen houden met de concrete omstandigheden van het geval en, in voorkomend geval, niet de bevoegdheid hebben de geldboete te verlagen. Het Hof concludeert dat de aan Urbán opgelegde boete onevenredig hoog is gezien de geringe ernst van de inbreuk en het feit dat het boetebedrag (ongeveer € 332) ongeveer gelijk staat met het gemiddelde nettomaandsalaris van een Hongaarse werknemer.

In zijn *AB*-noot vat Widdershoven de uitspraak van het Hof in die zin samen dat een stelsel van (gefixeerde) wettelijke forfaitaire geldboetes onder twee voorwaarden in overeenstemming is met het Unierecht: 'In de eerste plaats moet het stelsel

---

143 Zie in dit verband ook nader Y.E. Schuurmans, 'De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 115-142.

144 HvJ EU 9 februari 2012, *AB* 2012/56, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Marton Urbán*). Vgl. HvJ EU 19 juli 2012, *VN* 2012/51 (*EMS-Bulgaria Transport*).

145 Om precies te zijn gaf de regering per decreet nadere uitvoering aan de wet die de betreffende verordening implementeerde.

146 Art. 19 lid 1 en 4 Verordening 2006/561/EG.

wat betreft de voorgeschreven boetes in het licht van de door het stelsel beoogde doelstellingen differentiëren naar gelang de ernst van de overtreding. In de tweede plaats moeten de nationale autoriteiten en rechters bij de toepassing ervan toch rekening kunnen houden met de omstandigheden van het geval en, in voorkomend geval, de boete kunnen verlagen, in elk geval om redenen van draagkracht.'

#### 2.5.4.4 *Door EU-recht voorgeschreven gefixeerde boetes*

In een recente prejudiciële uitspraak inzake de overtreding van de regels inzake broeikasemissierechten lijkt het Hof echter een geheel andere koers te varen.[147] Het ging in deze zaak, anders dan in de zaak *Urbán*, echter om op het niveau van de Unie gefixeerde boetes. Het Hof is – anders dan advocaat-generaal Mengozzi – van oordeel dat de in de betreffende richtlijn neergelegde forfaitaire boete, die wordt opgelegd bij het niet tijdig melden van de emissierechten, evenzeer moet worden opgelegd aan exploitanten die weliswaar voldoende rechten hebben maar dit niet tijdig hebben gemeld. Volgens het Hof heeft de Unieregelgever hiermee terdege rekening gehouden en is het van groot belang voor de goede werking van het systeem dat de registratie goed op orde is. Daarnaast is het Hof van oordeel dat de relevante bepalingen van de richtlijn in die zin moeten worden uitgelegd dat de nationale rechter het bedrag van de forfaitaire boete waarin de richtlijn voorziet, niet kan wijzigen op grond van het evenredigheidsbeginsel. Daarbij merkt het Hof nog op dat het lidstaten vrijstaat om mechanismen te introduceren waardoor exploitanten te goeder trouw tijdig gewezen worden op hun inleververplichting.

Het Hof acht de door de Unieregelgever vastgestelde boete evenredig en overweegt dat de boete geen nadelen lijkt in te houden die buiten verhouding staan tot de voordelen doordat de Unie haar verplichtingen uit het Kyoto-protocol nakomt. Het Hof is van oordeel dat de Unieregelgever voldoende differentieert tussen de verschillende inbreuken. Waarschijnlijk wil het Hof in het kader van de uniforme toepassing van het EU-recht niet dat nationale rechters kunnen tornen aan deze boetebedragen. Met advocaat-generaal Mengozzi zijn wij van mening dat het passender was geweest als de nationale rechter (als eerstelijns Unierechter) wel een toetsing naar de evenredigheid van de boete in het voorliggende geval had kunnen verrichten.[148] Op deze wijze zou kunnen worden verzekerd dat een rechter zich kan uitspreken over de evenredigheid van de boete *in concreto* en dat zou ook passen in het door het Hof van Justitie zelf erkende beginsel van volledige rechtsmacht.[149]

#### 2.5.4.5 *Deelconclusie*

Geconcludeerd kan worden dat ook het Unierecht eisen stelt aan de evenredigheid van (op overtreding van EU-recht gestelde) sancties, waaronder bestuurlijke boetes.

---

147 HvJ EU 17 oktober 2013, zaak C-203/12, JM 2013/160, m.nt. W.T. Douma (*Billerud Karlsborg AB en Billrud Skärblacka AB*).

148 Conclusie van advocaat-generaal P. Mengozzi van 16 mei 2013 in zaak C-203/12.

149 Verder is het ook niet waarschijnlijk dat het Hof zichzelf nader over deze kwestie zal uitspreken. Dat is slechts denkbaar in het geval een nationale rechter een geldigheidsvraag zou stellen over de betrokken boeteregeling, stellende dat deze in strijd zou zijn met Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel. Het ligt echter niet voor de hand dat het Hof een dergelijk beroep zal honoreren gezien de uitspraak in de hier behandelde zaak.

Het beginsel heeft zelfs grondrechtelijke status verworven door codificatie in artikel 49, derde lid, Grondrechtenhandvest. De intensiteit waarmee de Luxemburgse rechters aan dit evenredigheidsbeginsel toetsen, lijkt te variëren afhankelijk van de voorliggende kwestie.

Het Hof toetst door de Commissie opgelegde mededingingsboetes vol op evenredigheid (uitdrukkelijk zo geïnstrueerd door artikel 31 van Verordening (EG) nr. 1/2003). Bij door het Unierecht aan lidstaten voorgeschreven sancties lijkt het Hof in het algemeen vrij terughoudend op evenredigheid te toetsen en vaak genoegen te nemen met op in de betreffende Unieregeling gemaakte afwegingen inzake evenredigheid. In de recente zaak inzake broeikasemissierechten ziet het Hof in een dergelijk geval zelfs geen bevoegdheid voor de nationale rechter weggelegd om op evenredigheid te toetsten. Deze laatste zaak staat in schril contrast tot de genoemde zaak *Urbán*, waarin het Hof korte metten maakt met het niet door het Unierecht voorgeschreven Hongaars sanctiestelsel, nu daarin niet voldoende was gedifferentieerd naar de ernst van de diverse overtredingen. Bovendien achtte het Hof de boete *in casu* ook onevenredig hoog. Al met al lijkt het Hof met twee maten te meten in deze: coulant voor de wettelijk gefixeerde boetes op EU-niveau en streng voor op nationaal niveau gefixeerde sancties. De twee uitspraken lijken moeilijk met elkaar te verenigen.[150] Uiteindelijk moet er naar ons oordeel echter altijd een rechter (op het niveau van de Unie en/of op nationaal niveau) zijn die beschikt over volledige rechtsmacht om de zaak te onderzoeken, zowel wat betreft de beoordeling van het recht als van de feiten.[151] Dit betekent dat de rechter de boete uiteindelijk moet kunnen toesnijden op de individuele omstandigheden van het geval (zoals de draagkracht van betrokkene) en de boete zo nodig moet kunnen bijstellen.

Voor de Nederlandse rechtsorde is deze evenredigheidsnorm van belang, indien de overheid uitvoering geeft aan EU-recht (zie artikel 51, eerste lid, Handvest). Dat is in ieder geval aan de orde als de overheid door de EU voorgeschreven sancties implementeert, maar ook ingeval het gaat om nationale sancties op overtreding van EU-regels die niet strikt worden voorgeschreven door het Unierecht.[152]

## 2.6 Conclusie

Aan het eind van dit hoofdstuk over het normatieve kader is het goed kort de balans op te maken (voor uitgebreidere deelconclusies bij artikel 6 EVRM en het EU-recht wordt verwezen naar par. 2.4.2.6 en 2.5.4.5). Uit het van origine nationaal (bestuurs-) recht volgt dat de rechter de hoogte van de bestuurlijke boete vol op evenredigheid moet kunnen toetsen. Zoals opgemerkt, gaat het hierbij strikt genomen om een volle toetsing van de aan het boetebesluit ten grondslag liggende belangenafweging. De rechter weegt zelf de belangen en beoordeelt of de uitkomst evenredig is. Minder

150 Zie J.H. Jans, *editorial ReaLaw* 2013-2, p. 1-3.

151 Zie bijv. HvJ EU 14 november 2013, zaak C-60/12 (*Marián Balaz*) in een prejudiciële procedure over de uitleg van een kaderbesluit van de Raad inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties.

152 Zie HvJ EU 26 februari 2013, *AB* 2013/131, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Akerberg Fransson*).

duidelijk is echter wat deze volheid of indringendheid precies inhoudt. De mate van indringendheid van deze toetsing lijkt af te hangen van de aard van de zaak, waarbij onder meer een rol kan spelen of er al voor de boeteoplegging afwegingen inzake evenredigheid zijn gemaakt door de wetgever en/of het bestuur.

Uit het recht op *full jurisdiction* van artikel 6 EVRM vloeit voort dat de rechter enige ruimte moet overhouden, zowel ten opzichte van het bestuur als de wetgever, om de evenredigheid van de sanctie in het concrete voorliggende geval te kunnen beoordelen.

Minder duidelijk echter is hoe intensief deze toetsing moet zijn. Dat hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Recente Straatsburgse jurisprudentie illustreert dat het Hof niet al te kritisch is op dit punt. Het lijkt erop dat het Hof pas zal ingrijpen als het met de evenredigheid echt de spuigaten uitloopt, een ultieme evenredigheidstoets dus met andere woorden.[153] Dat geldt zeker ook als de klacht over de (on)evenredigheid van de boete onder het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol wordt behandeld. Factoren die bij het bepalen van de proportionaliteit van een boete onder dit artikel mogelijk een rol spelen, zijn de draagkracht van de beboete (rechts)persoon (*FD*-zaak) en de cumulatie van diverse maatregelen (naast een boete inbeslagname van het gehele aan de grens niet aangegeven bedrag, zaak *Grifhorst*).

Anders dan in het EVRM, vindt het recht op evenredige bestraffing uitdrukkelijk bescherming in artikel 49, derde lid, EU-grondrechtenhandvest. Het lijkt er (vooralsnog) echter niet op dat dit leidt tot meer rechtsbescherming dan die reeds bestaat op grond van artikel 6 EVRM. In zaken betreffende op het niveau van de Unie gefixeerde mededingingsboetes die de Commissie oplegt, volgt Luxemburg de Straatsburgse jurisprudentie inzake *full jurisdiction* (zoals toegepast in de mededingingszaak *Menarini*). De intensiteit van de toetsing van op het nationale niveau opgelegde boetes varieert naar gelang deze boetes worden voorgeschreven door het Unierecht of niet. In geval van wettelijk gefixeerde boetes die niet worden voorgeschreven door het Unierecht (wat de lidstaat als het ware 'extra' doet ter naleving van EU-regels) lijkt het Hof een stuk indringender op evenredigheid te toetsen (zie de zaak *Urbán*) dan ingeval het gaat om door de EU zelf voorgeschreven boetes (zie de recente zaak betreffende broeikasemissierechten).

153 Vgl. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Mensenrechten als waarborg voor toegankelijk, zorgvuldig, voortvarend en evenredig bestuursrecht', *JB-plus* 2012, p. 180-194.

# 3 Beknopte analyse van de literatuur over evenredigheid

## 3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 zijn bij de behandeling van het normatieve kader al diverse standpunten uit de doctrine belicht; die zullen we hier dus niet allemaal *in extenso* herhalen.[154] Zoals reeds bleek uit hoofdstuk 2, heeft zich in de Nederlandse doctrine in het bijzonder discussie voorgedaan over de vraag of de rechter in een systeem van wettelijk gefixeerde boetes niet te veel wordt beknot in zijn toetsingsmogelijkheden van de evenredigheid van de boete *in concreto*. Wij zagen daar ook dat de Vierdetranchewetgever (bij monde van de regering in de memorie van toelichting) ervan uitgaat dat een dergelijk systeem artikel 6 EVRM-*proof* is en dat de rechter dan in beginsel dient uit te gaan van de door de wetgever verrichte evenredigheidstoets.[155] Diverse schrijvers menen dat een indringende en zelfs ambtshalve rechterlijke toetsing op evenredigheid van de hoogte van de bestuurlijke boeten ook moet plaatsvinden bij wettelijk vastgestelde boeten.[156] Zij benadrukken dat in het 'echte' strafrecht de rechter steeds zelf de straf vaststelt en ook wanneer de betrokkene daar niet (expliciet) om vraagt nagaat of de straf evenredig is. Zij vinden dat bestuur en rechter bij bestuurlijke boeten ook steeds ambtshalve moeten nagaan of zich bijzondere omstandigheden voordoen die een boete onevenredig maken.

## 3.2 Opvattingen over volheid toetsing

De heersende opvatting in de doctrine is dat de rechter in geval van bestraffende sancties, zoals bestuurlijke boetes, een indringende of 'volle' toetsing moet kunnen verrichten van de evenredigheid tussen de hoogte van de punitieve sanctie aan de ene kant, en de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid aan de andere kant.[157] De rechter moet de onderliggende belangenafweging als het

154 Op vele plaatsen in ons preadvies verwijzen wij naar diverse annotatoren; die zullen we in dit hoofdstuk niet nog eens apart noemen.

155 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 141-143.

156 Zie bijv. Albers 2002, p. 248-252; A.R. Hartmann & L.J. Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb', NJB 2004, p. 1877-1882.

157 Zie bijv. Albers in haar preadvies en verder zonder de pretentie van volledigheid: Jansen 2013, p. 399; Jansen 2012; Stijnen 2011, p. 680; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2011, p. 443-444; Schlössels & Zijlstra 2010, p. 415-416. Zie kritisch over de indringendheid van de rechterlijke

ware indringend kunnen nawegen.[158] Veel auteurs menen dat deze eis voortvloeit uit artikel 6 EVRM.[159] Ook de Vierdetranchewetgever gaat hiervan uit[160] en in de bestuursrechtspraak wordt in dit verband ook vaak naar artikel 6 EVRM verwezen.[161]

Een enigszins afwijkend standpunt verkondigen Michiels en De Waard in hun onderzoek over rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties in opdracht van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.[162] Zij concluderen dat uit de Straatsburgse jurisprudentie over artikel 6, eerste lid, EVRM volgt dat de rechter bevoegd moet zijn de proportionaliteit van de (*in concreto*) opgelegde sanctie te beoordelen, maar dat het Hof hierbij niet aangeeft hoe intensief die beoordeling dient te zijn.[163] De eisen ten aanzien van de mate van de indringendheid van de rechterlijke toetsing lijkt het Hof volgens hen te laten afhangen van de aard van de zaak.[164] Michiels en De Waard concluderen daarnaast dat de terughoudende wijze waarop bestuursrechters toetsen in geval van wettelijk of bij beleidsregel gefixeerde boetes verenigbaar is met het EVRM (en met het EU-recht). De indringendheid van de toetsing is volgens hen het grootst bij afwezigheid van regels inzake sanctiezwaarte en neemt af bij in beleidsregel vastgestelde tarieven en is nog minder indringend bij wettelijk gefixeerde boetes.[165]

## 3.3 Toetsing bij wettelijk gefixeerde boetes

Wij zijn – anders dan Albers in haar preadvies – van oordeel dat een wettelijk gefixeerd boetesysteem in beginsel in overeenstemming is met artikel 6 EVRM, alhoewel voor een EVRM-conform resultaat uiteindelijk beslissend is of in het concreet voorliggende geval een evenredig resultaat (dus een evenredige boete) wordt bereikt.[166] Voor Straatsburg maakt niet uit hoe en via wie (wetgever, bestuur en/of rechter) dit wordt bereikt, alleen het resultaat telt. Op zichzelf hebben Michiels en De Waard hierbij deels een punt dat de indringendheid van de rechterlijk toetsing afneemt bij wettelijk gefixeerde boetes. Dit gaat echter voorbij aan het te bereiken evenredige resultaat *in concreto*. Zo zal de rechter indringender moeten toetsen als de wetgever bepaalde relevante factoren niet in de evenredigheidstoets heeft verwerkt.

---

toetsing bij Wav-boetes o.m. A. Klap & P. Krop, '"Say yes!" Commentaar bij de Evaluatie Invoering bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen', *NJB* 2010, 1154; C.M. Saris, 'De bestuurlijke boete en de evenredigheidstoets. Een lege huls? De Wet arbeid vreemdelingen: van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving', *NTB* 2012, p. 103-110 en Klap 2012, p. 322-335.

158 Vgl. reeds Duk 1981, p. 231-238.

159 Zie onder meer Albers 2002; Bröring 2005, p. 61; Jansen 2012; Jansen 2013, p. 399.

160 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 127-128 en 141-143.

161 Zie bijv. ABRvS 17 juni 2009, *AB* 2009/350, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

162 Michiels & De Waard 2007. Vgl. ook De Waard 2010, p. 469-486.

163 Michiels & De Waard 2007, p. 81, 95 en 103.

164 Michiels & De Waard 2007, p. 132. Zie ook De Waard 2010, p. 472.

165 Michiels & De Waard 2007, p. 104.

166 Zie eerder T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 61-64 en 90 en Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 147-151; in gelijke zin Stijnen 2011, p. 142.

## 3.4 Strengere eisen bij *criminal charge*?

Doorgaans wordt aangenomen dat in het geval van een 'criminal charge' zwaardere eisen gelden dan wanneer het geschil alleen zou gaan om 'civil rights and obligations'. In het bijzonder gaat het dan om de verplichting voor de rechter om een indringende of 'volle' toetsing te verrichten van de evenredigheid tussen de hoogte van de punitieve sanctie aan de ene kant, en de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid aan de andere kant.[167] Vaak wordt deze verplichting afgeleid van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende vereiste van 'full jurisdiction', maar uit de analyse in hoofdstuk 2 wordt niet duidelijk of verschil moet worden gemaakt in de intensiteit van de toetsing naar gelang sprake is van de vaststelling van 'civil rights and obligations' dan wel een 'criminal charge'. Wel gelden, zoals bekend, bij het opleggen van punitieve bestuurlijke sancties bijzondere waarborgen met betrekking tot het *bewijs*.[168] Veelal staan deze in verband met de in artikel 6, tweede lid, EVRM gegarandeerde onschuldpresumptie. In zijn algemeenheid kan men stellen dat bij het opleggen van een punitieve sanctie aan de bewijsvoering van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit strenge eisen worden gesteld.[169] Verder volgt uit de onschuldpresumptie van artikel 6, tweede lid, EVRM dat de bewijslast voor wat betreft de (rechts)feiten, welke de overtreding constitueren, volledig ligt bij het boete opleggende orgaan.[170]

## 3.5 Volle toetsing evenredigheid, maar wat betekent dit?

In wetgeving, rechtspraak en doctrine bestaat een grote mate van eenstemmigheid over het feit dat de rechter de evenredigheid van (de hoogte van) de boete 'vol' of 'indringend' moet toetsen. Veel minder overeenstemming c.q. duidelijkheid bestaat over de vraag wat dit precies inhoudt, in het bijzonder bij wettelijk of bij beleidsregel gefixeerde boetetarieven. Naar ons oordeel moet de rechter altijd goed of indringend kijken naar de diverse factoren die de evenredigheid bepalen. De uitkomst van deze rechterlijke toetsing hangt af van diverse omstandigheden. Naarmate meer (evenredigheids)factoren reeds door de wetgever of beleidsregelgever in de hoogte van de boetes zijn verdisconteerd, zal er minder snel reden zijn voor de rechter om het resultaat van deze afweging *in abstracto* in het concrete geval te corrigeren. Daarbij geldt echter wel dat de rechter als sluitpost in staat moet worden gesteld een evenredige boete *in concreto* te verzekeren waarbij hij met alle relevante (matigings-) factoren rekening kan houden. Welke factoren in de jurisprudentie een rol spelen, komt in het nu volgende hoofdstuk aan de orde.

---

167 Vgl. De Waard 2010, p. 469-486 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 141-143.
168 Vgl. Barkhuysen & Damen e.a. 2007.
169 Vgl. ABRvS 15 februari 2001, *JB* 2001/88, m.nt. Albers (*APK-keurder*).
170 ABRvS 15 april 1999, *RAwb* 1999/146, m.nt. A.M.L. Jansen.

# 4 Drie hoogste bestuursrechters over evenredigheid aan de hand van casestudies

## 4.1 Inleiding

Hierna zullen drie casestudies worden behandeld die inzicht geven in hoe de drie hoogste bestuursrechters – CBb, CRvB en ABRvS – in de praktijk de evenredigheid van gefixeerde boetes beoordelen.[171] Daarbij hebben wij enkele boetestelsels geselecteerd op basis van tussen 1 januari 2009 en 1 november 2013 gepubliceerde uitspraken. Onze keuze is voornamelijk gebaseerd op het aantal uitspraken dat over een bepaald boetestelsel is gepubliceerd, zodat een zo representatief mogelijk beeld kan worden geschetst. Tegelijkertijd is het onmogelijk de overvloedige bestuurlijke boetejurisprudentie compleet in beeld te brengen, zodat we voorzichtig moeten zijn met het trekken van al te stellige conclusies. Met dit voorbehoud in het achterhoofd, kunnen we na analyse van de door ons bestudeerde jurisprudentie wel een aantal tendensen signaleren. Voor de vergelijking is uitgegaan van een aantal geselecteerde omstandigheden. Afhankelijk van het boetestelsel is onderzocht of onder meer de duur, de aard en omvang van een overtreding, het niet of weinig behaalde voordeel, de financiële draagkracht en het al dan niet moedwillig of opzettelijk overtreden van het wettelijk voorschrift van invloed is op de hoogte van de boete, en zo ja in welke gevallen.[172]

---

171 De jurisprudentie ten aanzien van evenredigheid van boetes op grond van de Wet Mulder wordt derhalve niet behandeld in dit preadvies. Deze wettelijk gefixeerde boete kan worden gematigd of op nihil gesteld omdat de omstandigheden waaronder de gedraging heeft plaatsgevonden een sanctie niet billijken, dan wel vanwege de omstandigheden waarin de betrokkene verkeert (art. 9, tweede lid, WAHV). Vgl. Hof Leeuwarden 21 maart 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BD3058. Boete werd met 50 procent gematigd omdat de overtreder met spoed met een hond naar de dierenarts moest. Hof Leeuwarden 3 mei 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AP1485. Boete werd met 50 procent gematigd vanwege slechte financiële situatie van de overtreder. Hof Leeuwarden 24 februari 2012, ECLI:NL:GHLEE:2010:BX0444. Ten gevolge van de psychische toestand werd de boete op nihil gesteld. HR 29 september 1992, NJ 1993/32. Overtreder had te hard naar het ziekenhuis gereden vanwege zijn in nood verkerende moeder. Hof Leeuwarden 20 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR1594. Boete werd met 50 procent gematigd vanwege de financiële situatie en de omstandigheid dat bij een ziekenhuisbezoek alle parkeerplaatsen bezet waren, waardoor overtreder gebruik had gemaakt van een gehandicaptenparkeerplaats.

172 Andere argumenten zoals het meewerken aan het onderzoek van de toezichthouder, het beëindigen van de overtreding na de controle, het feit dat een overtreder heeft vertrouwd op adviezen

In de eerste plaats wordt de evenredigheid van boetes op grond van de financiële toezichtwetgeving en de Tabakswet door het CBb besproken. In de tweede plaats komt de jurisprudentie van de CRvB aan bod over schending van de inlichtingenplicht op grond van diverse wetten van de sociale zekerheid. Als laatste casestudie wordt de jurisprudentie van de (vreemdelingenkamer van de) ABRvS in boetezaken op grond van de Wav behandeld. Daarbij wordt tevens kort aandacht besteed aan boetezaken die de algemene kamer van de Afdeling sinds 1 januari 2009 heeft behandeld.

De casestudies van de Centrale Raad en het CBb zien beide op wettelijk gefixeerde boetes. De Wav kent daarentegen een bij beleidsregel gefixeerde boete. Voor het onderzoek wordt uitgegaan van de wet- en regelgeving zoals die luidden ten tijde van de uitspraken. Dat betekent bijvoorbeeld dat de aanzienlijke verhoging per 1 januari 2013 van boetes in de sociale zekerheid en de Wav niet betrokken is in dit onderzoek.[173] Ten slotte verdient vermelding dat een goede analyse van de jurisprudentie in nogal wat gevallen aan enige beperking onderhevig is. Dat heeft onder meer te maken met de omstandigheid dat de feiten en omstandigheden waaronder de overtreding is begaan (bijvoorbeeld de feitelijke en juridische verhoudingen, de duur en omvang van de overtreding en inhoud van de overgelegde financiële gegevens) en argumenten ter onderbouwing van de stelling dat de opgelegde boete niet evenredig is, niet of beperkt zijn beschreven in de uitspraken, of dat volstaan wordt met de standaardopmerking dat gelet op de feiten en omstandigheden van het geval er geen aanleiding bestaat boetes te matigen.

## 4.2 CBb: financiële toezichtwetgeving en Tabakswet

### 4.2.1 *Introductie*

Voor de eerste casestudie is, zoals hiervoor is opgemerkt, gekozen voor boetes op grond van de financiële toezichtwetgeving[174] en de Tabakswet. Indien zou zijn gekozen voor een van beide stelsels zou dat een te beperkt beeld opleveren, vanwege het geringe aantal uitspraken.[175] De keuze is bovendien ingegeven door de aanzienlijke

---

van zijn deskundige of het bestuursorgaan, cumulatie van boetes, enz. zijn niet onderzocht. Bovendien is geabstraheerd van specifiek in het desbetreffende boetestelsel bestaande factoren.

173 Wet van 4 oktober 2012 tot wijziging van de wetgeving op het beleidsterrein van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in het kader van de harmonisatie en aanscherping van de sanctiemogelijkheden ter versterking van de naleving en handhaving en bestrijding van misbruik en fraude (Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving), *Stb.* 2012, 462. Zie nader A. Tollenaar, 'Aanscherping sanctiebeleid SZW-wetten beoordeeld: vliegt de wetgever uit de bocht?', *Beleid en Maatschappij* 2013-2, p. 118-132.

174 Wft (en diens voorgangers: Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995), Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992), Wet financiële dienstverlening (Wfd), Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bfp 2000) en Wet toezicht trustkantoren (WTT)).

175 Onderzocht zijn in totaal 24 uitspraken, waarvan tien op het gebied van de financiële toezichtwetgeving en veertien zaken op grond van de Tabakswet.

hoogte van de boetes.[176] Wat de Tabakswet en de financiële toezichtwetgeving gemeen hebben, is dat zij een bij wet gefixeerd boetestelsel hebben. De boetes voor overtreding van het rook- en reclameverbod op grond van de Tabakswet zijn in een Bijlage bij de wet gefixeerd. De financiële toezichtwetgeving (bijvoorbeeld Wet op het financieel toezicht (verder: Wft)) kent een bij algemene maatregel van bestuur – thans Besluit bestuurlijke boetes financiële sector – gefixeerd stelsel.[177] Het gaat bijvoorbeeld om boetes die op grond van de Wft zijn opgelegd voor het zonder vergunning bemiddelen in financiële producten (zoals verzekeringen). Daar waar bepaalde uitspraken een (te) beperkt of onduidelijk beeld opleveren ten aanzien van de beoordeling van de factoren die bepalend (kunnen) zijn voor de boetehoogte, wordt in enkele noten verwezen naar uitspraken op grond van andere boetestelsels[178] dan wel naar uitspraken van vóór 1 januari 2009. Zoals hiervoor is opgemerkt, wordt voor de analyse uitgegaan van de wetgeving zoals die ten tijde van de uitspraken luidde. De onderzochte stelsels gaan ervan uit dat het bevoegd gezag de boete in bijzondere omstandigheden kan matigen.[179] In de Bijlage bij de Tabakswet (oud) wordt onderscheid gemaakt in verschillende categorieën van overtredingen die alle weer differentiëren in boetebedragen bij eerste en herhaaldelijke overtredingen. In de financiële toezichtwetgeving is expliciet bepaald dat draagkracht bij de boetehoogte beoordeeld moet worden.[180]

Uit de rechtspraak in boetezaken op het gebied van het financiële toezicht en de Tabakswet blijkt in elk geval dat er een groot aantal omstandigheden is dat van invloed kan zijn op de hoogte van de gefixeerde boete. Dat de boete wettelijk gefixeerd is, doet daaraan niet af. Het CBb toetst de (hoogte van) de boetes vol aan het evenredigheidsbeginsel,[181] tenminste als de wetgever niet heeft voorzien in een bepaalde omstandigheid die hij bij de bepaling van de hoogte van de boete reeds betrokken heeft.[182] Het gaat om omstandigheden waarmee de wetgever bij de vaststelling van het boetebedrag geen rekening heeft gehouden. Op die wijze zal in de

---

176 Voor overtredingen op grond van de Wft (oud) geldt bijvoorbeeld dat de maximale boete voor de 5e categorie destijds € 96.000 was (art. 2 Besluit boetes Wft (oud)). Een boete voor een eerste overtreding van categorie A overtredingen (de zwaarste categorie) bedroeg blijkens de Bijlage bij de Tabakswet (oud) voor fabrikanten maximaal € 45.000.

177 Art. 1:81 Wft: (thans) Besluit bestuurlijke boetes financiële sector. Zie voor een uitgebreide beschrijving van het systeem van de huidige Tabakswet en Wft: Bröring e.a. 2012, p. 130 en 170 e.v.

178 Het gaat om boetezaken op grond van de Telecommunicatiewet (Tw), Meststoffenwet (MW), Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), Spoorwegwet, Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (Wko) en Warenwet (WaW).

179 Uit de uitspraken blijkt niet dat er beleid was waarin de bestuursorganen in kwestie (AFM, DNB en NVWA) nadere invulling gaven aan bijzondere omstandigheden. Uit de uitspraken op grond van de financiëletoezichtwetgeving kan evenwel worden afgeleid dat de AFM en DNB bij het bepalen van de boetehoogte wel rekening hielden met opzet en benadeling van derden.

180 Bijv. art. 6, tweede lid, Besluit boetes Wft (oud).

181 Strikt genomen gaat het om een volle toetsing van de aan het boetebesluit ten grondslag liggende belangenafweging (zie par. 2.3.1); zoals daar reeds aangegeven zullen wij in de rest van het betoog gemakshalve ook spreken van volle toetsing (op evenredigheid) van het boetebesluit.

182 O.a. CBB 30 januari 2009, *AB* 2010/145, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Wet Bfp 2000); CBb 1 september 2011, *AB* 2011/310, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (WTT); CBb 26 maart 2013, *JOR* 2013/172, m.nt. V.H. Affourtit (Wfd); CBb 24 april 2012, *JOR* 2012/220, m.nt. J.A. Voerman en A.J.P. Tillema (Wft) en CBb 22 mei 2008, ECLI:NL:CBb:BD2542 (Tabakswet).

regel recht kunnen worden gedaan aan de vereiste evenredigheid *in concreto* tussen de hoogte van de boete en de aard en ernst van de geconstateerde overtreding. Dat betekent dat het CBb de wetsgeschiedenis raadpleegt om te kijken welke factoren al dan niet door de wetgever van belang zijn gevonden bij de bepaling van de hoogte van de boete.[183] Ook als het gaat om een beperkt geldbedrag (van enkele honderden euro's) vindt een volle toetsing plaats, tenzij de wetgever heeft bepaald dat alleen vanwege (zeer) bijzondere omstandigheden matiging van een laag gefixeerd boetebedrag aan de orde kan zijn.[184] In dergelijke gevallen geldt als uitgangspunt dat alleen wanneer sprake is van zeer bijzondere en zwaarwegende omstandigheden aanleiding bestaat om de niet al te hoge boetebedragen te matigen. Gaat het om hoge boetes dan beoordeelt het CBb of het bestuursorgaan bij het bepalen van de hoogte van de boete ook betrokken heeft: de duur van de overtreding, het eventueel behaalde voordeel, of sprake is van opzet, de omvang van de overtreding, eventuele benadeling van derden, de grootte van de onderneming, de draagkracht en persoonlijke omstandigheden. Deze factoren worden hierna toegelicht.

### 4.2.2 *Duur*

De kans dat een boete wordt gematigd, is groter naarmate de overtreding een korte periode heeft geduurd.[185] In een situatie waarin de overtreding meer dan een half jaar[186] of enkele jaren[187] had geduurd, acht het CBb (verdergaande) matiging niet passend.[188] Ter nuancering wordt opgemerkt dat niet in alle gevallen de korte duur van

---

183 Vgl. CBb 22 februari 2012, *JOR* 2012/146, m.nt. C. Bruil en M. Nelemans (Wte 1995). Het CBb leidt uit de memorie van toelichting af dat de gefixeerde boetebedragen met name zijn gestoeld op de ernst van de overtreding en bovendien is uitgangspunt dat de hoogte van de boete in ieder geval het voordeel dat in de regel met de overtreding kan worden behaald, dient te overtreffen.

184 Vgl. CBb 21 juni 2011, ECLI:NL:CBb:2011:BQ9556 (Tabakswet); CBb 21 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ9564 (Tabakswet), en CBb 21 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9590 (Tabakswet). In deze zaken worden de gefixeerde boetes van € 300 die zijn opgelegd wegens overtreding van het rookverbod niet gematigd, omdat volgens het CBb geen sprake is van zeer bijzondere omstandigheden waardoor matiging op zijn plaats is. Gelet op het door de wetgever gekozen systeem van uniforme – niet al te hoge – boetebedragen, waarbij in beginsel wordt geabstraheerd van de omstandigheden waaronder de overtreding wordt begaan, moet er uit een oogpunt van een hanteerbaar en consistent straftoemetingsbeleid sprake zijn van zeer bijzondere en zwaarwegende omstandigheden wil gebruikmaking van de mogelijkheid tot matiging van de boete geboden zijn. Anders: CBb 16 november 2010, *JB* 2011/54 (MW). Gefixeerde boete van € 300 wordt met 50 procent gematigd onder andere omdat de overtreder zich niet bewust was van de overtreding. NB sinds 2011 is de boete wegens overtreding van het rookverbod met 100 procent verhoogd en bedraagt € 600, mits voor de eerste keer begaan.

185 CBb 12 januari 2010, *JOR* 2010/100, m.nt. R.A. Stegeman (Wtk 1992). Overigens blijkt niet uit de uitspraak hoe lang de overtredingen hadden geduurd.

186 CBb 11 februari 2013, *JOR* 2013/110 (Wft). Een periode van acht maanden kwalificeert het CBb als 'geruime tijd'.

187 CBb 1 september 2011, *AB* 2011/310, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *JOR* 2011/339, m.nt. J.A. Voerman (WTT). Onder meer omdat de overtreding twee jaar had geduurd, acht het CBb de gefixeerde boete van € 87.125 passend. Vgl. vier jaar: CBb 15 juni 2012, *JOR* 2012/291, m.nt. M. van Eersel (WTT).

188 Zie ook CBb 12 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:155 (Wko). Nu sprake is van herhaalde overtredingen in meerdere jaren, is de opgelegde boete passend en geboden.

een overtreding tot matiging aanleiding kan geven. In het geval een overtreding van relatieve korte duur is, maar een grote omvang heeft, leidt dat niet tot matiging.[189]

### 4.2.3 *Aard en omvang*

Hiervoor is al opgemerkt dat ook de aard en omvang van de overtreding omstandigheden zijn die bij de hoogte van de boete een rol spelen, wanneer de wetgever daarmee geen rekening heeft gehouden.[190] In het kader van de boetezaken op grond van de Tabakswet is hierover de nodige jurisprudentie verschenen. Daarbij kan gedacht worden aan het bereik van de overtreding van het reclameverbod. Dit kan afhangen van de grootte van een evenement,[191] de oplage van tijdschriften en de daarmee te bereiken doelgroep.[192] Is het bereik beperkt, dan dient dat tot verlaging van de gefixeerde boete te leiden.[193] Als het bereik daarentegen groot is, acht het CBb de maximale boete eerder in verhouding staan tot de ernst van de overtreding.[194]

---

189 CBb 4 april 2013, NJB 2013, 1357 (Whc). Omdat onder meer gedurende drie maanden meer dan 2.000.000 e-mailberichten waren verstuurd, kan niet worden gezegd dat de overtredingen als minder ernstig moeten worden aangemerkt.

190 In de jurisprudentie die is verschenen op grond van de Tabakswet komt het CBb aan de beoordeling van de aard en omvang van de overtreding toe na de constatering dat uit de wetsgeschiedenis niet blijkt dat de wetgever zich bij de vaststelling van het aangewezen boetebedrag rekenschap heeft gegeven van de mogelijkheid dat de omvang van de overtredende (rechts)persoon in relevante mate kan verschillen.

191 CBb 16 september 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO5317 (Tabakswet), en CBb 16 september 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO5320 (Tabakswet). In beroep waren de boetes mede naar aanleiding van het voorstel van het bevoegd gezag gematigd met 50 procent. Daarbij werd verwezen naar de uitspraak CBb 22 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD2542 (Tabakswet). In die uitspraak matigde het CBb de boete met 50 procent vanwege de kleinschaligheid van het evenement. Daarbij werd van belang geacht dat één koppel met ieder een draagbak met te koop aangeboden tabaksproducten aangetroffen was op een bezoekersaantal van enkele honderden personen.

192 CBb 22 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG8819 (Tabakswet). Naast de omstandigheid dat het ging om een kleinschalig evenement, acht het CBb van belang dat het zich niet op de bijzondere belangstelling van jongeren mag verheugen. CBb 15 december 2006, AB 2007/280, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, JB 2007/35, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Tabakswet). Boetes van € 45.000 worden gematigd tot € 10.000 omdat het CBb van betekenis acht dat de overtredingen zien op het op betrekkelijk kleine schaal om niet uitreiken van sigaren op een op horecaondernemers gerichte vakbeurs en niet om bijv. het grootschalig uitreiken van sigaretten aan bezoekers van een hoofdzakelijk op jongeren gericht evenement. In het laatst genoemde geval zou de overtreding als wezenlijk ernstiger zijn aan te merken en een hoge boete gerechtvaardigder zijn, aldus het CBb.

193 CBb 28 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK4860 (Tabakswet). Het vakblad waarin de tabaksreclame was vermeld, heeft zowel in kwalitatieve als in kwantitatieve zin een beperkt bereik. Het blad is niet op consumenten gericht. Bovendien is de oplage beperkt (ongeveer 18.500 exemplaren). De boete wordt met ruim 50 procent gematigd. CBb 28 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK4973 (Tabakswet). Het CBb matigt de boete met 75 procent, onder meer omdat het blad in kwestie een oplage had van ongeveer 2.200 exemplaren. Vgl. CBb 28 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK4968 (Tabakswet).

194 CBb 28 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK4874 (Tabakswet). Het CBb matigt de gefixeerde boete van € 45.000 niet, omdat o.a. ongeoorloofde tabaksreclame was gemaakt in een landelijk dagblad. CBb 4 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ6450 (Tabakswet). Omdat o.a. via het internet ongeoorloofde tabaksreclame was gemaakt, is vanwege het grote bereik geen plaats voor matiging.

### 4.2.4 *Voordeel*

Op zichzelf kan de omstandigheid dat een overtreder geen voordeel of profijt heeft genoten van zijn overtreding dan wel dat dit niet is vastgesteld een reden voor matiging zijn. Voor matiging is geen plaats indien de wetgever met het (hoge) boetebedrag specifiek gedrag heeft willen voorkomen[195] of het te behalen voordeel bij de bepaling van het boetebedrag heeft afgewogen.[196] Wanneer de betrokkene geen of weinig voordeel heeft behaald van de overtreding leidt dat over het algemeen tot boetematiging.[197] Uitgangspunt voor boetematiging in zo'n geval is wel dat niet alleen het voordeel wordt afgeroomd.[198] Wordt daarentegen met de overtreding omzet[199] of provisie[200] behaald, dan zal dat ertoe leiden dat de opgelegde boete enkel om die reden niet gematigd zal worden.[201]

### 4.2.5 *Opzet*

Of sprake is van het opzettelijk, doelbewust of moedwillig niet naleven van het wettelijk voorschrift is een factor die het CBb bij de boetehoogte betrekt. Dat opzet geen onderdeel uitmaakt van de delictsomschrijving is daarvoor niet van belang. Blijkt dat de overtreder bewust de overtreding heeft begaan, dan merkt het CBb dat aan als een ernstiger overtreding dan wanneer dat niet het geval is.[202] Het niet doelbewust handelen merkt het CBb daarom aan als een factor voor boetematiging.[203] Is sprake van een overtreding die willens en wetens is begaan, dan geldt dat voor matiging van de boete in beginsel geen aanleiding is.[204]

---

195 CBb 4 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2009:BJ6450 (Tabakswet). Omdat de wetgever calculerend gedrag voor tabaksfabrikanten wilde voorkomen, slaagt het argument dat geen of slechts zeer beperkt commercieel voordeel was genoten niet.

196 CBb 21 mei 2013, *JBO* 2013/108, m.nt. D. van der Meijden (MW), en CBb 21 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA2239 (MW).

197 CBb 12 januari 2010, *JOR* 2010/100, m.nt. R.A. Stegeman (Wtk 1992). Betrokkene had slechts in twee gevallen iets verdiend, hetgeen een omstandigheid is op basis waarvan de rechtbank terecht gematigd had. CBb 11 februari 2013, *JOR* 2013/110 (Wft); CBb 15 juni 2012, *JOR* 2012/291, m.nt. M. van Eersel (WTT); CBb 24 april 2012, *JOR* 2012/220, m.nt. J.A. Voerman en A.J.P. Tillema (Wft), en CBb 22 februari 2012, *JOR* 2012/146, m.nt. C. Bruil en M. Nelemans (Wte 1995).

198 CBb 22 februari 2012, *JOR* 2012/220, m.nt. C. Bruil en M. Nelemans (Wte 1995). Volgens het CBb heeft de rechtbank ten onrechte met de boetematiging alleen het behaalde voordeel ontnomen. De rechtbank gaat daarmee voorbij aan het punitieve karakter van een boete.

199 CBb 15 juni 2012, *JOR* 2012/291, m.nt. M. van Eersel (WTT). Het CBb matigt de gefixeerde boete niet, omdat betrokkene o.a. door de overtreding jaarlijks een omzet van € 105.000 had behaald.

200 CBb 11 februari 2013, *JOR* 2013/110 (Wft). Hoewel betrokkene een fors bedrag aan provisies had verdiend, had de AFM de boete o.a. wegens de omstandigheid dat consumenten niet waren benadeeld alsnog terecht gematigd.

201 CBb 1 september 2011, *AB* 2011/310, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *JOR* 2011/339, m.nt. J.A. Voerman (Wft). De hoogte van het voordeel – zelfs indien uitgegaan moet worden van het berekende voordeel van bijna € 7.000 – is niet zodanig dat dat zou moeten leiden tot matiging.

202 CBb 15 juni 2012, *JOR* 2012/291, m.nt. M. Van Eersel (WTT).

203 CBb 11 februari 2013, *JOR* 2013/110 (Wft). De vaststelling dat betrokkene niet de intentie had om de Wft te overtreden was voor AFM reden om boete te matigen, welke matiging het CBb evenredig oordeelt.

204 CBb 7 mei 2013, *JOR* 2013/210 (Wft); CBb 1 september 2011, *AB* 2011/310, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *JOR* 2011/339, m.nt. J.A. Voerman (WTT). Geen matiging van de maximaal opgelegde boete

### 4.2.6 *Financiële situatie/draagkracht*

Daarnaast is voor de bepaling van de boetehoogte ook de financiële situatie van een beboete (rechts)persoon van belang.[205] Voor de draagkracht geldt dat het op de weg van de betrokkene ligt om te bewijzen dat zijn financiële positie zodanig verzwakt is dat daarmee met de bepaling van de boetehoogte rekening moet worden gehouden.[206] Slaagt de betrokkene daarin, dan wordt de boete gematigd.[207] Welke informatie naast recente financiële stukken precies moet worden verstrekt, kan uit de bestudeerde jurisprudentie niet worden afgeleid.[208] Dat geldt ook voor de vraag welke omstandigheden daarvoor relevant zijn, naar welke periode gekeken wordt en welke situatie welke matiging rechtvaardigt. In elk geval lijkt het CBb de financiële situatie van een overtreder, zoals die in hoger beroep bestaat, doorslaggevend te achten voor de vraag of matiging in de rede ligt.[209]

### 4.2.7 *Doelstelling: benadeling derden*

In de onderzochte jurisprudentie speelt ook een rol of de overtreding heeft geleid tot benadeling van derden. Wanneer blijkt dat derden (bijvoorbeeld consumenten) geen nadeel hebben ondervonden van de overtreding, wordt dat als (zelfstandige) matigingsgrond verdisconteerd in de hoogte van de boete.[210] Blijkt dat derden door

---

omdat betrokkenen zich ervan bewust waren dat zij stelselmatig in strijd met de WTT handelden. CBb 15 juni 2012, JOR 2012/291, m.nt. M. van Eersel (WTT); CBb 28 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK4874 (Tabakswet). Mede omdat een multinationale onderneming doelbewust de grenzen van het reclameverbod had overtreden, is dat een van de omstandigheden die geen boetematiging rechtvaardigt. CBb 4 april 2013, NJB 2013, 1357 (Whc).

205 CBb 19 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0275 (Wft); CBb 7 mei 2013, JOR 2013/210 (Wft), en CBb 12 januari 2010, JOR 2010/100, m.nt. R.A. Stegeman.

206 CBb 19 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0275 (Wft); CBb 7 mei 2013, JOR 2013/210 (Wft). Zie ook CBb 24 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BL4453 (WaW), en CBb 21 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA2239 (MW).

207 CBb 19 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0275 (Wft), en CBb 7 mei 2013, JOR 2013/210 (Wft). Het CBb laat de door de AFM toegepaste matiging waarmee rekening werd gehouden met de financiële situatie van betrokkene in stand.

208 CBb 21 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA2239 (MW). Betrokkene had geen gegevens overgelegd van het jaar waarin de boete was opgelegd.

209 CBb 28 februari 2012, JB 2012/134, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (MW). De rechtbank had met verwijzing naar vaste jurisprudentie van de Afdeling in een Wav-zaak (ABRvS 17 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7783) geoordeeld dat er geen plaats was voor matiging van boetes voor een bedrag van € 34.439. De rechtbank wees op fiscale gegevens over 2008 waaruit bleek dat een winst van € 166.575 was behaald. Het CBb oordeelt anders en verdisconteert in de matiging onder meer de situatie dat de overtreder in kwestie ten tijde van het hoger beroep een AOW-inkomen heeft van € 1.420 per maand en zijn bedrijfsuitoefening nagenoeg beëindigd heeft.

210 CBb 11 februari 2013, JOR 2013/110 (Wft). Omdat de AFM de boete gematigd had onder meer omdat appellant geen consumenten had benadeeld, acht het CBb geen plaats voor verdergaande matiging. CBb 26 maart 2013, JOR 2013/172, m.nt. V.H. Affourtit (Wfd). Het CBb acht de door de AFM gematigde boete niet evenredig, omdat de AFM in vergelijkbare zaken, waarbij ook niet was komen vast te staan dat consumenten waren benadeeld, de boetes aanzienlijk verder had gematigd dan in de onderhavige zaak. Het CBb matigt de boete daarom nog verder. CBb 7 mei 2013, JOR 2013/210 (Wft). Het CBb is weliswaar van oordeel dat het feit dat consumenten niet waren benadeeld bij de verwijtbaarheid betrokken had moeten worden, maar dat dat in dit geval

de overtreding wel (kunnen) zijn geschaad, dan merkt het CBb dat niet als een verzachtende omstandigheid aan.[211]

### 4.2.8 *Grootte onderneming*

Daarnaast kan de grootte van de onderneming ook een rol spelen bij de bepaling van de hoogte van de boete. Indien de hoogte van de gefixeerde boete enkel uitgaat van grote ondernemingen, zal de boete gematigd worden als een kleine(re) onderneming de desbetreffende overtreding begaat.[212] Dat geldt niet als dezelfde overtreding begaan wordt door een grote onderneming waarop de wetgever bij het bepalen van de hoogte van de boete juist het oog had.[213]

### 4.2.9 *First offender/recidive*

Verder is van belang of sprake is van een eerste overtreding of van recidive.[214] Is de overtreder '*first offender*' en is daarmee geen rekening gehouden in het besluit of beleid dan zal dat over het algemeen een matigende invloed hebben op de boetehoogte.[215]

### 4.2.10 *Persoonlijke omstandigheden*

Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat persoonlijke omstandigheden aanleiding kunnen zijn om boetes te matigen. In de onderzochte zaken op grond van de Tabakswet en de financiëletoezichtwetgeving is, voor zover we hebben kunnen nagaan, slechts in één zaak een beroep op dergelijke omstandigheden gedaan, welke voor het CBb niet zodanig waren dat (verdere) matiging van de boete gerechtvaardigd was.[216]

---

niet tot verdergaande matiging aanleiding geeft. CBb 4 april 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BW2271 (Spoorwegwet).

211 CBb 4 april 2013, NJB 2013, 1357 (Whc).

212 CBb 22 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG8819 (Tabakswet). Omdat appellant als een middelgrote onderneming (mede op grond van omzet en winst) is aan te merken en geen sigaretten fabriceert, staat de opgelegde boete voor grote bedrijven/multinationals niet in redelijke verhouding. CBb 15 december 2006, AB 2007/280, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, JB 2007/35, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Tabakswet), en CBb 6 maart 2008, JB 2008/119 (Tabakswet).

213 CBb 28 mei 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK4874 (Tabakswet).

214 Vgl. CBb 9 januari 2013, AB 2013/114, m.nt. W. Sauter (Tw). In de boetebeleidsregels van de OPTA (thans Autoriteit Consument en Markt) wordt recidive als boeteverhogende omstandigheid aangemerkt.

215 CBb 6 maart 2008, JB 2008/119 (Tabakswet). Het CBb is van oordeel dat de hoogte van de opgelegde boete niet evenredig is. Uit de stukken blijkt niet van feiten en omstandigheden die een rechtvaardiging kunnen vormen voor de beslissing om in het geval van appellanten binnen de bandbreedte van mogelijke boeten voor het hoogst mogelijke tarief te kiezen onder meer vanwege het feit dat sprake is van een eerste overtreding van het reclameverbod.

216 CBb 19 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0275 (Wft). Het CBb oordeelt dat de persoonlijke situatie van betrokkene weliswaar niet rooskleurig is, maar dat dat niet tot een verdere matiging van de boete leidt. Wat de gevolgen van de boete precies voor het privéleven van betrokkene waren, blijkt overigens niet uit de uitspraak. In een boetezaak op grond van de MW achtte het CBb de omstandigheid dat appellant zijn bedrijfsvoering nagenoeg beëindigd had en een

### 4.2.11 *Tussenconclusie*

Wettelijk gefixeerde boetes op grond van de Tabakswet en de financiëletoezichtwetgeving toetst het CBb vol op evenredigheid, in ieder geval ten aanzien van de door de wetgever niet verdisconteerde omstandigheden. Het CBb bekijkt daartoe aan de hand van de wetsgeschiedenis welke feiten en omstandigheden de wetgever van belang heeft geacht bij het bepalen van de hoogte van de boete. Zijn er omstandigheden niet genoemd, dan acht het CBb zich vrij om die in het kader van de evenredigheid te toetsen. Daarbij valt met name op dat het CBb een grote differentiatie aan de dag legt in concrete zaken en bijvoorbeeld ook bij de beoordeling van de boetehoogte de wijze betrekt waarop een bestuursorgaan in soortgelijke zaken eerder gematigd heeft. Ten aanzien van wel reeds door de wetgever verdisconteerde omstandigheden, lijkt het CBb meer terughoudendheid aan de dag te leggen. Dat geldt met name wanneer de wetgever een bepaalde situatie – bijvoorbeeld een bepaald type onderneming – voor ogen heeft gehad bij het vaststellen van de hoogte van de gefixeerde boete. In het geval de overtreding door de desbetreffende onderneming wordt begaan, is er in beginsel geen reden voor matiging. Wanneer een bestuursorgaan uitgewerkt beleid heeft vastgesteld, volstaat het CBb met een indringende toetsing van de hoogte van de boete aan het beleid.[217]

## 4.3 CRvB: schending van de inlichtingenplicht

### 4.3.1 *Introductie*

Als tweede casestudie wordt de jurisprudentie van de Centrale Raad onder de loep genomen. Daarbij gaat het om de beoordeling van de rechtspraak wegens schending van de inlichtingenplicht die in verschillende socialezekerheidswetten is neergelegd.[218] Hiervoor is gekozen, omdat boeteoplegging heeft geleid tot een aanzienlijk aantal uitspraken, met name op grond van de Werkloosheidwet (verder: WW).[219] Op grond van de WW dient een werknemer bijvoorbeeld, kort gezegd, alle feiten en omstandigheden aan het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (verder: UWV) mee te delen die van invloed kunnen zijn op onder meer het recht op of de hoogte of duur van een uitkering.[220] Indien blijkt dat de uitkeringsgerechtigde door het verzwijgen van inlichtingen ten onrechte een (deel van zijn) uitkering heeft

---

AOW-uitkering genoot overigens wel voldoende om de boete te matigen (vgl. CBb 28 februari 2012, *JB* 2012/134, m.nt. C.L.G.F.H. Albers).

217 CBb 4 april 2012, *AB* 2012/340, m.nt. R. Stijnen, *NJB* 2012, 1187 (Spoorwegwet). Het CBb laat de matiging van de rechtbank in stand, omdat de toegepaste ernstfactor in de Boetecode niet juist was. CBb 9 januari 2013, *AB* 2013/114, m.nt. W. Sauter (Tw). Het CBb matigt de boete op grond van de onjuist toegepaste Boetebeleidsregels 2005 (oud).

218 O.a. art. 25 jo. art. 27a WW, art. 49 jo. art. 45a Ziektewet, art. 80 jo. art. 29a Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, art. 49 jo. art. 17c, eerste lid, Algemene Ouderdomswet (AOW), art. 62 jo. art. 40 Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten.

219 Het gaat om ongeveer 56 gepubliceerde uitspraken vanaf 1 januari 2009 tot 1 november 2013.

220 Art. 25 jo. art. 27a WW.

ontvangen, leidt dat in beginsel tot terugvordering van zijn uitkering[221] en tot een boete.[222] De oplegging van de boete is een gebonden bevoegdheid.[223]

Het betreft een zoals in de inleiding is opgemerkt wettelijk – in het Boetebesluit socialezekerheidswetten (oud) (verder: Boetebesluit)[224] – gefixeerd boetestelsel. In het Boetebesluit stond destijds dat de bestuurlijke boete werd vastgesteld op 10 procent van de hoogte van het benadelingsbedrag (o.a. het bedrag dat als gevolg van het niet of niet behoorlijk nakomen van een inlichtingenverplichting ten onrechte is verleend als uitkering) en minimaal op een bedrag van € 52.[225] In de WW (oud) was bovendien bepaald dat maximaal een boete van € 2.269 kon worden opgelegd en dat er op grond van dringende redenen een lagere boete kon worden opgelegd. In de Beleidsregel boete werknemer (oud)[226] (verder: Beleidsregel) van het UWV staat verder uitgewerkt onder welke omstandigheden de boete wordt gematigd. Het basisboetebedrag wordt vanwege verminderde verwijtbaarheid met de helft gematigd onder meer vanwege de geestelijke toestand van betrokkene.[227] Daarnaast wordt op grond van het beleid rekening gehouden met de financiële omstandigheden.[228] Verder betrekt het UWV bij de verhoging of verlaging van de boete artikel 5:46, tweede en derde lid, Awb.[229]

Ofschoon de Centrale Raad niet uitdrukkelijk stelt dat de Beleidsregel niet onredelijk is,[230] betrekt hij bij de beoordeling van de evenredigheid van boetes ook feiten en omstandigheden die daarin niet zijn vermeld.[231] Naast de vraag of sprake is van een eenmalige overtreding betrekt de Centrale Raad bij de beoordeling van de boetehoogte onder meer de duur, de aard en omvang van de overtreding, of sprake is van opzet en de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene in kwestie en diens financiële draagkracht. Daarbij toetst de Centrale Raad vol op evenredigheid en past wanneer de hiervoor genoemde omstandigheden in het Boetebesluit of Beleidsregel onvoldoende zijn verdisconteerd (aanzienlijke) matigingen toe. Wat die matigingen betreft, laten enkele uitspraken zien dat de Centrale Raad daarbij zelfs afwijkt van

---

221 Art. 27 WW (oud).

222 Art. 27a, eerste lid, WW (oud), tenzij het UWV gebruikmaakt van het opleggen van een waarschuwing (art. 27a, tweede lid, WW (oud)). In art. 10 Beleidsregel is bepaald dat een waarschuwing niet wordt opgelegd indien sprake is van het opzettelijk overtreden van de WW.

223 *Kamerstukken II* 1994/95, 23909, nr. 3, p. 9, 36, 56 en 57 (MvT).

224 Grondslag voor het Boetebesluit is art. 27a, vijfde lid, WW (oud).

225 Art. 2 Boetebesluit. Tussen 2009 en 2012 werd uitgegaan van een minimumbedrag van € 52. In de Beleidsregel wordt opgemerkt dat de boete minimaal de helft bedraagt van het basisbedrag dat genoemd is in het Boetebesluit.

226 Zoals geldend op 1 juli 2009.

227 Art. 6 Beleidsregel.

228 Art. 8 Beleidsregel. Dit voorschrift bepaalde destijds dat de boete wordt verlaagd, indien de belanghebbende voldoende aannemelijk maakt dat, gelet op de financiële omstandigheden waarin hij verkeert, de boete niet binnen twaalf maanden na oplegging kan zijn voldaan, rekening houdend met het eventuele vermogen en de aflossingscapaciteit van de belanghebbende.

229 Art. 2 Beleidsregel. Tot 1 juli 2009 stond een soortgelijke bepaling in art. 3 lid 1 Boetebesluit.

230 Vgl. standaarduitspraak CRvB 27 mei 2010, *AB* 2010/229, m.nt. R. Stijnen (Toeslagenwet (TW)).

231 De feiten en omstandigheden worden in onderling verband en samenhang beschouwd. Dit wordt overigens niet standaard vermeld. In een AOW-boetezaak formuleerde de Centrale Raad het aldus: 'I.c. is er echter sprake van een samenstel van factoren die elk op zichzelf niet, maar in hun onderlinge samenhang beschouwd wel kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van verminderde verwijtbaarheid', CRvB 13 juni 2001, *RSV* 2001/242.

het gefixeerde minimumbedrag in het Boetebesluit door een lagere boete[232] op te leggen of zelfs te bepalen dat afgezien moet worden van boeteoplegging.[233] Daarbij motiveert de Centrale Raad overigens niet hoe hij het boetebedrag heeft bepaald.[234]

### 4.3.2 Duur

Uit de rechtspraak valt af te leiden dat hoe langer een overtreding heeft voortgeduurd, hoe kleiner de kans is dat de Centrale Raad de boete zal matigen. Wanneer het gaat om overtredingen die bijna één jaar of langer hebben geduurd, bestaat in beginsel geen aanleiding voor matiging.[235] Gaat het om een paar dagen[236] of een beperkt aantal maanden,[237] dan laat de jurisprudentie zien dat boetes in een dergelijk geval (verdergaand) gematigd kunnen worden.

### 4.3.3 Omvang en aard

Ook betrekt de Centrale Raad bij de boetehoogte de omvang en de aard van de werkzaamheden die niet bij het UWV zijn gemeld. Heeft een betrokkene een groot aantal uren gewerkt, zonder daarvan aan het bestuursorgaan mededeling te doen, dan bestaat er geen aanleiding de boete te matigen.[238] Wat de omvang van de werkzaamheden betreft, beziet de Centrale Raad ook of het om een eenmalige onjuiste informatieverstrekking gaat of dat het vaker is gebeurd. Eenmalige onjuistheid kan een boetematigende factor zijn.[239] Het herhaaldelijk niet verstrekken van informatie leidt niet tot (verdergaande) matiging.[240] Gaat het om hand- en spandiensten, dan is

---

232 CRvB 25 mei 2011, USZ 2011/219, m.nt. R. Stijnen (WW). De Centrale Raad matigt de door het UWV opgelegde minimale boete van € 52 en bepaalt de boete op € 26.

233 CRvB 13 april 2011, USZ 2011/160 (WW).

234 Vermoedelijk heeft de Centrale Raad in het eerste geval (afwijking van het gefixeerde minimumbedrag) art. 10 Beleidsregel als uitgangspunt gehanteerd. In het tweede geval (afzien van boeteoplegging) baseert de Centrale Raad zich op art. 5:46, tweede lid, Awb, zonder aan te geven hoe zich dat verhoudt tot de uitgangspunten in het Boetebesluit en de Beleidsregel die uitgaan van een minimumbedrag.

235 CRvB 24 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1370 (duur vier jaar (WW)); CRvB 24 april 2013, ECLI:NL: CRVB:2013:BZ8373 (drie jaar (WW)); CRvB 21 februari 2012, ECLI:NL: CRvB:2012:BV6610 (twee jaar (WW)), en CRvB 14 maart 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV9590 (bijna één jaar (WW)).

236 CRvB 21 november 2012, AB 2013/27, m.nt. R. Stijnen, JB 2013/32 (WW). In deze zaak gaat het om het niet melden van twee dagen van werkzaamheden. De Centrale Raad matigt de boete mede vanwege die omstandigheid tot het minimaal op te leggen bedrag van € 52.

237 CRvB 25 mei 2011, USZ 2011/219, m.nt. R. Stijnen (WW). Weliswaar ging het om herhaalde overtredingen, maar omdat zij in relatief korte periode (drie maanden) waren begaan, is dat een van de omstandigheden die leidt tot een matiging van de minimale boete met 50 procent.

238 CRvB 21 februari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV6610 (WW). Uitkeringsgerechtigde was 55 uur per week als zelfstandig ondernemer werkzaam geweest. Dat vormt mede aanleiding voor de Centrale Raad de maximale boete van € 2.269 niet te matigen.

239 CRvB 27 mei 2010, AB 2010/229, m.nt. R. Stijnen, USZ 2010/244, m.nt. red., JB 2010/186, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (TW).

240 CRvB 23 juli 2010, USZ 2010/273, m.nt. red. (WAO). Diverse keren had betrokkene zijn inlichtingenplicht geschonden hetgeen een omstandigheid is die niet leidt tot verdere matiging.

dat in beginsel wel een omstandigheid die gelet op de aard van de werkzaamheden voor matiging of zelfs het afzien van boeteoplegging in aanmerking komt.[241]

### 4.3.4 *Financiële situatie/draagkracht*

De financiële situatie van een overtreder kan leiden tot matiging, mits hij dat voldoende heeft onderbouwd.[242] Dit volgt ook uit de Beleidsregel, waarin bovendien is bepaald dat de boete wordt verlaagd wanneer hij niet binnen twaalf maanden na oplegging kan zijn voldaan, rekening houdend met het eventuele vermogen en de aflossingscapaciteit van de belanghebbende. Uit de jurisprudentie van de Centrale Raad blijkt niet hoe indringend hij in een concrete zaak aan de Beleidsregel toetst en welke eisen precies gesteld worden aan het 'bewijs' van de slechte financiële positie. De Centrale Raad laat zien boetes te matigen indien bijvoorbeeld blijkt dat op de betrokkene de schuldsaneringsregeling van toepassing is.[243] Wanneer de boete al is voldaan, bestaat volgens de Centrale Raad geen aanleiding voor matiging.[244]

### 4.3.5 *Opzet*

Opzet maakt geen bestanddeel uit van de delictsomschrijving van de schending van de inlichtingenplicht in de WW, noch wordt opzet in het Boetebesluit of de Beleidsregel als factor in het kader van de evenredigheid genoemd. Dat weerhoudt de Centrale Raad er niet van om opzet toch als factor bij de beoordeling van de hoogte van de boete te betrekken.[245] Als blijkt dat de betrokkene ondanks herhaaldelijke aanwijzingen van het UWV zijn inlichtingenplicht schendt, bestaat geen aanleiding

---

241 CRvB 13 april 2011, USZ 2011/160 (WW). Gezien de aard van de activiteiten en het feit dat deze werden beheerst door de familieverhouding is aannemelijk dat appellante zich er niet van bewust is geweest dat de hulp die zij haar dochter bood relevant was voor de omvang van haar WW-recht en daarom gemeld moest worden. Appellante kan weliswaar een subjectief verwijt worden gemaakt van het overtreden van haar inlichtingenplicht maar de mate van verwijtbaarheid is zo gering dat het opleggen van een boete niet passend is. Anders: CRvB 3 augustus 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR4121 (WAO).

242 CRvB 12 december 2012, RSV 2013/65 (WW).

243 CRvB 27 mei 2010, AB 2010/229, m.nt. R. Stijnen, USZ 2010/244, m.nt. red., JB 2010/186, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (TW). De Centrale Raad matigt de boete tot € 52 onder meer omdat op appellant de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen van toepassing is verklaard en hij schulden aflost (o.a. aan het UWV vanwege het te betalen bedrag van de teruggevorderde uitkering). CRvB 2 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU3854 (TW). De Centrale Raad acht de door de rechtbank toegepaste matiging met twee derde deel van de boete evenredig vanwege de schuldsaneringsregeling.

244 CRvB 21 maart 2012, ECLI:CRVB:2012:BV9932 (TW). Het beroep van appellant op zijn slechte financiële situatie leidt niet tot verdergaande matiging, omdat de boete al was voldaan voordat de invordering in verband met het ontbreken van aflossingscapaciteit tijdelijk op nihil werd gesteld.

245 Waarom de Centrale Raad opzet bij de beoordeling betrekt, motiveert hij overigens niet. Overigens wordt in art. 11 Beleidsregel wel over opzet gesproken in relatie tot de waarschuwing.

tot matiging.[246] Als gebleken is dat er geen opzet in het spel is, speelt die factor een rol bij het bepalen van de boetehoogte.[247]

### 4.3.6 *First offender/recidive*

Het feit dat een overtreder niet eerder is beboet voor schending van een inlichtingenplicht, acht de Centrale Raad relevant bij de beoordeling van de hoogte van de boete. Is dat het geval, dan zal dat over het algemeen als een matigingsfactor worden aangemerkt.[248]

### 4.3.7 *Persoonlijke omstandigheden*

De Centrale Raad bekijkt ook of de persoonlijke omstandigheden van een betrokkene aanleiding geven tot matiging. Daarbij betrekt hij ook andere omstandigheden dan die in de Beleidsregel (o.a. geestelijke toestand) staan. Voor een geslaagd beroep op dergelijke omstandigheden geldt ook dat dat voldoende door de betrokkene moet zijn aangetoond.[249] Een van de omstandigheden waarmee rekening kan worden gehouden is bijvoorbeeld leeftijd.[250] Daarnaast kunnen bewindvoering[251] en ernstige problemen in de relationele sfeer[252] leiden tot matiging.

---

246 CRvB 27 mei 2009, RSV 2009/306, m.nt. A.H. Rebel (WW). Betrokkene was herhaaldelijk en uitdrukkelijk door het UWV gewezen op zijn verplichting om de uren als zelfstandige op de werkbriefjes te vermelden, hetgeen hij niet heeft gedaan. Overigens kwalificeert de Centrale Raad de handelwijze van de overtreder niet als 'opzettelijk'.

247 CRvB 27 mei 2010, AB 2010/229, m.nt. R. Stijnen, USZ 2010/244, m.nt. red., JB 2010/186, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (TW). De Centrale Raad matigt de boete, waarbij hij o.a. betrekt dat niet gebleken is dat appellant opzettelijk onjuiste informatie heeft verstrekt. CRvB 25 mei 2011, USZ 2011/219, m.nt. R. Stijnen (WW). Weliswaar stelt de Centrale Raad vast dat sprake is van opzet, maar gelet op de omstandigheid dat appellant niet eerder is beboet, de duur van de overtreding beperkt is en er geen sprake is geweest van benadeling van de werkloosheidsfondsen, matigt de Centrale Raad de boete.

248 O.a. CRvB 25 mei 2011, USZ 2011/219, m.nt. R. Stijnen (WW), en CRvB 21 november 2012, AB 2013/27, m.nt. R. Stijnen, JB 2013/32 (WW).

249 CRvB 23 juli 2010, USZ 2010/273, m.nt. red. (WAO). Regelmatig blijft onduidelijk wat de persoonlijke omstandigheden zijn die voor matiging aanleiding zouden moeten geven, vgl. o.a. CRvB 9 mei 2012, USZ 2012/160 (WW); CRvB 13 juni 2013, ECLI:NL:CRVB:2012:BW8264 (WW); CRvB 20 juni 2012, RSV 2012/274 (WW), en CRvB 24 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1370 (WW). De psychische klachten van de echtgenote van appellant geven geen aanleiding om de boete te matigen. Kennelijk werd de stelling van appellant ontkracht door een door het UWV opgesteld medisch rapport waarnaar de Centrale Raad verwijst.

250 CRvB 27 mei 2010, AB 2010/229, m.nt. R. Stijnen, USZ 2010/244, m.nt. red., JB 2010/186, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (TW). Omdat appellant een 61-jarige werkloze man is met een beperkt arbeidsverleden en zijn kansen op het verwerven van reguliere arbeid daardoor gering zijn, zijn dat omstandigheden die tot matiging aanleiding geven. De Centrale Raad bepaalt de boete op € 52.

251 CRvB 21 maart 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV9932 (TW). Psychische klachten waren inmiddels behandeld en de bewindvoering was opgeheven, zodat er geen aanleiding is voor verdere matiging.

252 CRvB 7 december 2011, USZ 2011/336 (WW). Omdat de partner van de beboete persoon de samenwoning had beëindigd, zijn rekeningen had geleegd en daarbij ook de uitkering in ontvangst had genomen, wordt de boete gematigd tot € 52.

### 4.3.8 *Tussenconclusie*

Uit de geanalyseerde jurisprudentie lijkt te volgen dat de Centrale Raad het Boetebesluit en de Beleidsregel van het UWV in algemene zin redelijk acht. Dat het Boetebesluit en de Beleidsregel factoren zoals opzet, duur en omvang van de overtreding niet als matigende factoren noemt, doet daaraan niet af. Deze factoren betrekt de Centrale Raad bij de beoordeling van de boete in een concrete situatie. Daarbij toetst de Centrale Raad vol op evenredigheid, hij weegt daarbij vele factoren, of zij nu reeds in het Boetebesluit en/of de Beleidsregel zijn verdisconteerd of niet. Die toets leidt er soms toe dat boetes niet alleen in afwijking van de Beleidsregel, maar ook in afwijking van het Boetebesluit dat uitgaat van een minimumbedrag, worden gematigd of op nihil worden gesteld.[253] Hoe dergelijke matigingen zich verhouden tot het Boetebesluit en de Beleidsregel, wordt niet altijd even goed gemotiveerd.

## 4.4 ABRvS: Wet arbeid vreemdelingen en diverse andere wetten

### 4.4.1 *Introductie*

Als laatste casestudie wordt de jurisprudentie van de Afdeling behandeld. De focus ligt daarbij primair op boetezaken op grond van de Wav.[254] Deze zaken worden behandeld door de vreemdelingenkamer van de Afdeling.[255] Voor een completer beeld hebben we tevens de jurisprudentie van de algemene kamer van de Afdeling die sinds 1 januari 2009 is gewezen op hoofdlijnen beoordeeld, met name voor zover het een eventueel van de benadering van de vreemdelingenkamer afwijkende lijn betreft (zie hierna par. 4.4.2).[256]

---

253 Op basis van de analyse van de jurisprudentie in WW-zaken kan worden vastgesteld dat de afgelopen vijf jaar in ongeveer 70 procent van de gevallen de door het UWV opgelegde (en soms reeds gematigde) boetes evenredig worden geacht door de Centrale Raad. Wat verder opvalt, is dat de meeste boetes die sinds 2012 ter beoordeling van de Centrale Raad voorlagen de evenredigheidstoets konden doorstaan. In 2012 werd in twee van de veertien zaken en in 2013 (tot 1 november) slechts in één zaak geoordeeld dat de boete niet evenredig was.

254 De bestuurlijke boete is in 2005 in de Wav geïntroduceerd, *Stb.* 2004, 706. Daarvoor werd illegale tewerkstelling strafrechtelijk gehandhaafd. Vgl. Saris 2012.

255 Dit onderzoek beperkt zich tot bodemzaken en voor zover het gaat over overtreding van art. 2 Wav.

256 Het gaat om boetes die zijn opgelegd op grond van de Arbowetgeving, Arbeidstijdenwet (Atw), Drank- en Horecawet (DHW), Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML), Mediawet 2008 (oud), en Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (WION).

### 4.4.2 *De Wav*

Naast de grote hoeveelheid zaken[257] is keuze voor de Wav interessant vanwege de bestuursrechtelijke ketenaansprakelijkheid.[258] Elke werkgever[259] (in de keten) wordt beboet wanneer hij een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning (verder: TWV) arbeid laat verrichten.[260] Dat betekent bijvoorbeeld dat als een aannemer een onderaannemer inhuurt die vervolgens een derde bedrijf inhuurt om op een bepaalde locatie werkzaamheden door vreemdelingen te laten verrichten zonder TWV, zowel de derde, de onderaannemer, als de aannemer als werkgever worden aangemerkt en beboet.

De Wav kent een bij beleidsregel gefixeerd boetestelsel.[261] Het tot 1 januari 2013 geldende boetebeleid – de bijlage bij de Beleidsregel boeteoplegging Wav (oud)[262] (verder: Beleidsregel Wav) – fixeert de boete per overtreding[263] voor een rechtspersoon op € 8.000 en voor een natuurlijke persoon[264] op € 4.000 indien een werkgever een vreemdeling zonder TWV arbeid laat verrichten.[265] De Wav[266] beoogt daarmee onder meer het voorkomen van uitbuiting van vreemdelingen, het tegengaan van slechte arbeidsomstandigheden en het verhinderen van verdringing van legaal arbeidsaanbod.[267] Op basis van de Beleidsregel Wav leidt het hierboven beschreven

---

257 In totaal zijn er 742 uitspraken gewezen en in meer dan de helft van de gevallen komt de evenredigheidstoets aan bod.

258 M.A.B. Chao-Duivis & J.W.F. Wamelink, *Juridische aspecten van ketensamenwerking. Naar een multidisciplinaire benadering (preadviezen)*, Vereniging voor Bouwrecht 2013. Ook in de WML zal naar verwachting een ketenaansprakelijkheid voor werkgevers worden geïntroduceerd, vlg. de bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 33750, nr. D, p. 3 (brief van de minister).

259 Het gaat om een ruim werkgeversbegrip, vgl. EHRM 28 juni 2011, *AB* 2012/15, m.nt. R. Stijnen, *EHRC* 2011/153, m.nt. A.J.T. Woltjer, *JV* 2011/403, m.nt. J.S. Nan (*Het Financieele Dagblad B.V./Nederland*).

260 Art. 2, eerste lid, jo. art. 18, eerste lid, jo. art. 19d Wav. Art. 2 bepaalt dat het een werkgever verboden is een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder TWV. De niet-naleving daarvan levert een overtreding op (art. 18 Wav) en leidt tot een boete (art. 19d Wav).

261 Dit volgt uit art. 19d, zesde lid, Wav. Dit artikel bepaalt onder meer: 'Onze Minister stelt beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de overtredingen worden vastgesteld'.

262 In de onderzochte uitspraken gaat het om: Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2007, *Stcrt.* 2006, 250; Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2008, *Stcrt.* 2008, 195; Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2010, *Stcrt.* 2010, 2166; Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2011, *Stcrt.* 2011, 19841, en Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2012, *Stcrt.* 2012, 8460.

263 De Wav noch de Beleidsregel Wav kent een boetemaximum. Dat betekent dat de boetes behoorlijk kunnen oplopen. Vgl. ABRvS 11 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK2951 (totaal: € 1.120.000).

264 Art. 2 Beleidsregel Wav.

265 Sinds 1 januari 2013 zijn de boetebedragen aanzienlijk verhoogd. Voor natuurlijke personen geldt sindsdien een boete van € 6.000 en voor rechtspersonen een boete van € 12.000 wegens overtreding van art. 2 Wav, Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2013, *Stcrt.* 2012, 25205, laatstelijk gewijzigd op 1 juli 2013, *Stcrt.* 2013, 18719.

266 Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Centrale Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen is in 2012 in de Wav geïmplementeerd (*Stb.* 2012, 143). De richtlijn gaat uit van doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties (art. 5, eerste lid). De implementatie leidde overigens niet tot zwaardere sancties.

267 O.a. *Kamerstukken II* 2003/04, 29523, nr. 3, p. 1.

voorbeeld ertoe dat elk van de drie partijen een boete van € 8.000 (en sinds 1 januari 2013 € 12.000) opgelegd krijgt.

De Wav noch de Beleidsregel Wav houdt bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening met de vraag of de overtreding opzettelijk/moedwillig is begaan, voordeel is behaald, de grootte van de onderneming en de financiële draagkracht.[268] Ondanks het tamelijk 'lege' beleid[269] van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (verder: minister) is vaste jurisprudentie van de Afdeling dat de Beleidsregel Wav niet onredelijk is.[270] Dat leidt er vervolgens toe dat, hoewel de Afdeling in boetezaken stelt de boetehoogte vol te toetsen, er in concrete zaken weinig differentiatie plaatsvindt.[271] De factoren die het beleid niet noemt, leiden ongeacht het boetebedrag doorgaans niet tot matiging.[272] Het argument dat sprake is van een beperkte duur en omvang van de overtreding en de omstandigheid dat de overtreder in een financieel penibele situatie verkeert, leiden alleen tot matiging indien het gaat om (zeer) bijzondere situaties. Uit de analyse van de jurisprudentie van de algemene kamer kan de voorzichtige conclusie worden getrokken dat zij in concrete zaken meer differentiatie aan de dag lijkt te leggen.

#### 4.4.2.1 *Duur en omvang*

Uitgangspunt van de Afdeling is dat de duur en de omvang van een overtreding een rol kunnen spelen bij de vraag of en in hoeverre de hoogte van de boete overeenstemt

---

268 *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 820.

269 De Beleidsregel Wav wordt de laatste jaren onder invloed van de jurisprudentie steeds verder gedifferentieerd onder invloed van de jurisprudentie van de Afdeling, vgl. W. Cornelissen, 'Ervaringen van de bestuursrechter met bestuurlijke boetes, in het bijzonder op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav)', in: R.C. van Houten (red.), *Economisch strafrecht en bestuurlijke boete* (Themadag KESA 2010), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 94.

270 De Afdeling verwijst daarbij naar ofwel haar uitspraak van 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8823 (*Het Financieele Dagblad*) of haar uitspraak van 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4427 (*marktkoopman*). Beide zaken zijn niet op een lijn te stellen. In eerstgenoemde zaak gaat het om een uitgever die beboet (€ 312.000) is voor 39 vreemdelingen die op verschillende locaties in ons land Het FD bezorgden waarmee hij geen enkele juridische of feitelijke relatie heeft. De Afdeling acht de Beleidsregel Wav 2007 evenals de op basis daarvan opgelegde niet gematigde boetes evenredig. De zaak van 28 november 2012 betreft een door de minister reeds gematigde boete voor een marktkoopman (€ 2.000) die een vreemdeling arbeid had laten verrichten. De boete had de minister met 50 procent gematigd op grond van de Boetebeleidsregels Wav 2011, omdat sprake was van marginale arbeid. De Afdeling concludeert dat de Boetebeleidsregels Wav 2011 niet onredelijk zijn en laat de matiging in stand.

271 O.a. ABRvS 20 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9932. Appellante betoogt dat de rechtbank ten onrechte niet vol heeft getoetst of de hoogte van de aan haar opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de verwijtbaarheid van de overtreding. De Afdeling gaat daarin niet mee en is van oordeel dat de rechtbank de volle toets heeft uitgevoerd, omdat zij de Beleidsregel Wav tot uitgangspunt heeft genomen en het beleid in haar toetsing van de evenredigheid van de opgelegde boete heeft betrokken. Bovendien acht de Afdeling van belang dat de minister in het besluit op bezwaar een belangenafweging heeft verricht in het kader van de vraag of de boete diende te worden gematigd. Vgl. ABRvS 28 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1391, en ABRvS 9 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7217.

272 M. van den Hauten e.a., *Tarifering bij bestuurlijke en strafrechtelijke boetes* (WODC-rapport 2006), Den Haag: APE 2006, p. 131 en p. 139. E.J.A. Franssen, *Wet arbeid vreemdelingen*, Deventer: Kluwer 2013, p. 193 e.v.

met de ernst van de overtreding.[273] De duur en omvang worden veelal in hun onderlinge samenhang beoordeeld.[274] Uit de analyse van de jurisprudentie blijkt dat het voor de hoogte van de boete niet uitmaakt of de duur van de arbeid lang of kort was. Als bijvoorbeeld sprake is van enkele minuten,[275] uren,[276] dagen[277] of weken[278] is dat geen omstandigheid die tot matiging aanleiding geeft.[279] De Afdeling stelt dat de duur in voormelde situaties niet afdoet aan de ernst van de overtreding. Alleen wanneer sprake is van bijzondere bijkomende omstandigheden, worden boetes omwille van de korte duur (aanzienlijk) gematigd. Voor matiging is bijvoorbeeld plaats als het gaat om enige hand- en spandiensten[280] in familieverband[281] of als vriendendienst[282] die al dan niet zonder medeweten[283] van de overtreder zijn verricht.

---

273 ABRvS 28 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1391, waarin verwezen wordt naar de uitspraak van de Afdeling van 8 oktober 2008, *AB* 2009/352, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *JV* 2008/430.

274 ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2818. Het pellen van 1,5 kilo knoflook is geen marginale arbeid. ABRvS 6 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN9568. Weliswaar duurden de werkzaamheden 4,5 uur maar vanwege de omvang van de werkzaamheden – het in- en uitzetten van 143.000 kippen – is de duur niet beperkt. ABRvS 11 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN3739 (30.000 kippen die binnen 3,5 uur zijn in- en uitgezet). Maar niet altijd: het feit dat een vreemdeling een of enkele dagbladen van een uitgever per wijk bezorgt, leidt niet tot matiging, omdat dat de doorkruising van de doelstellingen niet minder ernstig maakt, vgl. ABRvS 7 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:661 (uitgeverij van een landelijk dagblad met een oplage van 5.000 kranten); ABRvS 7 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:645 (uitgeverij van een landelijk dagblad met een oplage van 35.000 kranten).

275 ABRvS 9 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7214. De overtreder stelde dat de vreemdeling enkele minuten had geholpen.

276 ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4955 (12,25 uur), en ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0800 (4,45 uur, 30,5 uur, 2,40 uur en 25,25 uur).

277 ABRvS 1 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ1150 (twee dagen); ABRvS 9 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7217 (twee dagen); ABRvS 9 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP3695 (één dag), en ABRvS 14 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7919 (één dag).

278 ABRvS 3 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI8489 (één à twee weken), en ABRvS 6 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0304 (2,5 week).

279 Opvallend is dat daarbij niet altijd even duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de feitelijke duur en de voorgenomen duur van de werkzaamheden. In een van de weinige uitspraken waarin naast de feitelijke duur van de werkzaamheden ook de voorgenomen duur werd betrokken: ABRvS 3 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI8489 en ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8844. Bovendien blijkt uit de uitspraken niet altijd even duidelijk hoe lang de overtreding heeft geduurd en welk onderzoek daarnaar precies is uitgevoerd.

280 ABRvS 7 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM2645. De Afdeling laat de matiging van de rechtbank met 50 procent in stand, omdat sprake is van het eenmalig sjouwen van dozen dat uitsluitend is verricht als wederdienst voor het kunnen meerijden naar een andere plaats. ABRvS 17 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7783. Boete wordt met 50 procent gematigd vanwege het eenmalig schillen van uien als wederdienst voor een maaltijd. ABRvS 3 maart 2010, *AB* 2010/161, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Boete wordt met 50 procent gematigd voor het wassen van ramen waar geen vergoeding tegenover stond.

281 ABRvS 3 juni 2009, *JV* 2009/344, m.nt. T. de Lange (matiging 75 procent); ABRvS 17 juni 2009, *JV* 2009/376, m.nt. MT, *AB* 2009/350, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (matiging 50 procent); ABRvS 23 januari 2013, *JV* 2013/118, m.nt. T. de Lange. De Afdeling acht geen verdergaande matiging (50 procent) dan die door de minister was toegepast aan de orde, omdat geen sprake is van werkzaamheden in de privésfeer.

282 ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:92. Matiging met 50 procent vanwege de omstandigheid dat sprake is van een eenmalige kortdurende vriendendienst.

283 ABRvS 25 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK4357 (50 procent matiging); ABRvS 17 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL4133 (50 procent matiging).

#### 4.4.2.2 *Opzet*

De omstandigheid dat een werkgever niet opzettelijk, moedwillig, doelbewust of willens en wetens de Wav heeft overtreden, is geen omstandigheid voor boetematiging.[284] De Afdeling komt tot die conclusie, omdat opzet in de delictsomschrijving niet genoemd wordt.[285] In andere uitspraken stelt zij dat opzet geacht moet worden te zijn betrokken in de wet en/of Beleidsregel Wav[286] of dat dat niet gestaafd zou zijn.[287] In elk geval levert het niet bewust of moedwillig overtreden van de Wav ook geen bijzondere omstandigheid op.[288] Is wel sprake van het doelbewust niet naleven van de Wav, dan wordt die omstandigheid expliciet ten grondslag gelegd aan de conclusie dat de boete niet gematigd wordt.[289]

#### 4.4.2.3 *First offender/recidive*

Wanneer een betrokkene de overtreding voor het eerst heeft begaan, is dat ook geen omstandigheid die bij het bepalen van de hoogte van de boete een rol speelt. De Afdeling motiveert dit veelal door te stellen dat de Wav een recidivebepaling heeft en dus geen mogelijkheid laat om differentiatie toe te passen.[290]

#### 4.4.2.4 *Voordeel*

Ongeacht de hoogte van de boete is het volgens vaste jurisprudentie niet van belang of een werkgever van de illegale tewerkstelling profijt heeft gehad dan wel dat dat is vastgesteld.[291] De Afdeling is van oordeel dat de enkele omstandigheid dat geen

---

284 Vgl. Richtlijn 2009/52/EG gaat ervan uit dat inbreuk op het verbod op illegale tewerkstelling als strafbaar feit wordt aangemerkt wanneer die opzettelijk wordt gepleegd. Daaruit kan worden afgeleid dat opzet een overtreding ernstiger maakt.

285 Art. 2, eerste lid, Wav. Ook in de Beleidsregel Wav wordt niet gesproken over opzet, het bewust of moedwillig overtreden als factor in het kader van de evenredigheid. ABRvS 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5851; ABRvS 5 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BO9803; ABRvS 4 april 2012, *JV* 2012/277, m.nt. T. de Lange; ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3059; ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3060; ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3061, en ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3062.

286 ABRvS 18 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK3680; ABRvS 15 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI1111; ABRvS 29 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4139; ABRvS 15 april 2009, *AB* 2009/163, m.nt. B.W.N. de Waard; ABRvS 15 april 2009, *AB* 2009/178, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI3671.

287 ABRvS 29 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4139 en ABRvS 13 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9013.

288 ABRvS 28 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM2630.

289 ABRvS 24 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI9707; ABRvS 5 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4620; ABRvS 28 april 2010, *AB* 2011/34, m.nt. R. Stijnen; ABRvS 31 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL9665, en ABRvS 24 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL5385.

290 Art. 19d, tweede lid, Wav. Dit artikel houdt een tamelijk complexe recidivebepaling in. Vgl. ABRvS 24 maart 2010, *AB* 2010/332, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011/334, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 13 juni 2012, *JV* 2012/341. In andere uitspraken stelt de Afdeling enkel dat de omstandigheid dat het gaat om een eerste overtreding niet tot matiging kan leiden (ABRvS 4 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1984) of niet kan afdoen aan o.a. de ernst van de overtreding (ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:23).

291 Voor zover ons bekend zijn er in 2013 enkele uitspraken gedaan waarin het ontbreken van financieel voordeel in verband met andere omstandigheden (o.a. de afgeschafte arbeidsmarkttoets dan wel vanwege de afdracht van premies en belastingen) wel tot matiging met 50 procent aanleiding geeft. Hoe die uitspraken zich verhouden tot het tot dusverre ingenomen standpunt dat

voordeel is behaald, niet afdoet aan onder meer de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding.[292] In andere gevallen houdt zij het erop dat de stelling dat geen gewin is behaald niet is gestaafd.[293]

#### 4.4.2.5 *Financiële situatie/draagkracht*

Uitgangspunt van de wetgever en de Afdeling is dat het bestuursorgaan verplicht is om de opgelegde boete te matigen indien deze de overtreder gelet op diens financiële situatie onevenredig treft.[294] Hoewel de Beleidsregel Wav financiële omstandigheden als matigingsfactor (nog steeds) niet noemt,[295] houdt de Afdeling daarmee wel rekening.[296] In de jurisprudentie zijn inmiddels de nodige voorwaarden ontwikkeld, wil een beroep op dit argument slagen.[297] De slechte financiële situatie moet worden

---

de enkele omstandigheid dat geen voordeel is behaald niet leidt tot matiging, blijft onduidelijk. In uitspraak ABRvS 26 juni 2013, *JV* 2013/331, m.nt. E.J.A. Franssen, stelt de Afdeling: 'Gegeven de overige door appellante aangevoerde feiten en omstandigheden, is de Afdeling evenwel *thans* [cursivering *MLvE & CMS*] van oordeel dat het samenstel daarvan noopt tot matiging van de opgelegde boete, omdat deze in dit geval niet strookt met de hiervoor onder 8 vermelde eisen en derhalve geen evenredige sanctie oplevert.' Vgl. ABRvS 17 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:315 en ABRvS 17 juli 2013, *JV* 2013/311. ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0782. Matiging vanwege het niet opzettelijk nalaten een TVW aan te vragen, de afdracht van belastingen en premies en het feit dat geen sprake is geweest van onderbetaling of uitbuiting. ABRvS 22 mei 2013, *NJ* 2013/224, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Matiging waarbij in aanmerking wordt genomen dat appellant de voor de vreemdeling verschuldigde belastingen en premies heeft afgedragen, er geen sprake is van onderbetaling en uitbuiting, de vreemdeling rechtmatig in Nederland verblijft en beschikt over een W-document.

292 O.a. ABRvS 21 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0841; ABRvS 19 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ5553.

293 O.a. ABRvS 16 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7796; ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8823; ABRvS 12 mei 2010, *AB* 2011/315, m.nt. C.M. Saris; ABRvS 14 september 2011, *AB* 2011/294, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, en ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:23. Overigens is het onderzoek van de minister er tot dusverre nog niet op gericht om te bezien of de werkgever enig voordeel of profijt met de overtreding heeft behaald.

294 O.a. ABRvS 31 oktober 2012, *AB* 2012/385, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

295 ABRvS 29 juni 2011, *AB* 2011/327, m.nt. O.D.J.M.L. Jansen. Uit deze uitspraak blijkt dat de minister de financiële omstandigheden zou gaan omzetten in zijn boetebeleid, hetgeen nog niet is gebeurd.

296 ABRvS 27 juni 2012, *AB* 2012/387, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

297 Consistent is de jurisprudentie nog niet, bijv. ten aanzien van de vraag of een betalingsregeling nu wel of niet van invloed is in geval van een slechte financiële situatie. In ABRvS 6 februari 2013, *JV* 2013/124, stelt de Afdeling dat de enkele omstandigheid dat een rechtspersoon geen gebruik heeft gemaakt van een betalingsregeling niet betekent dat de rechtbank de boete ten onrechte heeft gematigd. Een betalingsregeling laat immers de hoogte van een boete onverlet. Daarbij motiveert de Afdeling niet of zij daarmee afstand neemt van het tot dan toe ingenomen standpunt dat een betalingsregeling (hoewel de financiële situatie van de overtreder niet rooskleurig is) de benadeling niet onevenredig maakt (o.a. ABRvS 16 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK6764; ABRvS 15 april 2009, *AB* 2009/163, m.nt. B.W.N de Waard). Daarnaast is onduidelijk of de Afdeling inmiddels expliciet afstand heeft genomen van de voorwaarde dat de oorzaak van de slechte financiële situatie gelegen moet zijn in de boete en niet komt door andere oorzaken (o.a. ABRvS 2 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ6656; ABRvS 29 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN9514).

aangetoond op basis van recente[298] en controleerbare[299] informatie. Bovendien mag de boete nog niet (of niet grotendeels) zijn betaald.[300] In een handvol zaken matigde de Afdeling de boetes tot dusverre dan wel liet zij de door de rechtbank toepaste matiging/nihilstelling in stand. Het gaat om gevallen waarin de boete(s) het veelvoudige[301] is/zijn van het jaarinkomen, de winst en/of de liquide middelen.[302] Het feit dat de overtreder geen inkomen heeft, onder meer omdat de vennootschap ontbonden is en zijn woning ter verkoop is aangeboden, kan eveneens aanleiding vormen voor matiging.[303] De enkele omstandigheid dat een werkgever stelt geen of beperkte inkomsten te hebben vanwege een bijstandsuitkering[304] of ingetrokken exploitatievergunning[305] is overigens onvoldoende om voor matiging in aanmerking te komen.

---

298 Gegevens van de financiële positie van de overtreder moeten ten tijde van de boeteoplegging en daarna inzichtelijk worden gemaakt. Vgl. ABRvS 25 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK4365; ABRvS 25 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK4344.

299 ABRvS 4 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1982. De verklaring van de accountant was onvoldoende. ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8844.

300 ABRvS 21 oktober 2009, *AB* 2010/339, m.nt. A.M.L. Jansen. Geen matiging onder meer omdat 21 van de 24 betalingstermijnen reeds waren voldaan.

301 ABRvS 16 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK6764. Het boetebedrag dat tweemaal de jaarwinst bedraagt, is niet onevenredig.

302 ABRvS 11 maart 2009, *AB* 2009/143, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, *JB* 2009/126, *JV* 2009/181. De Afdeling laat matiging van de boete met 15 procent door de rechtbank in stand. De aan de natuurlijke persoon opgelegde boete van € 38.500 is meer dan het tienvoudige van zijn jaarinkomen. ABRvS 27 juni 2012, *AB* 2012/387, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. De door de rechtbank gematigde boete van € 416.000 tot € 15.250 laat de Afdeling in stand. Het boetebedrag bedraagt het 73-voudige van de in 2010 behaalde winst en het 198-voudige van de voor 2011 geprognotiseerde winst. Bovendien heeft de onderneming een negatief eigen vermogen van bijna € 60.000 en beschikte zij over € 1.632 aan liquide middelen. Verder wordt van belang geacht dat in de financiële gegevens nog niet de betaling van de boetes is betrokken. ABRvS 6 februari 2013, *JV* 2013/124. De door de rechtbank op nihil gestelde boete van € 136.000 laat de Afdeling in stand. Daartoe is van belang dat uit de jaarrekening over 2009 blijkt dat betrokkene op 31 december 2009 beschikte over € 132 aan liquide middelen, dat over dat jaar een winst is behaald van € 523 en een verklaring van de financieel adviseur ter zitting van de rechtbank dat er op dat moment geen liquide middelen meer zijn.

303 ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3663. Boete van € 12.000 wordt gematigd met 50 procent. Anders: boetes opgelegd aan Somerense aspergeteeltster op grond van de Wav en WML leiden vanwege haar slechte financiële situatie niet tot matiging hoewel al haar bezittingen inclusief haar bedrijf en bijbehorende gronden zijn geveild. De Afdeling acht redengevend dat aspergeteeltster 'herhaaldelijk de WML en de Wav heeft overtreden en daarvoor is beboet. Dat appellante niet in staat is de in de loop der tijd opgelegde boetes te betalen, is een situatie die zij zelf heeft gecreëerd en die niet tot de conclusie kan leiden dat de thans opgelegde boete onevenredig hoog is. Het evenredigheidsbeginsel strekt niet zo ver dat een werkgever die de Nederlandse arbeidsmarkt schade toebrengt door de WML stelselmatig te overtreden en daarvoor is beboet, wordt beloond met het op nihil stellen van de boete.' (vgl. ABRvS 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1319 (WML, € 85.800); ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013CA2869 (Wav, € 92.000) en ABRvS 2 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1404 (Wav, de nihilstelling door de rechtbank van het boetebedrag van € 76.000 wordt door de Afdeling ongedaan gemaakt).

304 ABRvS 28 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1389, en ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2567.

305 ABRvS 25 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK4344.

#### 4.4.2.6 *Grootte onderneming*

Het argument dat bij de hoogte van de boete de omvang van de onderneming een rol speelt, slaagt niet. Omdat de Wav[306] en de Beleidsregel Wav[307] slechts onderscheid maken tussen natuurlijke personen en rechtspersonen bestaat er volgens de Afdeling geen mogelijkheid om te differentiëren binnen de categorie rechtspersonen. Dat betekent dat ook in het geval het gaat om een kleine onderneming[308] (bijvoorbeeld een vennootschap onder firma[309] of een kerkgenootschap)[310] de voor rechtspersonen gefixeerde boete in beginsel evenredig wordt geacht. Bovendien doet de omstandigheid dat sprake is van een kleine onderneming niet af aan de ernst van de overtreding.[311]

#### 4.4.2.7 *Persoonlijke omstandigheden*

Ten aanzien van de persoonlijke omstandigheden (bijvoorbeeld slechte gezondheid,[312] geestelijke toestand,[313] noodsituatie,[314] of spanning[315]) geldt als uitgangspunt dat dergelijke omstandigheden tot matiging aanleiding kunnen geven, mits

---

306 Art. 19d, eerste lid, onder a, Wav bepaalt de maximale hoogte van de boete voor een natuurlijke persoon en een rechtspersoon. Dat in andere boetestelsels wel rekening wordt gehouden met de omvang van een onderneming, doet daaraan niet af (vgl. ABRvS 28 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1389).

307 Art. 2 Beleidsregel Wav bepaalt dat de boete voor een natuurlijke persoon de helft bedraagt van het boetenormbedrag voor rechtspersonen.

308 ABRvS 13 februari 2013, *JV* 2013/132. De Afdeling acht de Boetebeleidsregels niet in strijd met art. 3:4 Awb, hoewel zij niet differentiëren tussen grote en kleine ondernemingen. De omstandigheid dat de overtreder een kleine onderneming is, leidt niet tot matiging. Wel kan de draagkracht van een kleine onderneming een rol spelen bij de beoordeling van de hoogte van de gefixeerde boete.

309 ABRvS 28 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1389. De Afdeling acht van belang dat betrokkene in kwestie zelf voor de rechtsvorm als vof heeft gekozen en stelt vast dat de minister geen beslissingsruimte heeft. Vgl. ABRvS 21 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH0472; ABRvS 29 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI2672; ABRvS 29 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ4138; ABRvS 22 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ3433, en ABRvS 17 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL4164.

310 ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2828, en ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2820.

311 ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1636.

312 ABRvS 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5851. Ondanks hartklachten en psychische problemen had werkgever ervoor moeten zorgen dat de Wav niet werd overtreden. ABRvS 24 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI9707. Beroep op de omstandigheid dat werkzaamheden van vreemdeling behoorden tot arbeidstherapie slaagt niet. ABRvS 17 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL7729. Dat appellant hartpatiënt is, brengt op zichzelf niet met zich dat de boete dient te worden gematigd. ABRvS 26 september 2012, *AB* 2012/386, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Dat de zoon van de werkgever ernstige medische problemen heeft, blijft onbesproken.

313 ABRvS 10 juni 2009, *JV* 2009/319. De rechtbank heeft de boete ten onrechte gematigd gelet op de bijzondere omstandigheden. De Afdeling acht van belang dat de vreemdeling geen klusjes had gedaan (op advies psychiater), maar activiteiten in de normale bedrijfsuitoefening had verricht. ABRvS 16 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK6780. Geen matiging: eigenaar zou door emotionele omstandigheden het land hebben verlaten en daardoor geen instructies aan de bedrijfsleider hebben gegeven.

314 ABRvS 23 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6380. Geen matiging: vreemdeling was ingesprongen wegens de bevalling van de echtgenote van de werkgever.

315 ABRvS 9 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ7212.

voldoende aangetoond door betrokkene.[316] Bij ons weten is in geen van de onderzochte zaken een succesvol beroep op dergelijke omstandigheden gedaan.

### 4.4.3 *Diverse andere wetten: jurisprudentie van de algemene kamer*

De algemene kamer lijkt in de door haar behandelde boetezaken meer ruimte te zien voor matiging naarmate het boetebeleid minder onderscheid maakt in de verschillende casusposities. Dat leidt in concrete zaken tot maatwerk en afwijking van de door het bestuursorgaan aan de hand van het beleid opgelegde boete.

Uit de onderzochte zaken kan in de eerste plaats worden afgeleid dat de algemene kamer het aan de orde zijnde beleid of de vaste gedragslijn niet onredelijk acht. Daarbij is niet van belang of het beleid (erg) gedifferentieerd is of niet.[317] De uitspraken laten in de tweede plaats zien dat de opgelegde boetes indringend aan het beleid worden getoetst.[318] Bij de beoordeling ten slotte van de vraag of de opgelegde boete in de concrete situatie evenredig is, hangt het van het beleid af hoeveel ruimte er overblijft voor de evenredigheidstoets. Naarmate het beleid 'aangekleder'[319] is of een bepaald argument verdisconteert,[320] lijkt de ruimte voor de evenredigheidstoets in concrete situaties beperkter te zijn. Alleen wanneer sprake is van bewezen bijzondere omstandigheden wordt een (gefixeerde) boete in een dergelijke situatie gematigd.[321] In uitspraken waarin de algemene kamer tot matiging overgaat, komt zij tot

---

316 ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2556. Overtreder had niet gestaafd dat zijn gezondheidsproblemen de reden was om zijn bedrijf te beëindigen. ABRvS 28 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM2643. Werkgever had niet gestaafd dat hij zwakbegaafd is.

317 Vgl. ABRvS 27 juni 2012, *AB* 2012/265, m.nt. C.M. Saris. Het boetebeleid van het Commissariaat voor de Media is bijvoorbeeld (zeer) gedifferentieerd. Het maakt onderscheid tussen een drietal boetecategorieën waarbinnen onderscheid wordt gemaakt tussen zeer ernstige, ernstige en lichte overtredingen. Verder houdt het beleid rekening met boeteverhogende en -verlagende factoren. ABRvS 30 juli 2008, *AB* 2009/208, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. De Beleidsregels arbeidsomstandighedenwetgeving leveren ook maatwerk. Onderscheid wordt gemaakt tussen een aantal categorieën van bedrijven en instellingen waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen het aantal werknemers. Verder kennen deze beleidsregels factoren op basis waarvan de boete kan worden verhoogd of verlaagd. ABRvS 26 september 2012, *JB* 2012/257 (WION). Het Sanctiebeleid Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten van het Agentschap Telecom daarentegen maakt enkel onderscheid in vier categorieën grondroerders op basis van het aantal werknemers. ABRvS 13 juli 2011, *AB* 2012/144, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. De Beleidsregels bestuurlijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2010 (oud) zijn evenmin gedifferentieerd.

318 O.a. ABRvS 27 juni 2012, *AB* 2012/265, m.nt. C.M. Saris (Mediawet 2008); ABRvS 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ616 (Mediawet 2008), en ABRvS 16 maart 2011, *AB* 2011/251, m.nt. R. Stijnen (WML).

319 Zie de vorige noot.

320 ABRvS 31 maart 2010, *JB* 2010/123, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (DHW). Omdat bij de vaststelling van de boetebedragen in het Besluit DHW onderscheid is gemaakt naar de omvang van ondernemingen – natuurlijke of rechtspersoon van meer of minder dan 50 werknemers – is rekening gehouden met het evenredigheidsbeginsel. Omdat appellant niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij beperkt rendement heeft van zijn eenmanszaak, slaagt het beroep op bijzondere omstandigheden niet.

321 ABRvS 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1071. Alleen in deze boetezaak op grond van de Atw matigde de Afdeling de boetes wegens bijzondere omstandigheden met 50 procent. Onder meer achtte de Afdeling van belang dat de taxichauffeur in kwestie gehandicapt is waardoor hij niet in staat was om met een werkmap te werken. Vgl. ABRvS 27 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7442

de conclusie dat het beleid in de concrete situatie niet onverkort kan worden toegepast, omdat het onvoldoende rekening houdt met de verschillende casusposities. Daarvan is sprake wanneer elke onderneming ongeacht zijn grootte[322] of ongeacht de situatie waaronder de overtreding is begaan[323] de standaardboete krijgt opgelegd. Daarnaast is matiging aan de orde wanneer de uitkomst van de toepassing van het beleid in het desbetreffende geval tot een onevenredige uitkomst leidt. Het gaat dan om situaties waarbij de boete mede in relatie tot andere in het beleid bepaalde boetebedragen het veelvoudige is van het betrokken nadeel.[324]

### 4.4.4 *Tussenconclusie*

Uitgangspunt is dat de (vreemdelingenkamer van de) Afdeling stelt Wav-boetes vol te toetsen. In de praktijk blijkt dat die toetsing nog steeds beperkt plaatsvindt, nu argumenten als opzet, de omstandigheid dat de overtreding voor het eerst is begaan, het al dan niet behaalde voordeel, de grootte van de onderneming, die niet

---

(Atw). De Afdeling maakte de matiging met 25 procent van de boete door de rechtbank ongedaan. De rechtbank had gematigd omdat sprake was van een overtreding met zeer beperkte omvang en omdat geen of nauwelijks voordeel zou zijn ondervonden. ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2871 (Atw). De Afdeling matigt de boete anders dan de rechtbank niet. De rechtbank had gematigd vanwege de omvang van de onderneming, het aantal chauffeurs en de geringe afwijkingen tussen de op de tachograafschijven vermelde kilometerstanden en het volgens de tachograafschijven daadwerkelijk gereden aantal kilometers die variëren tussen drie en 64 kilometer. In geen van de boetezaken op grond van de Arbowetgeving werden boetes vanwege bijzondere omstandigheden gematigd, ofwel omdat die argumenten niet waren aangevoerd (o.a. ABRvS 30 juli 2008, *AB* 2009/208, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (van bijzondere omstandigheden is niet gebleken); ABRvS 23 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP5468) ofwel omdat die niet waren gestaafd (o.a. ABRvS 9 februari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS5521 (niet aannemelijk gemaakt dat betaling van boete tot onoverkomelijke financiële problemen leidt); ABRvS 21 juli 2010, *AB* 2011/264, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (overgelegde financiële stukken bieden onvoldoende inzicht)).

322 O.a. ABRvS 14 maart 2012, *AB* 2012/98, m.nt. R. Stijnen (WML). Matiging van 50 procent door de rechtbank blijft in stand, omdat het beleid van de betrokken minister geen rekening hield met de grootte van de onderneming. Sprake is van een eenmanszaak waardoor de boete niet alleen in het vermogen van de onderneming treft, maar ook in het persoonlijke vermogen. Anders: ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0373 (Arbowet). De kleine omvang van het bedrijf is onvoldoende voor matiging.

323 ABRvS 26 september 2012, *JB* 2012/257 (WION). De Afdeling matigde de opgelegde boete van € 10.000 tot € 1.000. Het betrof een spoedreparatie van relatief geringe omvang. De minister had ter zitting het standpunt ingenomen dat geen onderscheid dient te worden gemaakt in verschillende casusposities, omdat elk mechanisch beroeren van de ondergrond een risico op schade met zich brengt. Volgens de minister is het om die reden niet van belang of de werkzaamheden op vijf centimeter diepte of één meter diepte plaatsvinden en evenmin de plaats waar wordt gegraven, het risico op schade en wat de omstandigheden zijn waaronder de overtreding plaatsvindt. De Afdeling stelt vast dat het standpunt van de minister er in feite op neerkomt dat bij de bepaling van de boete volstrekt onvoldoende rekening wordt gehouden met het evenredigheidsbeginsel, hetgeen in strijd is met het bepaalde in art. 5:46 Awb.

324 ABRvS 13 juli 2011, *AB* 2012/144, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (WML). Omdat het ten onrechte niet uitbetalen van een relatief klein bedrag (€ 11,69) aan vakantiebijslag met een relatief zeer zware sanctie (factor 60) wordt bestraft, wordt de boete bepaald op € 58,45 in plaats van € 700. Vgl. ABRvS 16 november 2011, *AB* 2012/143, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (WML), en ABRvS 14 november 2012, *RAR* 2013/25 (WML).

of niet expliciet in de Beleidsregel Wav vermeld zijn, niet worden betrokken bij de beoordeling van de boetehoogte. Die toetsing leidt er in concrete situaties daarom toe dat nauwelijks differentiatie plaatsvindt.[325] Alleen wanneer sprake is van zeer bijzondere gevallen, is matiging volgens de Afdeling passend en geboden. Dat leidt ertoe dat de bij Beleidsregel Wav gefixeerde boetes in stand blijven, zowel in de situatie waarin een werkgever geen (feitelijke) invloed op de tewerkstelling van vreemdelingen heeft en daarvan geen voordeel heeft als in het geval van een werkgever die vreemdelingen doelbewust zonder TWV laat werken, hen uitbuit, en mede daardoor voordeel genereert. Ter nuancering wordt opgemerkt dat de Afdeling sinds 1 januari 2013 in aanzienlijk meer zaken tot matiging van boetes overgaat dan wel de door de rechtbank toegepaste matiging in stand laat.[326] Matiging vloeit in die zaken overigens grotendeels voort uit de slechte financiële situatie van de overtreder[327] en specifiek aan de Wav gerelateerde omstandigheden.[328] De algemene kamer van de Afdeling laat zien in concrete situaties (aanzienlijke) matigingen toe te passen, indien het beleid niet of nauwelijks is gedifferentieerd.

## 4.5 Vergelijking van de jurisprudentie van het CBb, de CRvB en de ABRvS

### 4.5.1 *Algemene observaties*

Uit de geanalyseerde jurisprudentie blijkt dat de hoogste bestuursrechtelijke colleges de hoogte van bij wet of beleidsregel gefixeerde boetes vol op evenredigheid toetsen. Als de opgelegde boete niet evenredig wordt geacht, wordt zij ex artikel 8:72a Awb[329] gematigd of op nihil gesteld. Dat uitgangspunt laat onverlet dat er in de onderzochte zaken een duidelijk verschil is te onderscheiden tussen de wijze waarop enerzijds het CBb en de Centrale Raad de hoogte van wettelijk gefixeerde boetes in concrete situaties beoordelen en anderzijds de (vreemdelingenkamer van de) Afdeling (in Wav-zaken) de bij beleidsregel gefixeerde boete. Het CBb en de Centrale Raad zijn van oordeel dat juist niet in de wet, het besluit of eventueel de beleidsregel

---

325 Klap 2012 en Saris 2012.

326 Het gaat om ongeveer 30 procent van de zaken, gerekend tot 1 november 2013.

327 O.a. ABRvS 6 februari 2013, *JV* 2013/124; ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0787; ABRvS 19 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3664.

328 O.a. ABRvS 24 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:469. Matiging met 50 procent vanwege het integreren van het zogeheten stappenplan in de bedrijfsvoering. ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1231. Matiging met 50 procent vanwege aanbesteding tegen een marktconforme offerte. ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9068. Matiging met 50 procent vanwege een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd met aantekening dat het verrichten van arbeid voor maximaal tien uur per week van bijkomende aard was toegestaan en de arbeid binnen deze termijn is verricht. ABRvS 22 mei 2013, NJ 2013/224, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Matiging met 50 procent omdat vreemdelingen rechtmatig verblijf hadden en geen arbeidsmarkttoets gold. ABRvS 22 mei 2013, *AB* 2013/225, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Matiging met 50 procent vanwege een gegrond beroep op het vertrouwensbeginsel. ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:22. Matiging met 50 procent omdat de arbeidsmarkttoets ten tijde van de overtreding was afgeschaft en een TWV een maand na overtreding was verleend.

329 Vóór de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb werd de boete ex art. 8:72, vierde lid, Awb gematigd.

betrokken of genoemde omstandigheden een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de hoogte van de boete. Dat betekent dat het CBb en de Centrale Raad een andere invulling dan de Afdeling (in Wav-zaken) geven aan het 'zonder terughoudendheid' toetsen van de evenredigheid van boetes.[330] Die omstandigheden worden dan als 'bijzondere omstandigheden' ex artikel 5:46, derde lid, Awb aangemerkt. Factoren als opzet, grootte van de onderneming, het niet of beperkt behaalde voordeel, een kortdurende en beperkt in omvang zijnde overtreding die bovendien voor de eerste keer is begaan, worden (al dan niet in onderling verband bezien) in de boetehoogte van wettelijk gefixeerde boetes verdisconteerd. Daarmee volgen het CBb en de Centrale Raad de lijn van de belastingrechter[331] en de strafrechter bij punitieve sancties.[332] Die aanpak kan tot (aanzienlijke) matiging van een gefixeerde boete leiden of soms een boetebedrag dat onder het wettelijk gefixeerde minimumboetebedrag ligt. Voor de (vreemdelingenkamer van de) Afdeling in Wav-zaken geldt dat de hiervoor genoemde omstandigheden geacht worden reeds in de wet en het boetebeleid te zijn verdisconteerd en derhalve niet afdoen aan onder meer de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding en dus geen reden voor matiging zijn. Factoren zoals het moedwillig in strijd met de Wav handelen, het al dan niet met de overtreding behaalde voordeel en de grootte van de onderneming merkt de Afdeling (vooralsnog) evenmin als bijzondere omstandigheden aan (artikel 5:46, tweede lid, Awb en artikel 4:84 Awb). Wel houdt de Afdeling rekening met de financiële situatie van de overtreder, terwijl dit (nog) niet in de Beleidsregel Wav is verdisconteerd.

Daarmee ontstaat het beeld dat de Afdeling nog steeds tamelijk afstandelijk toetst en alleen in (zeer) bijzondere omstandigheden afwijkt van het gefixeerde boetebeleid. Dat betekent bijvoorbeeld dat een grote onderneming die bewust de Wav overtreedt en daarvan voordeel geniet een even hoge boete krijgt als een kleine onderneming die dat verwijt niet gemaakt kan worden.[333] Dat lijkt ons een wat al te ongedifferentieerde benadering, zelfs als zou moeten worden aangenomen dat de wetgever dit zo beoogd heeft. Sinds 1 januari 2013 lijkt de vreemdelingenkamer in concrete zaken overigens wel meer differentiatie aan de dag te leggen.[334] De sindsdien door de Afdeling toegepaste differentiatie ziet met uitzondering van de draagkracht van de overtreder overigens niet op de overige door ons onderzochte factoren. Daarmee lijkt de vreemdelingenkamer heel voorzichtig op te schuiven in de richting van de jurisprudentie van de algemene kamer van de Afdeling. Uit de rechtspraak van de algemene kamer kan worden afgeleid dat naarmate het beleid 'leger' is, er bij de concrete beoordeling van een boetezaak meer ruimte lijkt te zijn voor maatwerk. Ter nuancering wordt opgemerkt dat naarmate het beleid meer is ingevuld, de jurisprudentie van het CBb en van de Afdeling laat zien dat er dan minder ruimte overblijft voor afwijking van het beleid.

---

330 Zie hiervoor par. 2.3.1.

331 Zie nader het preadvies van Haas.

332 Bröring e.a. 2012, p. xiii e.v.

333 Klap & Krop 2010; L. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb', *Netherlands Administrative Law Library*, december 2013, DOI:10.5553/NALL/.000015.

334 Al eerder werd in de literatuur gesignaleerd dat de Afdeling in Wav-zaken meer zou matigen. Stijnen 2011, p. 681; annotatie C.L.G.F.H. Albers in JIN 2010/638 en L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 719. Michiels 2013.

Naar ons oordeel is er veel voor te zeggen dat de hoogste bestuursrechtelijke colleges op dezelfde wijze invulling (gaan) geven aan de evenredigheidstoets bij wettelijk en bij beleid gefixeerde boetes, in het bijzonder ook ten aanzien van de in de afweging te betrekken factoren.

### 4.5.2 *Specifieke observaties*

Meer specifiek zijn daarnaast in elk geval de volgende vier overeenkomsten en twee opvallende verschillen tussen de Centrale Raad, het CBb en de Afdeling te constateren. Het betreft de volgende overeenkomsten. In de eerste plaats zitten de hoogste bestuursrechters op één lijn daar waar het betreft de omstandigheid dat de overtreder zijn beroep op persoonlijke omstandigheden en zijn (beperkte) financiële draagkracht moet onderbouwen. Wanneer dat niet of onvoldoende gebeurt, slaagt het beroep op die argumenten niet. De zwaarte van de bewijslast tussen de verschillende rechtscolleges verschilt overigens wel (zie hierna).

In de tweede plaats volgt niet duidelijk uit de onderzochte jurisprudentie of de hoogte van de boete van invloed is op de wijze van toetsing. De hoogste bestuursrechters betrekken de boetehoogte over het algemeen niet (expliciet) bij de beoordeling van de evenredigheid. Ter nuancering wordt opgemerkt dat het CBb bij relatief lage gefixeerde boetebedragen afstandelijker lijkt te toetsen. Verder lijkt impliciet uit de uitspraken van de Centrale Raad en het CBb te volgen dat naarmate de boete hoger is er indringender wordt getoetst, terwijl bij de Afdeling de boetehoogte geen enkele rol lijkt te spelen. Dat is in elk geval niet in lijn met de wetsgeschiedenis bij de Vierde tranche van de Awb.[335]

In de derde plaats blijkt dat de hoogste bestuursrechtcolleges, net als de belastingrechter,[336] in het kader van de evenredigheidstoets uitgaan van een *ex nunc* toetsing.[337] Niet alleen zijn de omstandigheden ten tijde van de overtreding van belang, maar ook de feiten zoals die zich in hoger beroep voordoen.[338] Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de leeftijd van de overtreder, financiële en relationele omstandigheden. Het valt overigens op dat bij die toetsing veelal niet de beleidsregels worden betrokken zoals die ten tijde van de beoordeling in hoger beroep gelden.[339] Dit geniet uitzondering wanneer het bestuursorgaan hangende de procedure een nieuw besluit op basis van het nieuwe, gunstiger, beleid heeft genomen.[340]

---

335 *Kamerstukken I* 2007/08, 29702, nr. C, p. 35: 'De houding van de bestuursrechter wordt kritischer naarmate de opgelegde sanctie zwaarder is.'

336 Zie het preadvies van Haas.

337 Vgl. Bröring 2005, p. 206. Bröring komt ook tot die conclusie, alhoewel uitgangspunt volgens hem is dat de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd strikt genomen een situatie *ex tunc* betreft. Michiels & De Waard 2007, p. 134; het EVRM dwingt de bestuursrechter niet tot *ex nunc* toetsing.

338 Bröring 2005, p. 206.

339 Bijvoorbeeld: ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8823. Deze zaak ziet op overtredingen die in 2005 zijn begaan. In 2010 doet de Afdeling uitspraak waarbij zij verwijst naar de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2007.

340 O.a. ABRvS 16 maart 2011, *AB* 2011/251, m.nt. R. Stijnen (WML) en ABRvS 11 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN3731 (Wav).

In de vierde plaats constateren wij dat wanneer de Afdeling, het CBb en de Centrale Raad tot matiging overgaan, zij niet of nauwelijks motiveren hoe zij de hoogte van het gematigde of op nihil gestelde boetebedrag hebben bepaald.[341]

Ten aanzien van de verschillen merken wij het volgende op. In de eerste plaats lijken persoonlijke omstandigheden (leeftijd, arbeidsverleden, enzovoort) bij de Centrale Raad sneller te leiden tot boetematiging dan bij de Afdeling en het CBb. Mogelijk heeft dat te maken met de omstandigheid dat de zaken die de Centrale Raad behandelt betrekking hebben op personen die veelal tot een kwetsbare groep behoren, maar helemaal duidelijk is dat niet.

In de tweede plaats geldt dat de jurisprudentie van de Afdeling ten aanzien van een succesvol beroep op de financiële draagkracht veel meer is uitgewerkt dan die van de Centrale Raad en het CBb. De bewijslast van de overtreder lijkt vooralsnog zwaarder bij de Afdeling dan bij de andere twee rechtscolleges. Wanneer bijvoorbeeld een overtreder in een procedure bij de Afdeling stelt dat hij in de schuldsaneringsregeling zit, is dat enkele feit op zichzelf onvoldoende voor boetematiging. De betrokkene in kwestie zal daarnaast met financiële gegevens zijn beperkte draagkracht moeten staven. Indien de overtreder dat nalaat, is voor matiging geen plaats. De Centrale Raad lijkt in zo'n geval uit te gaan van de saneringsregeling en matigt dan de boete.[342] Verder lijkt er een verschil in beoordeling tussen de drie bestuursrechtelijke colleges te zijn wanneer het aankomt op de beoordeling van de financiële situatie. Moet bij de beoordeling uitgegaan worden van de financiële situatie zoals die in hoger beroep bestaat of moet mede betrokken worden de omstandigheid dat er op enig moment in het verleden winst is behaald of eigen vermogen is gecreëerd, en zo ja hoe ver gaat die beoordeling terug? Het CBb[343] en de Centrale Raad lijken in zo'n geval sneller geneigd uit te gaan van de financiële situatie waarin de betrokkene zich in hoger beroep bevindt en minder belang dan de Afdeling te hechten aan eventueel in het verleden opgebouwde reserves of vermogen. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en -gelijkheid zou enige afstemming tussen de hoogste bestuursrechters hier wel op zijn plaats zijn.

---

341 O.a. CRvB 25 mei 2011, USZ 2011/219, m.nt. R. Stijnen (WW); CBb 26 maart 2013, JOR 2013/172, m.nt. V.H. Affourtit; ABRvS 22 mei 2013, AB 2013/224, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Wav). Anders: ABRvS 13 juli 2011, AB 2012/144, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (WML).

342 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 142. Het ligt voor de hand dat de draagkracht bijv. bij boeten op het gebied van de sociale zekerheid eerder en vaker een rol zal spelen dan op veel andere terreinen.

343 CBb 28 februari 2012, JB 2012/134, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (MW). Het CBb lijkt in deze uitspraak een andere lijn te hebben gekozen dan de Afdeling in Wav-zaken. De rechtbank had in die zaak met verwijzing naar vaste jurisprudentie van de Afdeling in een Wav-zaak geoordeeld dat er geen plaats was voor boetematiging wegens de slechte financiële situatie van de overtreder. Het CBb oordeelt echter anders.

# 5 Slotbeschouwing

## 5.1 Inleiding

In het voorgaande zijn de revue gepasseerd de normen inzake evenredige beboeting, zowel op nationaal als op Europees (EVRM en EU) niveau, de discussies daarover in de literatuur en de wijze waarop in de bestuursrechtspraak wordt omgegaan met de toetsing op evenredigheid van boetes. Enkele kernpunten komen hieruit naar voren. In de eerste plaats de materiële invulling van de evenredigheid, in het bijzonder de vraag welke factoren hierbij een rol (moeten) spelen. Daarnaast is de rolverdeling tussen de drie actoren in de trias – wetgever, bestuur en rechter – bij het bepalen van de evenredigheid van de boete relevant. Verder is het de vraag in hoeverre het aan de overtreder is om bijzondere omstandigheden aan te voeren die zouden kunnen leiden tot matiging van de boete. In deze slotbeschouwing schenken wij aandacht aan deze onderwerpen, waarbij op onderdelen een nadere vergelijking met het strafrecht wordt gemaakt. Wij besluiten met een aantal aanbevelingen ten aanzien van de gesignaleerde knelpunten aan de wetgever, het bestuur, de (bestuurs)rechter en de rechtszoekende.

## 5.2 Materiële invulling van de evenredigheid: factoren die de evenredigheid inkleuren

De precieze invulling van (het) evenredigheid(sbeginsel) is onduidelijk.[344] Aan de uiterste randen bestaat er wel overeenstemming over de vraag wat evident onevenredig en wel evenredig is.[345] Wordt er echter verder ingezoomd op de inhoud van dit beginsel, dan ligt dit veel minder duidelijk. Daar komt nog bij dat de waardering van de (on)evenredigheid sterk afhankelijk is van de beoordelaar in kwestie. Zo kan het perspectief erg verschillen naar gelang het gaat om een burger of rechtspersoon,[346] de wetgever, een bestuursorgaan of de rechter. Wel is algemeen aanvaard dat er bij de oplegging van sancties een evenredige verhouding moet bestaan tussen de ernst van het gepleegde feit en de zwaarte van de opgelegde straf. Dan blijft

---

344 Zie bijv. Groenewegen 2005, p. 13.

345 Men denke bijvoorbeeld aan de doodstraf, gevangenisstraf of een geldboete van € 10.000 voor het door het rode licht lopen. Ook kan een boete evident te laag zijn, zoals bijvoorbeeld een boete van € 10 voor een miljoenen omvattende belastingfraude of een boete van € 10 voor ernstige milieudelicten (met dodelijke afloop, zie de Straatsburgse zaak *Öneryildiz*, zie hiervoor par. 2.4.4).

346 Ook kan het hierbij verschil maken of de (rechts)persoon overtreder of slachtoffer is.

het natuurlijk nog de vraag welke factoren bij de bepaling van deze evenredige verhouding een rol moeten spelen en hoe en door wie deze gewogen moeten worden. Weliswaar ligt de focus in dit preadvies op factoren die aanleiding kunnen geven tot matiging van boetes in het individuele geval, evenredigheid betekent echter ook dat boetes hoog genoeg moeten zijn, mede ook gezien de ernst van de overtreding, de preventieve en afschrikwekkende werking, alsmede de bescherming van benadeelden. De wetgever zal hier rekening mee moeten houden bij het bepalen van de (maximale) boetehoogte op bepaalde overtredingen.[347] Datzelfde geldt voor het bestuur, zowel bij de opstelling van beleidsregels als bij de oplegging van een boete *in concreto*. Verder zagen wij hiervoor (in par. 2.3.5) dat de rechter met verzoeken van derde-belanghebbenden kan worden benaderd om een (voldoende hoge) boete op te leggen (dan wel te innen). Dit past in de ontwikkeling in het bestuursrecht om derden een sterkere positie te verschaffen bij handhaving, zoals bij de last onder dwangsom.[348] In dit verband kan ook worden gewezen op de mogelijkheid die het strafrecht aan rechtstreeks belanghebbenden, zoals het slachtoffer, biedt om te proberen alsnog een vervolging of een andere wijze van vervolging af te dwingen (op grond van artikel 12 Sv).

Over de factoren die van belang zijn voor het bepalen van de evenredigheid van sancties kan het volgende worden opgemerkt. In de eerste plaats dient de wetgever bij het bepalen van de boetehoogte de evenredigheid te verdisconteren. Dit geldt in de eerste plaats voor het stellen van de maximale boetehoogte; die moet voor alle boetes in de wet worden neergelegd. Daarnaast houdt de wetgever rekening met de evenredigheid indien hij de boetehoogte in de wet fixeert.[349] Op zijn beurt stemt het bestuursorgaan de boete, ingeval de boetehoogte niet bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb af op de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Voor wettelijk gefixeerde boetes spreekt de in het derde lid van deze bepaling opgenomen hardheidsclausule van bijzondere omstandigheden die de overtreder aannemelijk moet maken, wil het bestuursorgaan een lagere boete opleggen. Naast deze uitdrukkelijk in de Awb genoemde factoren wijst de regering in de memorie van toelichting op financiële draagkracht en leeftijd van de overtreder als mogelijke matigende factoren. Het gaat dan derhalve om factoren die samenhangen met de persoon van de overtreder.[350]

Uit de analyse van de jurisprudentie in hoofdstuk 4 blijkt dat in ieder geval de volgende factoren een rol kunnen spelen: de duur, aard en omvang van de overtreding;

---

347 Vgl. bijv. Klap 2012 over boetes in het mededingingsrecht.

348 Zo kan een belanghebbende op grond van art. 5:37, tweede lid, Awb het bestuursorgaan verzoeken een beschikking over de invordering van een dwangsom te nemen.

349 Dit staat nog los van de wenselijkheid om een maximale boetehoogte in de wet op te nemen in geval van (meerdaadse) samenloop (art. 5:8 Awb); de Vierdetranchewetgever heeft daar niet voor gekozen maar wel aangegeven dat het totaal van de bij meerdaadse samenloop opgelegde bestuurlijke sancties in overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel, *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 91.

350 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 141-142 (draagkracht) en p. 125 (leeftijd). Daarnaast noemt de regering in de nota naar aanleiding van het verslag de mate van invloed op de overtreding, *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 7, p. 53; zie nader hiervoor par. 2.3.2.

het behaalde voordeel; wel of geen opzet; de financiële draagkracht; de benadeling van derden; de grootte van de onderneming; *first offender* of recidive; de persoonlijke omstandigheden en in het bijzonder voor het CBb kan het gelijkheidsbeginsel ook een rol spelen.[351] Tegelijkertijd maakt dit jurisprudentieonderzoek inzichtelijk dat de beoordeling van de boetehoogte door de hoogste bestuursrechters op grond van dezelfde factoren en omstandigheden kan verschillen. Zo laat de jurisprudentie in Wav-zaken zien dat (de vreemdelingenkamer van) de Afdeling de opgelegde gefixeerde boete voor een werkgever die opzettelijk de Wav overtreedt, vreemdelingen uitbuit en daarvan voordeel geniet net zo passend en geboden acht als even hoge boetes voor werkgevers voor wie dit niet of in beperkte mate geldt.[352] Wij zijn er ons echter van bewust dat de wetgever bewust heeft gekozen voor een vergaande risicoaansprakelijkheid van de werkgever (door het hanteren van een ruim werkgeversbegrip). Dit uitgangspunt van de wetgever rechtvaardigt naar ons oordeel echter niet dat in een concreet geval genoegen zou moeten worden genomen met een bestraffende sanctie die niet evenredig is aan de gepleegde overtreding. Het CBb en de CRvB laten in hun uitspraken zien dat zij juist wel tot matiging van boetes overgaan als het gaat om overtreders die niet doelbewust de wetgeving hebben overtreden, daarvan geen of beperkt voordeel hebben gehad en derden niet hebben benadeeld.[353]

In hoofdstuk 1 van dit preadvies zagen wij reeds dat in het strafrecht de volgende factoren bij de straftoemeting een rol spelen: (1) de ernst van het gepleegde feit; (2) de persoon van de dader; (3) de persoonlijke omstandigheden van de dader.[354] Bröring e.a. constateerden in hun genoemde onderzoek dat de factoren die de hoogte van de boete bepalen in het strafrecht en het bestuursrecht in essentie dezelfde zijn, namelijk: (1) de aard van de overtreding, ofwel het betrokken rechtsgoed; (2) de aard van de overtreder; (3) het behaalde profijt, het herstel van de gevolgen en de samenhang met andere sanctiemogelijkheden; (4) recidive. Combineren we de factoren uit de jurisprudentie met de genoemde onderscheidingen in de Algemene wet bestuursrecht, het strafrecht en het onderzoek van Bröring e.a. dan ontstaat het volgende beeld van potentieel relevante factoren:

1. De aard en ernst van de overtreding: duur en omvang van de overtreding, behaald voordeel, benadeling van derden, recidive.
2. De mate van verwijtbaarheid: wel of geen opzet.
3. De persoon van de overtreder: natuurlijke persoon, rechtspersoon, grootte onderneming, leeftijd.
4. De persoonlijke omstandigheden van de overtreder: financiële draagkracht, medische toestand, relationele omstandigheden.
5. De omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd: het lijkt erop dat het hier om verschillende factoren kan gaan, die ook al genoemd zijn onder aard van de overtreding (zie 1) en de persoonlijke omstandigheden van de overtreder (zie 4).
6. Het gelijkheidsbeginsel en een consistente boeteoplegging.

---

351 Zie ook Klap 2012, p. 332.
352 Zie hiervoor par. 4.4.
353 Zie hiervoor par. 4.2 en 4.3.
354 Groenhuijsen & Kooijmans 2013, p. 74.

Deze verschillende factoren zijn niet altijd even goed te scheiden en zijn vaak onder verschillende noemers te brengen, zoals ook blijkt uit de jurisprudentieanalyse in hoofdstuk 4. Zo worden de aard en de ernst van de overtreding in commentaren en jurisprudentie vaak in één adem worden genoemd. Verder kunnen duur en omvang van een overtreding zowel onder de aard als de ernst van de overtreding worden gebracht en dat geldt voor recidive mogelijk ook. De precieze categorisering is echter niet het belangrijkste. Waar het om gaat, is dat alle genoemde factoren stelselmatig onder ogen worden gezien als het gaat om boeteoplegging in het bestuursrecht, zowel bij het bepalen van de hoogte van de boete vooraf door de wetgever en/of het bestuur (in beleidsregels) en in het concrete geval bij de oplegging van een boete door een bestuursorgaan alsmede bij toetsing van het boetebesluit door de rechter. Zo kunnen bij het stellen van regels vooraf over de boetehoogte de verwijtbaarheid en draagkracht *in abstracto* worden verdisconteerd. Deze factoren dienen daarna echter ook *in concreto* te worden gewogen bij de oplegging van een boete in een individueel geval en de toetsing daarvan door de rechter. Pas dan kunnen alle hiervoor genoemde factoren (van 1 t/m 6) ten volle worden beoordeeld en worden toegesneden op de voorliggende casus. Het uiteindelijke oordeel over de evenredigheid van de boete in het concrete geval ligt bij de rechter, die is de laatst verantwoordelijke voor maatwerk in het door hem te beslechten geschil.[355]

## 5.3 De wetgever

De wetgever is de speler die het eerst aan de bal is bij het zo veel mogelijk verzekeren van een evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht. Via het doorlopen van het democratisch wetgevingsproces bepaalt hij immers welke feiten bestuurlijk beboetbaar zijn alsmede de (maximale) hoogte van de boetes. De evenredigheid van geldboetes (ook in het strafrecht) is een belangrijk punt van discussie bij de voorbereiding van wetgeving, en het bepalen van een proportionele boetehoogte is een lastige klus. Het oordeel dat een boetehoogte niet evenredig is (duidelijk te laag of duidelijk te hoog), is volgens Bouwes vaak snel gegeven, maar hoe deze proportionaliteit dan wel precies moet worden bepaald is – als gezegd – een veel moeilijkere kwestie.[356]

In het eerder aangehaalde Groningse onderzoek van Bröring e.a. naar het referentiekader van geldboetes is de vraag beantwoord hoe de boetehoogte in het bestuursrecht en het strafrecht thans wordt bepaald en op welke wijze meer eenheid kan worden gebracht in de systematiek waarmee de boetehoogte wordt vastgesteld. Voor het onderwerp van dit preadvies is in het bijzonder relevant wat de onderzoekers overwegen over de eis van evenredigheid bij het bepalen van de boetehoogte en de vormgeving van het betreffende boetestelsel:

---

355 Wij zien dan ook geen heil in geautomatiseerde rechterlijke besluitvorming als volledige vervanging van de persoon van de rechter; deze blijft nodig om gerechtigheid in het individuele geval te verzekeren. Vgl. M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

356 Zie Bouwes 2013, p. 155.

> ‘De hoofdvraag vergt dat meer inzicht wordt verkregen in wat bepalend is voor de boetehoogte. Het is welhaast overbodig om te zeggen maar, volledigheidshalve en omdat het de meest essentiële factor voor de boetehoogte betreft, zij er nog op gewezen dat voor de boetehoogte uiteraard altijd de evenredigheidseis allesbepalend is. Dit wil zeggen dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, zoals de persoon van de overtreder (natuurlijk of rechtspersoon; draagkracht), de mate van verwijtbaarheid, behaald voordeel, recidive, et cetera. Dientengevolge behoren deze omstandigheden op zowel het niveau van de algemene regels als dat van de praktijk een rol te spelen: het gaat om (vaste) facetten van de boetehoogte. Vanzelfsprekend kan worden verondersteld dat (de redenen voor) verschillen tussen boetestelsels op het punt van de maximumboete en de vormgeving mede door deze facetten van evenredigheid kunnen worden verklaard.’[357]

Een van hun conclusies is, zoals wij ook kunnen vaststellen op basis van onze eigen jurisprudentieanalyse, dat het zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht in wezen om dezelfde factoren gaat die de boetehoogte bepalen. In het belang van een consistent boetestelsel dienen bij de vormgeving van de diverse onderdelen daarvan (in het strafrecht dan wel het bestuursrecht) dezelfde factoren een rol te spelen. Het past bijvoorbeeld niet dat de precieze vormgeving afhankelijk is van het ministerie dat het initiatief neemt tot de betreffende regeling. Bij het ontwerpen van een specifieke boeteregeling zal de wetgever gelijkelijk met alle genoemde factoren rekening moeten houden, juist om een regeling te ontwerpen waarin vooraf met zo veel mogelijk factoren die de evenredigheid van de boeteoplegging bepalen rekening wordt gehouden. Met de Groningse onderzoekers menen wij dat deze factoren zowel vooraf (bij het opstellen van de algemene regels) als bij de concrete toepassing in de praktijk in acht moeten worden genomen. Zij concluderen verder terecht dat de uitkomst van de afweging door de sanctietoepasser altijd een evenredige sanctie moet zijn, ongeacht de keuze van de regelgever voor welke wettelijke boetehoogte en vormgeving dan ook.

## 5.4 Het bestuur

In het zogenoemde variabele boetestelsel van artikel 5:46, tweede lid, Awb (zie nader par. 2.3.2) zal het bestuursorgaan veelal boetebeleidsregels vaststellen. Van groot belang is dat de diverse evenredigheidsfactoren (zie par. 5.2) hierin worden verdisconteerd en voldoende differentiatie plaatsvindt van lichte naar zware overtredingen. Ook het bestuur zal hierbij inspiratie moeten opdoen uit vergelijkbare stelsels in het strafrecht.[358] De beleidsregels moeten deze factoren nader inkleuren en tegelijkertijd niet te rigide zijn en voldoende ruimte laten voor afwijkingen. Dergelijke uitgewerkte beleidsregels kunnen bijdragen aan een consistent

357 Bröring e.a. 2012, p. 4.
358 Dat was bijvoorbeeld ook de bedoeling met de Boetebeleidsregels Wav, Saris 2012.

boeteopleggingsbeleid en op deze manier recht doen aan de beginselen van gelijkheid en rechtszekerheid op dit terrein en ook bijdragen aan evenredige beboeting.[359]

Bij wettelijk gefixeerde boetes dient het bestuursorgaan een lagere boete op te leggen indien de overtreder aannemelijk maakt dat de boete vanwege bijzondere omstandigheden te hoog is, zo bepaalt artikel 5:46, derde lid, Awb. Wij zagen hiervoor (zie o.m. par. 2.3.2) dat volgens de Vierdetranchewetgever het bestuur in beginsel dient uit te gaan van deze afweging door de wetgever. Dit ligt alleen anders, indien het bestuur sterke aanwijzingen heeft dat de boete *in concreto* onevenredig hoog uitpakt. Doorgaans komt het bestuur dat te weten indien de overtreder uitdrukkelijk beroep doet op bijzondere omstandigheden, maar het kan ook zijn dat het bestuur dit uit eigen beweging doet als het sterke aanwijzingen uit het 'dossier' krijgt dat de boete in de voorliggende casus onevenredig is.

Behalve het boetebeleid in de onderzochte Wav-jurisprudentie van de Afdeling hebben we geen specifiek onderzoek gedaan naar de inhoud van het eventueel door de andere betrokken bestuursorganen – DNB, AFM, UWV en de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport – in de casestudies gehanteerde boetebeleid. Dat geldt ook voor de wijze waarop deze bestuursorganen *in concreto* de hoogte van de opgelegde boetes hebben bepaald. Wel kan de voorzichtige conclusie worden getrokken dat bepaalde bestuursorganen eerder geneigd zijn om boetes vanwege bijzondere omstandigheden te matigen. Zo lijken de AFM en DNB in concrete zaken regelmatig tot matiging over te gaan.[360] In Wav- en Tabakswetzaken zijn de betrokken ministers beduidend minder vaak geneigd om zelfstandig boetes te matigen.[361] Zo zij tot matiging overgaan, is dat veelal het gevolg van matiging die door het CBb en de (vreemdelingenkamer van de) Afdeling in soortgelijke zaken eerder was toegepast.[362]

De vraag blijft of het bestuursorgaan enkel een andere boete hoeft op te leggen indien er zich (zeer) uitzonderlijke omstandigheden voordoen. Naar ons oordeel rust op het bestuur de verplichting de *in concreto* op te leggen boete zo veel mogelijk toe te spitsen op de individuele omstandigheden van het voorliggende geval. Daarbij kan het zich enerzijds richten op de vooraf opgestelde boetebeleidsregels (in het variabele systeem) en anderzijds op de door de wetgever gemaakte afweging (in het wettelijk gefixeerde systeem). Voor de oplegging *in concreto* kan het bestuursorgaan door de overtreder op bijzondere omstandigheden worden gewezen. In dit verband is het wel essentieel dat het bestuur de overtreder goed informeert over welke factoren op het punt van evenredigheid kunnen worden aangevoerd en wat voor bewijsstukken daarvoor nodig zijn. Deze voorlichting kan worden gegeven in een ontwerpboetebesluit in geval de overtreder in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze daarover te geven.[363] Indien het gaat om de bezwaarfase kan deze

---

359 Zie ook de in hoofdstuk 4 (par. 4.2) behandelde jurisprudentie van het CBb dat uitdrukkelijk ook kijkt naar beboeting in vergelijkbare gevallen. Vgl. ook Klap 2012, p. 332.

360 Zie hiervoor par. 4.2.

361 Zie hiervoor resp. par. 4.4. en 4.2.

362 Zie hiervoor par. 4.5.

363 Op grond van art. 5:53 Awb wordt de overtreder altijd in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze te geven indien voor de overtreding een bestuurlijke boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald (zoals bijvoorbeeld in de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen). Zie over de vraag welke consequenties aan de schending van

voorlichting aan de overtreder worden gegeven bij de rechtsmiddelenverwijzing onder het boetebesluit (eventueel via een informatieve bijlage). Voordeel van een adequate voorlichting is aan de andere kant ook dat veel kansloze bezwaren kunnen worden voorkomen. Vanwege het grote belang van een adequate voorlichting verdient het aanbeveling deze verplichting in de Awb te verankeren, mede ook vanwege de duidelijkheid en de uniforme toepassing ervan.

## 5.5 De rechter

De (bestuurs)rechter is de laatste, maar zeker niet de minst belangrijke actor in de rij die de evenredigheid van de bestuurlijke boete dient te beoordelen. De rechter is immers de ultieme verzekeraar van evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht. Daarbij zal hij in eerste instantie moeten afgaan op eventueel door de wetgever of het bestuur (in de vorm van beleidsregels) gemaakte afwegingen inzake de evenredigheid ten aanzien van de boetehoogte. Daar kan het echter naar ons oordeel niet bij blijven. De rechter zal uiteindelijk alle relevante factoren (zoals hiervoor genoemd in par. 5.2) *in concreto* moeten wegen en op het hem voorgelegde individuele geval dienen toe te snijden. Hij moet dus de ruimte houden en nemen om in de bijzondere omstandigheden van het geval gemotiveerd af te wijken van door de wetgever dan wel beleidsregelgever *in abstracto* gemaakte afwegingen.

Naast deze corrigerende functie vervult de rechter een belangrijke preventieve taak. Als wetgever en bestuur weten dat de rechter hen streng controleert op het punt van de evenredigheid, zal dat voor hen een extra prikkel vormen de evenredigheid zo goed mogelijk te verdisconteren in de algemene regeling (wetgeving of beleidsregel) of het concrete boetebesluit.[364]

De uitkomst van de rechterlijke toetsing van de evenredigheid van de hoogte van de boete hangt af van diverse omstandigheden. Naarmate meer (evenredigheids-) factoren van tevoren zijn verdisconteerd, zal er voor de rechter minder snel reden zijn om het resultaat op het punt van de afweging van deze factoren te corrigeren. De rechter zal alle hiervoor onderscheiden factoren (zie onder 1 t/m 6 in par. 5.2) moeten nalopen en ze in het bijzonder moeten toespitsen op het individuele voorliggende geval, zoals de persoonlijke omstandigheden van de overtreder en de verwijtbaarheid *in concreto*. Uit de jurisprudentieanalyse in hoofdstuk 4 is gebleken dat dit vooralsnog onvoldoende en te weinig structureel gebeurt.

Daarnaast speelt mogelijk de ingrijpendheid van de sanctie een rol bij de opstelling van de bestuursrechter. De regering was zich hiervan ook bewust bij de voorbereiding van het wetsvoorstel Vierde tranche, waar zij overwoog ten aanzien van klachten over de boetehoogte: 'De houding van de bestuursrechter wordt kritischer

---

deze hoorplicht moeten worden verbonden: HvJ EU 10 september 2013, zaak C-383/13 PPU, *AB* 2013/404, m.nt. A.M. Reneman (*M.G. en N.R.*) in antwoord op prejudiciële vragen van de ABRvS 5 juli 2013, *JV* 2013/292 en zie een vergelijkbare prejudiciële vraag van de Hoge Raad: HR 20 februari 2013, ECLI:HR:2013:BR0666 (*Sopropé*, betaling douaneboete).

364 Vgl. T. Barkhuysen, 'Nieuw procesrecht en "deresponsabel" bestuur', *NJB* 2013, 2855.

naarmate de opgelegde sanctie zwaarder is.'[365] Naar ons oordeel gaat het hierbij om de relatieve hoogte. Een in absolute zin lagere boete in het socialezekerheidsrecht kan immers veel harder aankomen dan een in absolute zin hogere boete in het financieeltoezichtrecht. Uit de jurisprudentieanalyse in hoofdstuk 4 werd als gezegd niet geheel duidelijk in hoeverre de boetehoogte de indringendheid van de rechterlijke toetsing bepaalt. Het ligt voor de hand dat er bij (relatief) hoge boetes eerder reden is af te wijken van een door de wetgever of de beleidsregel gefixeerde boete. Naar ons oordeel zou de rechter inderdaad kritischer moeten toetsen naar gelang de ingrijpendheid van de sanctie, dat wil zeggen de (relatieve) hoogte van de boete.[366]

In hoofdstuk 4 constateerden wij dat de drie door ons onderzochte bestuursrechters (ABRvS, CBb en CRvB) een matiging van de bestuurlijke boete (met een bepaald percentage of op nihilstelling) niet of nauwelijks motiveren. Uit het preadvies van Haas blijkt dat dit ook geldt voor de belastingrechter. Vanuit een consistent boetebeleid in het bestuursrecht lijkt het ons echter zaak dat de rechter stelselmatig de verschillende evenredigheidsfactoren (zoals hiervoor geïdentificeerd in par. 5.2) naloopt en aangeeft in hoeverre die al dan niet een rol spelen in de individuele voorliggende casus. Ten aanzien van de persoonlijke omstandigheden van de overtreder is ook van belang dat de rechter zo veel mogelijk aangeeft in hoeverre en waarom die tot matiging aanleiding geven. Op dit punt zou de bestuursrechter meer aansluiting moeten zoeken bij zijn strafrechtelijke collega die op grond van de motiveringsplicht uit artikel 359 Sv in zijn uitspraak moet laten zien op welke wijze de persoonlijke omstandigheden van de dader hebben meegespeeld bij het bepalen van de strafmaat. Bovendien zal de strafrechter in het kader van de eventuele toepassing van artikel 9a Sr (schuldigverklaring zonder oplegging van straf) alle (persoonlijke) omstandigheden moeten meewegen.

De bestuursrechter zou dit voorbeeld moeten volgen en actiever dan hij tot nu toe doet op zoek dienen te gaan naar genoemde bijzondere omstandigheden en hiervan in zijn motivering verantwoording moeten afleggen.[367] Hierbij hangt de mate van activiteit wel af van de vraag in hoeverre het bestuur de overtreder goede voorlichting heeft gegeven over welke factoren op het punt van evenredigheid kunnen worden aangevoerd en wat voor bewijsstukken daarvoor nodig zijn. Is deze voorlichting adequaat geweest, dan is er minder reden voor de rechter om actief op zoek te gaan naar bijzondere omstandigheden. Het feit dat de overtreder de rechter in een dergelijk geval niet uitdrukkelijk op deze bijzondere omstandigheden wijst, komt dan terecht voor rekening van de overtreder. Als de overtreder echter niet of onvoldoende is voorgelicht door het bestuur, is dat alle reden voor de rechter om actief op zoek te gaan naar bijzondere omstandigheden.[368]

Op deze wijze kan een consistent stelsel van boeteoplegging in het bestuursrecht tot stand komen, waarin vergelijkbare gevallen op vergelijkbare wijze worden

---

365 *Kamerstukken I* 2007/08, 29702, nr. C, p. 35 (MvA).

366 Zie reeds het pleidooi hiertoe van Barkhuysen & Van Emmerik in hun noot bij EHRM 23 november 2006, *AB* 2007/51 (*Jussila t. Finland*) en recent T. Barkhuysen, 'Herijking van waarborgen bij bestuurlijke sancties', *NJB* 2014, p. 169.

367 Zie voor een vergelijkbaar pleidooi voor de belastingrechter het preadvies van Haas (4.2.8).

368 Wij zagen eerder dat de rechter daartoe niet ambtshalve verplicht is op grond van het EVRM of EU-recht, maar niets belet de bestuursrechter dit wel wat actiever te doen.

afgedaan, maar waarin vanzelfsprekend de noodzakelijke ruimte blijft voor (verdergaande) matiging in het individuele voorliggende geval vanwege de bijzondere persoonlijke omstandigheden. Bestuursrechters hoeven door een dergelijke adequate motivering niet bevreesd te zijn (als zij dat al zouden zijn) voor de consequenties (mogelijke precedentwerking, ongelijke behandeling, inbreuk op de rechtszekerheid) als ze in een concreet geval een uitzondering maken op het staande boetebeleid.[369] Rechterlijk maatwerk blijft immers essentieel bij de (beoordeling van) oplegging van straffen. Waar het uiteindelijk op aankomt is de oplegging van een evenredige boete in het individuele geval. Bij de rechterlijke toetsing van de evenredigheid van een bestraffende sanctie, kan de evenredigheidsafweging die de wetgever of de beleidsregelgever reeds *in abstracto* hebben verricht bij het ontwerpen van de in het geding zijnde regeling zeker een rol spelen, net als de door het bestuursorgaan *in concreto* gemaakte afweging bij het boetebesluit. Dit neemt echter niet weg dat er ook een afweging van de evenredigheid *in concreto* dient plaats te vinden.

Een en ander wordt treffend geïllustreerd door een recente uitspraak van de Afdeling inzake zogenoemde alcoholslotprogramma's, reden om deze zaak hier relatief uitvoerig te bespreken al gaat het niet om een bestuurlijke boete.[370] In deze zaak gaat het om een bestuurder die te veel gedronken heeft en naast een ongeldigverklaring van zijn rijbewijs een zogenoemd alcoholslotprogramma (asp) krijgt opgelegd. Een dergelijk alcoholslot dient dan op eigen kosten in de auto van de betreffende bestuurder te worden ingebouwd. Dit alcoholslot kan echter (vooralsnog) niet worden ingebouwd in vrachtwagens, zodat de bestuurder in kwestie weliswaar met een asp in zijn personenauto kan rijden, maar zijn beroep van vrachtwagenchauffeur gedurende ten minste twee jaar niet kan uitoefenen.

De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat de opgelegde maatregel voor de betrokken vrachtwagenchauffeur – anders dan personen die voor hun inkomen niet afhankelijk zijn van hun (vrachtwagen)rijbewijs – vanwege de zwaarte ervan een bestraffend karakter heeft en daarmee kan worden aangemerkt als een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Anders dan de rechtbank, komt de Afdeling echter tot de conclusie dat de maatregel *in casu* evenredig is. Onder verwijzing naar Straatsburgse jurisprudentie (de eerder genoemde arresten *Malige* en *Göktan*) overweegt de Afdeling 'dat artikel 6 van het EVRM een systeem van wettelijk vastgestelde bestraffende sancties niet uitsluit en het bestuur en de rechter in beginsel van de door de wetgever gemaakte vaststelling dienen uit te gaan, mits de wettelijke bepalingen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand zijn gekomen.' Vervolgens duikt de Afdeling uitgebreid in de overwegingen van de wetgever bij monde van de regering in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van het asp. De wetgever heeft deze nieuwe maatregel nodig geacht, nu ten minste een kwart van de verkeersdoden in Nederland valt door een ongeluk na alcoholgebruik en minder vergaande maatregelen vooralsnog weinig of geen blijvend effect hebben gesorteerd. Ten aanzien van vrachtwagenchauffeurs heeft de wetgever uitdrukkelijk overwogen 'dat van deze chauffeurs een bijzonder verantwoordelijkheidsgevoel

369 Vgl. ABRvS 7 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:669 (ATW).
370 ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:RVS:2013:1643, JB 2013/247 (Wegenverkeerswet 1994).

mag worden verwacht en dat algemeen bekend mag worden verondersteld dat verkeersdelicten, ook indien deze buiten werktijd worden begaan, consequenties voor de rijbevoegdheid en daarmee voor de uitoefening van het werk als beroepschauffeur kunnen hebben.' De Afdeling is al met al van oordeel dat de regeling met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand is gekomen. Daarbij acht ze de keuze om inbouw van alcoholsloten vooralsnog niet mogelijk te maken in vrachtwagens (of bussen) primair op de weg van de wetgever liggen en niet van de rechter. De Afdeling oordeelt dit niet in strijd met artikel 6 EVRM.[371] Ook het betoog van betrokkene dat het evenredigheidsbeginsel wordt geschonden, nu hij zelf de kosten moet dragen voor deelname aan het asp en daarbij geen rekening wordt gehouden met zijn draagkracht, is zonder succes. De Afdeling overweegt in dit verband dat de betrokken wettelijke bepaling er niet in voorziet dat bij het opleggen van een asp rekening wordt gehouden met de financiële draagkracht van betrokkene. Volgens de wetgever is het niet onredelijk dat betrokkene de daaraan verbonden kosten zelf draagt en dus de afweging moet maken of het kunnen blijven rijden opweegt tegen deze kosten.

Wat opvalt in deze uitspraak is dat de Afdeling vrij uitgebreid ingaat op de evenredigheidstoets door de wetgever en de belangen die de wetgever terecht zwaarwegend heeft bevonden. Anders dan de rechtbank schenkt de Afdeling echter weinig aandacht aan de bijzondere omstandigheden. De rechtbank heeft namelijk overwogen dat de genoemde algemene belangen *in casu* niet opwegen tegen de gevolgen die de maatregel voor betrokkene heeft, namelijk dat hij zijn baan zal verliezen en niet in zijn levensonderhoud zal kunnen voorzien, temeer nu zijn echtgenote arbeidsongeschikt is.[372] Het verdient aanbeveling dat de Afdeling meer inzichtelijk maakt hoe zij deze factoren in de voorliggende zaak al dan niet heeft afgewogen (daarbij is zij vanzelfsprekend afhankelijk van de gronden die door appellant worden aangevoerd) en niet slechts volstaat met een verwijzing naar de afwegingen door de wetgever.[373] Daarbij realiseren wij ons dat het al dan niet opleggen van een asp veel meer (behalve de beperking in duur ervan) een alles-of-niets karakter heeft dan de oplegging van een bestuurlijke boete die immers kan worden gematigd.

## 5.6 De overtreder

Een belangrijke kwestie is of de overtreder beroep moet doen op bijzondere omstandigheden die van belang zijn voor de evenredigheid teneinde een opgelegde bestuurlijke boete aan te vechten. Wij constateerden reeds dat het EVRM noch het EU-recht ertoe verplicht dat de rechter ambtshalve kijkt naar bijzondere omstandigheden van

371 De minister heeft evenwel recent laten weten dat naar verwachting in de zomer van 2014 een wetsvoorstel aan de Raad van State voor advies wordt voorgelegd waarmee het mogelijk gemaakt wordt een alcoholslot ook in vrachtwagens in te bouwen, zie *Kamerstukken II* 2013/14, 29398, nr. 393, p. 2 (brief van de minister).

372 Rb. Haarlem 21 december 2012, ECLI:RBHAA:2012:BY7669.

373 De Afdeling deed op dezelfde dag nog enkele vergelijkbare uitspraken, waarin zij evenmin uitvoerige overwegingen wijdt aan de persoonlijke omstandigheden van betrokkene, zie ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1604 en ABRvS 23 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013: 1671.

de overtreder die van invloed zouden kunnen zijn op de hoogte van de opgelegde bestuurlijke boete. Ook de regering gaat er bij wettelijk gefixeerde boetes (zo zagen wij reeds in par. 2.3.2), anders dan de Raad van State in zijn advisering, in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vierde tranche van uit dat deze verplichting voor de rechter niet bestaat en ten aanzien van het bestuur overweegt zij:

> 'Ook het bestuur dient in beginsel uit te gaan van deze afweging door de wetgever, tenzij het bestuur sterke aanwijzingen heeft dat de hoogte van de boete in een bepaalde casus onevenredig uitpakt, bijvoorbeeld vanwege de geringe draagkracht van de overtreder. Een dergelijke aanwijzing zal het bestuur in de meeste gevallen krijgen doordat de betrokkene een beroep doet op dergelijke bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld bij het geven van zijn zienswijze over een voorgenomen boeteoplegging. Dit betekent dat het bestuur in het overgrote deel van de gevallen niet gehouden is ambtshalve te toetsen of de wettelijk gefixeerde boete evenredig is. Het valt echter niet geheel uit te sluiten dat uit het «dossier» in kwestie sterke aanwijzingen blijken die zouden moeten leiden tot een matiging van de hoogte van de bestuurlijke boete, zonder dat de betrokkene hier expliciet een beroep op heeft gedaan.'[374]

Naar ons oordeel is deze opvatting van de wetgever verdedigbaar en inderdaad EVRM- en Unierecht-conform (zie nader hoofdstuk 2). Uit overwegingen van efficiency en vanuit de doelstelling van een consistent boetebeleid is ook wel wat te zeggen voor een systeem van wettelijk gefixeerde boetes, met name in bulkzaken (zoals verkeersboetes op grond van de wet Mulder). De overtreder zal dan ook beroep moeten doen op bijzondere omstandigheden en deze met zo veel mogelijk bewijs dienen te staven. Wij raden de overtreder sowieso aan, ook in het variabele boetesysteem, om steeds zo veel mogelijk bijzondere omstandigheden aan te voeren en dit met bewijsstukken te onderbouwen. Daarbij is het wel van groot belang, zoals hiervoor aangegeven, dat de overtreder goed en tijdig wordt voorgelicht door het bestuur over welke factoren op het punt van evenredigheid kunnen worden aangevoerd en wat voor bewijsstukken daarvoor nodig zijn,[375] juist omdat in het bestuursrecht geen bijstand door een advocaat is voorgeschreven.

## 5.7 Nadere vergelijking met het strafrecht: rechtvaardiging voor verschillen?

In par. 5.2 bleek reeds dat zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht dezelfde factoren een rol zouden moeten spelen bij het bepalen van de evenredigheid van de boete. Een belangrijk verschil zit hem echter in de actor die deze evenredigheidsfactoren in het concrete geval in eerste instantie weegt. In het strafrecht is dit meestal[376] de rechter, die immers zelf de straf vaststelt. De positie van de bestuursrechter

374 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 142-143. Vgl. Barkhuysen 2004, in het bijzonder p. 61-64 en 90.
375 Zie ook Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 337.
376 Met uitzondering van de door het OM opgelegde strafbeschikking.

verschilt in die zin van die van de strafrechter, nu de eerstgenoemde rechter het 'evenredigheidsoordeel' van een ander beoordeelt (namelijk van het betreffende bestuursorgaan dat een boete heeft opgelegd, al dan niet op basis van boetebeleidsregels dan wel op grond van een wettelijke regeling waarin de boetehoogte is gefixeerd).[377] Ook in het strafrecht bestaan beleidsregels van het OM inzake de hoogte van de te eisen straf en daarnaast is een belangrijk oriëntatiepunt de eis van het OM. Een interessante vraag hierbij is of de bestuursrechter zich hierbij meer gebonden acht aan boetebeleidsregels dan de strafrechter aan richtlijnen van het OM en aan de eis van het OM in de concrete voorliggende zaak. Uit het preadvies van Haas blijkt dat de belastingrechter zich op geen enkele wijze (ten nadele van de overtreder) gebonden acht aan de boetebeleidsregels.[378]

In het kader van dit preadvies ontbreekt de ruimte (nog afgezien van de deskundigheid van de preadviseurs) om uitgebreid onderzoek te doen naar de praktijk in het strafrecht op dit punt. Een vluchtige bestudering van enige strafrechtelijke literatuur (zie ook hoofdstuk 1) laat echter zien dat in het strafrecht grote waarde wordt gehecht aan de straftoemetingsvrijheid van de rechter.[379] De strafrechter acht zich niet gebonden aan deze richtlijnen van het OM en evenmin aan de eis van het OM. Mogelijk dat de strafrechter er bijzondere aandacht voor heeft indien het OM een hogere straf eist dan in de richtlijn staat en ingeval deze richtlijnen heel specifiek zijn. Hoe dit ook zij, Bröring e.a. schrijven in dit verband: 'De vrij strikte domeinscheiding tussen OM en strafrechter brengt mee dat de rechter een zekere afstand tot de OM-beleidsregels bewaart, in het bijzonder als het gaat om beleidsregels terzake de hoogte van de te eisen straf (Polaris). Hiermee is verondersteld dat de bestuursrechter zich op het punt van de strafmaat wat minder vrij ten opzichte van het bestuursorgaan opstelt dan de strafrechter ten opzichte van het OM.'[380] Bröring heeft er in zijn oratie zelfs voor gepleit dat de strafrechter zich iets meer gelegen laat liggen aan de genoemde OM-richtlijnen, door in zijn uitspraak in ieder geval nader te motiveren waarom hij daarvan afwijkt.[381]

Een interessante vraag in dit verband is wat de positie van de strafrechter als verzetsrechter is na de oplegging van een strafbeschikking. De strafrechter verkeert dan immers in dezelfde positie als de bestuursrechter in die zin dat er een strafoplegging van een ander orgaan aan is voorafgegaan. De regering gaat er in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel OM-afdoening van uit dat de strafrechter zijn centrale positie in het strafproces behoudt. Dit betekent dat de strafrechter na verzet de zaak integraal berecht en daarbij alle beslissingen zelf neemt. Daarmee verschilt zijn positie van die van de bestuursrechter, die immers de boetebeslissing van het bestuursorgaan toetst.[382] De strafrechter als verzetsrechter acht

377 Vgl. reeds Duk 1981.
378 Zie 4.2.5 van zijn preadvies.
379 Zie onder meer Schoep 2008, p. 188; Schuyt 2009, p. 30.
380 Bröring e.a. 2012, p. 5.
381 H.E. Bröring, *Rationele willekeur. Enkele opmerkingen over discretionaire boetebevoegdheden* (oratie Groningen), 2005.
382 *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, nr. 3, p. 3.

zich hierbij geheel vrij zijn eigen oordeel over de straftoemeting te geven.[383] Bröring e.a. wijzen er ook op dat de strafrechter in een verzetsprocedure na de oplegging van een OM-boete (strafbeschikking) niet de rol vervult van besluitentoetser (zoals de bestuursrechter dat doet bij toetsing van een bestuurlijke boete); na verzet gaat de gewone procedure lopen. 'Het laatste betekent dat, hoewel de strafbeschikking als een in het strafrecht geregelde bestuurlijke boete kan worden beschouwd, het bestuursrechtelijke model van besluitentoetsing, met inbegrip van de aandacht van de rechter voor het bestuurlijke beleid, in het strafrecht niet van toepassing is.'[384]

Naast deze OM-beleidsregels bestaan er ook afspraken tussen strafrechters onderling waarmee zij trachten hun uitspraken op elkaar af te stemmen. Op het gebied van de rechterlijke samenwerking zijn de laatste jaren veel initiatieven ontplooid, ook op het terrein van straftoemeting.[385] Zo bestaan er voor verschillende delictsomschrijvingen uit het Wetboek van Strafrecht zogenoemde oriëntatiepunten. Deze zijn opgesteld onder toezicht van het LOVS (Landelijk overleg van voorzitters van de strafsectoren van de gerechtshoven en de rechtbanken).[386] Een oriëntatiepunt bestaat uit een korte typebeschrijving van het feit en een indicatie van de daarvoor op te leggen straf. Oriëntatiepunten bestaan voor veel voorkomende strafbare feiten waarvoor normaliter niet meer dan vier jaar gevangenisstraf wordt opgelegd en waarbij de daadcomponent niet te zeer uiteenlopende verschijningsvormen kent. Daarnaast bestaat een zogenoemde Databank Consistente Straftoemeting: deze Databank is erop gericht om de straftoemetingsbeslissing van de rechter in een individuele zaak inzichtelijk te maken voor collega-rechters. Het gaat om uitspraken met betrekking tot zaken waarin een gevangenisstraf van vier jaar of meer is opgelegd.[387]

De genoemde instrumenten zijn niet bindend voor de rechter en in het strafrecht ook niet onomstreden.[388] Zij bieden echter volgens Groenhuijsen en Kooijmans aanknopingspunten die het mogelijk maken om in de concrete voorliggende zaak op zoek te gaan naar bijzonderheden die in de op te leggen straf moeten worden verdisconteerd. Het gaat in hun visie om ruwe vertrekpunten voor het raadkameren en zij benadrukken het uitdagende karakter ervan: 'Mits de status van deze hulpmiddelen correct wordt opgevat, vormen ze een uitdaging voor de rechter om zich werkelijk te bezinnen op de unieke kanten die ieder daad-dader-complex onvermijdelijk in zich draagt.'[389]

---

383 Zie hierover het preadvies van Albers; wij ondersteunen graag haar pleidooi voor nader onderzoek op dit punt.

384 Bröring e.a. 2012, p. 56.

385 G.K. Schoep, 'Rechterlijke samenwerking', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke macht. Rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p. 284-286.

386 De Oriëntatiepunten zijn te raadplegen via <www.rechtspraak.nl>. Er zijn op dit moment oriëntatiepunten voor bijvoorbeeld diefstal (art. 310 Sr), meineed (art. 207 Sr) en mishandeling (art. 300 Sr e.v.).

387 Schoep 2013, p. 284 e.v.

388 Schoep 2013, p. 284 e.v.

389 Groenhuijsen & Kooijmans 2013, p. 79.

Ook voor de bestuursrechter geldt naar ons oordeel dat hij uiteindelijk een op de individuele casus toegesneden evenredigheidstoets moet verrichten, waarbij beleidsregels weliswaar een hulpmiddel maar nooit bindend voor hem kunnen zijn.[390] De positie van de bestuursrechter blijft weliswaar een andere dan die van de strafrechter, nu hij vaak pas tweede (of zelfs derde) beoordelaar is van de evenredigheid van de boete. Dit dient echter voor de indringendheid van zijn oordeel niet uit te maken. Er is geen rechtvaardiging voor een verschil met de aanpak van zijn strafrechtelijke collega, iedere rechter (in welke jas dan ook) zal een evenredige bestraffing in het concrete geval dienen te verzekeren.[391] Om het verschil in positie tussen de bestuursrechter en de strafrechter gelijk te trekken, heeft Michiels geopperd om de bestuursrechter op 'vordering' van het bestuursorgaan een 'bestuurlijke' boete te laten opleggen.[392] Hoe interessant deze gedachte ook is en hoewel zij zeker verdere discussie waard is, zien wij hierin geen 'oplossing' voor alle bestuurlijke boetestelsels. Dan zouden immers ook belangrijke gerechtvaardigde handhavingsdoelstellingen van en efficiencyvoordelen voor de overheid verdwijnen. Wij kunnen ons wel voorstellen dat deze figuur wordt geïntroduceerd voor de oplegging van (relatief) hoge boetes, zeker in zaken waarin lastige bewijsvragen aan de orde zijn.

Beleidsregels, oriëntatiepunten, of hoe dergelijke richtlijnen ten aanzien van de straftoemeting (in het bijzonder de hoogte van boetes) ook worden genoemd (in strafrecht dan wel bestuursrecht) zijn in het belang van een consistent en voorspelbaar boetebeleid waarin zo veel mogelijk recht wordt gedaan aan het gelijkheidsbeginsel. In die zin valt er wel wat voor te zeggen dat ook bestuursrechters in het kader van de toepassing van artikel 8:72a Awb oriëntatiepunten ten aanzien van de hoogte van bestuurlijke boetes ontwikkelen.[393] De noodzaak hiertoe is echter alleen aanwezig, indien wetgever en bestuur geen regels ter zake hebben gesteld dan wel de evenredigheid daarin onvoldoende hebben verdisconteerd. Ook verdient het aanbeveling dergelijke afspraken te maken bij boetes die door verschillende bestuursorganen kunnen worden opgelegd (bijvoorbeeld door gemeentes op grond van de Huisvestingswet en -verordening) of waarbij het gaat om verschillende (landelijk verspreide) onderdelen van hetzelfde bestuursorgaan.

Uitgangspunt bij al deze richtlijnen dient echter te zijn dat de rechter daaraan niet gebonden is en de ruimte houdt een op het individuele geval toegesneden beslissing te nemen. Daarbij past, ten slotte, de opmerking dat de strafrechter in het algemeen

---

390 Vgl. ook de eerder genoemde KME-zaak (in par. 2.5.4.2) waarin het Hof van Justitie bepaalde dat de Europese (bestuurs)rechter op geen enkele wijze is gebonden aan de beleidsregels (richtsnoeren) van de Commissie ten aanzien van (de hoogte van) mededingingsboetes, HvJ EU 8 december 2011, AB 2012/325, m.nt. Widdershoven (KME).

391 Vgl. reeds Duk 1981. Zie voor een enigszins ander geluid Bade & Waller. Zij benadrukken dat de bestuursrechter een andere staatsrechtelijke positie inneemt dan de strafrechter door de rechtmatigheidstoetsing van overheidshandelen versus het beoordelen van het handelen van burgers door de strafrechter, zie J.J. Bade & L.H. Waller, 'Basic instinct. De vierde tranche en de waarborgen in de rechtspraktijk van de bestuursrechter', in: Barkhuysen, Den Ouden & Polak 2010, p. 511-512.

392 L. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb', NALL 2013, december, DOI 10.5553/NALL/.000015.

393 Zie ook het voorstel hiertoe van L.J.J. Rogier tijdens een interne deskundigenbijeenkomst bij de Rechtbank Amsterdam, zoals vermeld bij Bade & Waller 2010, p. 513, voetnoot 46.

over een groter arsenaal van straffen en maatregelen beschikt dan zijn bestuursrechtelijke collega, zodat hij nog beter in staat is om maatwerk te verrichten.

## 5.8 Naar een passende rolverdeling tussen de drie actoren in de trias en de overtreder bij de evenredigheidstoetsing van boetes: aanbevelingen

Uit het voorgaande is gebleken dat de klassieke actoren, namelijk de wetgever, het bestuur en de rechter en daarnaast de overtreder, ieder hun eigen rol hebben te spelen bij het zorgdragen voor evenredige beboeting in het bestuursrecht. In het strafrecht geldt hetzelfde, daar moeten de wetgever, het OM en de rechter in onderling samenspel komen tot een evenredige straftoemeting.[394] In zekere zin is er bij evenredige beboeting in het bestuursrecht sprake van communicerende vaten: hoe meer factoren reeds zijn verdisconteerd in wetgeving of beleidsregels, dan wel het boetebesluit *in concreto*, hoe meer de rechter op afstand kan blijven en hoe minder reden tot ingrijpen bestaat. Hoe 'kaler' de wetgeving of beleidsregels zijn, en hoe minder het bestuursorgaan zelf maatwerk heeft geleverd in het individuele geval, hoe meer de rechter met toetsing op de voorgrond moet treden. Wat uiteindelijk telt, is het evenredige resultaat in het individuele geval.

Op grond van het verrichte onderzoek in de literatuur en de jurisprudentie komen wij tot de volgende aanbevelingen voor de wetgever, het bestuur, de rechter en de overtreder. Deze aanbevelingen komen in de plaats van stellingen.

### Wetgever

a. Artikel 5:46 Awb moet worden aangevuld met factoren (zie 1 t/m 6 in par. 5.2) waar het bestuur en de rechter in ieder geval rekening mee dienen te houden bij het bepalen van de evenredigheid van de boete. Eerst kan nadere ervaring op dit punt worden opgedaan in de jurisprudentie (zie hierna onder 'rechter').
b. Wij onderschrijven de suggestie van Bröring e.a. in dit verband om in de Awb naar het voorbeeld van artikel 43a Sr een bepaling op te nemen om bij recidive een hogere boete op te kunnen leggen dan bij de eerste overtreding.
c. De Awb moet worden aangevuld met een verplichting voor het bestuursorgaan om belanghebbenden goede voorlichting te geven over welke factoren op het punt van evenredigheid kunnen worden aangevoerd en wat voor bewijsstukken daarvoor nodig zijn. Dit kan ook worden gebracht onder de bredere door Barkhuysen en Damen e.a. gedane aanbeveling om een verplichting tot adequate bewijsvoorlichting in de Awb op te nemen.[395]
d. Van groot belang is dat bij de vormgeving van diverse boetestelsels (in het strafrecht dan wel het bestuursrecht) dezelfde factoren een rol spelen. Bij het

394 Zie Schoep 2008, p. 58-59, onder verwijzing naar Bleichrodt die in dit verband spreekt van de zogenoemde 'trias poenalis'.
395 Barkhuysen & Damen e.a. 2007, p. 337.

ontwerpen van een specifieke boeteregeling zal de wetgever met deze factoren rekening moeten houden, juist om een regeling te ontwerpen waarin vooraf met zo veel mogelijk factoren die de evenredigheid van de boeteoplegging bepalen rekening wordt gehouden. Hiermee onderschrijven wij de aanbeveling van Bröring e.a. om hiertoe de Aanwijzingen voor de regelgeving en/of het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK) aan te vullen.

## Bestuur

e. In het kader van een consistent boetebeleid dient het betrokken bestuursorgaan zo veel mogelijk relevante factoren (zie 1 t/m 6 in par. 5.2) in beleidsregels te verdisconteren.
f. Het bestuur dient zo veel mogelijk maatwerk te verrichten bij de boeteoplegging in het concrete geval en zo nodig af te wijken van een in wetgeving of beleidsregel gefixeerde boete.
g. Het bestuur dient goede voorlichting te geven over welke factoren op het punt van evenredigheid kunnen worden aangevoerd en wat voor bewijsstukken daarvoor nodig zijn.[396] Deze informatie kan worden gegeven bij het ontwerpboetebesluit dan wel bij de rechtsmiddelenverwijzing bij het boetebesluit.

## Rechter

h. De rechter dient de feiten en omstandigheden waaronder de overtreding is begaan te bespreken in de uitspraak.
i. De rechter dient de diverse evenredigheidsfactoren (zie 1 t/m 6 in par. 5.2) consistent na te lopen en dit gemotiveerd te laten terugkomen in de uitspraak.
j. Het verdient aanbeveling een conclusie te vragen aan de advocaat-generaal staatsraad/raadsheer bestuursrecht, om de diverse evenredigheidsfactoren waarmee de rechter rekening moet houden, nader in kaart te brengen en in te gaan op de rol van de diverse spelers (wetgever, bestuur, rechter en overtreder) als het gaat om evenredige boeteoplegging. De Grote Kamer (met daarin vertegenwoordigd de drie hoogste bestuursrechters, en daarnaast een lid van de belastingkamer van de Hoge Raad en een lid van het Gerechtshof Arnhem/Leeuwarden in Mulder-zaken) kan zich dan hierover uitspreken. Een zaak met wettelijk (of per beleidsregel) gefixeerde boetes, zou zich hier in het bijzonder goed voor lenen.[397] Op basis hiervan en de nadere uitwerking in de jurisprudentie kan de wetgever vervolgens in actie komen en de relevante evenredigheidsfactoren codificeren.

---

396 Zie ook Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 337.
397 Vgl. C. Lindo, 'Rechtspraak als collectief goed. Interview met J.E.M. Polak, voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak', NJB 2011, 1257, waarin Polak het belang benadrukt van meer rechtseenheid ten aanzien van evenredige beboeting in het bestuursrecht.

k. Bestuursrechters dienen in het kader van de toepassing van artikel 8:72a Awb oriëntatiepunten ten aanzien van de hoogte van bestuurlijke boetes te ontwikkelen. De noodzaak hiertoe is echter alleen aanwezig, indien wetgever en bestuur geen regels ter zake hebben gesteld dan wel de evenredigheid daarin onvoldoende hebben verdisconteerd.
l. De rechter moet de ruimte (blijven) nemen om in de bijzondere omstandigheden van het geval gemotiveerd af te wijken van de vooraf in algemene regels verdisconteerde factoren. Maatwerk en daarmee recht doen aan evenredigheid in het individuele geval blijft geboden ('*Einzelfallgerechtigkeit*').

### Overtreder

m. De (rechts)persoon die beboet is, dient zijn argumenten in het kader van de evenredigheidstoets van bestuurlijke boetes zo veel mogelijk te onderbouwen en te staven met gegevens.[398] De casestudies laten zien dat de stellingen over de onevenredigheid van de boete in nogal wat zaken onvoldoende worden onderbouwd. In het geval een overtreder zich beroept op zijn slechte financiële situatie, geldt dat hij dat moet staven met recente en controleerbare gegevens. Gaat het om bijvoorbeeld gezondheidsredenen, dan ligt het voor de hand om een verklaring van een arts in de procedure over te leggen.

## 5.9 Besluit

Aan het eind gekomen van dit preadvies, past een kort slotwoord. Bij evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht gaat het om het vinden van een gepast evenwicht tussen enerzijds effectieve handhaving door de overheid en daarmee bescherming van het algemeen belang (waaronder ook de belangen van derden) en anderzijds de rechtvaardige behandeling van het individu in die zin dat hij alle waarborgen geniet die nodig zijn om te komen tot een evenredige bestuurlijke boete (of het afzien daarvan) in het individuele geval. Hierbij past dat de overheid niet 'over reageert'[399] op normovertredingen (en bij sommigen de verdenking op zich laadt de staatskas te willen spekken) maar op gepaste wijze in het algemeen belang actie onderneemt en daarbij tegelijkertijd voldoet aan de eis van een rechtvaardige, individualiserende rechtsbedeling.[400] Waar het immers uiteindelijk op aankomt, is de oplegging van een rechtvaardige straf in het individuele geval. Daarbij kan worden geprofiteerd van de mede op de ervaringen in het strafrecht gebaseerde aanbevelingen van dit preadvies en zo te komen tot een volwassen bestraffend bestuursrecht.

---

398 Art. 5:46, derde lid, Awb bepaalt expliciet dat de overtreder aannemelijk moet maken dat sprake is van bijzondere omstandigheden. De tekst van art. 5:46, tweede lid, Awb bepaalt dat niet uitdrukkelijk.

399 Vgl. de afscheidscolumn van (toenmalig) Nationale ombudsman Alex Brenninkmeijer, 'De sanctiestaat doet onrecht aan zijn burgers', *Stcrt.* 17 december 2013.

400 Vgl. N. Verheij, 'De WAHV en de Awb', *VRA* 2000, p. 281.

## Lijst verkort aangehaalde literatuur:


Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties* (preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006.

Bade & Waller 2010

J.J. Bade & L.H. Waller, 'Basic instinct. De vierde tranche en de waarborgen in de rechtspraktijk van de bestuursrechter', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Barkhuysen 2004

T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (preadviezen VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Barkhuysen & Bos 2011

T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JBplus* 2011/1, p. 3 e.v.

Barkhuysen & Van Emmerik 2011

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Barkhuysen & Damen 2007

T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep (derde evaluatie van de Awb)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Bouwes 2013

M.Tj. Bouwes, 'Het proportionaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid', *Regelmaat* 2013, p. 148 e.v.

Bröring 2005

H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete* (studiepockets staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2005.

Bröring & Naves 2010

H.E. Bröring & H.K. Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Duk 1981

W. Duk, 'Maatstaven voor beoordeling van sancties', *Ars Aequi* 1981, p. 231 e.v.

Duker 2003
M.J.A. Duker, *Legitieme straftoemeting* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

Gerards 2011
J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Groenewegen 2005
F.T. Groenewegen, 'In hoeverre schrijft het evenredigheidsbeginsel iets voor?', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Groenhuysen & Kooijmans 2013
M.S. Groenhuysen & T. Kooijmans, 'Bestraffing in Nederland', in: *Bestraffing in Nederland en België* (preadvies voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2013), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Jans, Prechal & Widdershoven 2011
J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, derde druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Jansen 2012
O.J.D.M.L. Jansen, 'Bestuurlijk en justitieel bestraffen in Nederland', in: R.C. van Houten (red.), *Economisch strafrecht en bestuurlijke boete* (Themadag KESA 2010), Arnhem 2012.

Klap 2012
A. Klap, 'Boeteoplegging in het economische bestuursrecht: afschrikking versus evenredigheid?', *SEW* 2012, p. 322 e.v.

Klap & Krop 2010
A. Klap & P. Krop, '"Say yes!" Commentaar bij de Evaluatie Invoering bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen', *NJB* 2010, 1154.

Michiels 2013
L. Michiels, 'Bestuurlijke handhaving sinds de derde tranche Awb', *Netherlands Administrative Law Library*, december 2013, DOI:10.5553/NALL/.000015.

Michiels & De Waard 2007
F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

De Moor-van Vugt 2012
A.C.M. de Moor-van Vugt, 'Administrative Sanctions in EU Law', *Review of European Administrative Law* 2012-1, p. 5 e.v.

De Moor-van Vugt 1995
A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Saris 2010
C.M. Saris, 'De bestuurlijke boete en de evenredigheidstoets. Een lege huls? De Wet arbeid vreemdelingen: van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving', *NTB* 2012, p. 103 e.v.

Schlössels & Zijlstra 2010
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

Schoep 2013
G.K. Schoep, 'Rechterlijke samenwerking', in: E.R. Muller & C.P.M. Cleiren (red.), *Rechterlijke macht. Rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013.

Schoep 2008
G.K. Schoep, *Straftoemetingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008.

Schuyt 2009
P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting: een wetenschappelijke proeve op het gebied van de rechtsgeleerdheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

Stijnen 2011
R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en het bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011.

Tinière 2009
R. Tinière, 'La notion de "pleine juridiction" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif', *Revue française de droit administrative (RFDA)* 2009, p. 729 e.v.

Tridimas 2006
T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, second edition, Oxford: Oxford University Press 2006.

VandeLanotte & Haeck 2004
J. VandeLanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM*, Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar Volume 1, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2004.

De Waard 2010
B.W.N. de Waard, 'De matigende rechter. Evenredigheid en bestuurlijke boeten', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

De Waard 2005
B.W.N. de Waard, 'Marginale toetsing en evenredigheid', in: *Getuigend Staatsrecht. Liber amicorum A.K. Koekkoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

# Fiscale boeten

*Mr. drs. F.J.P.M. Haas**


| | | |
|---|---|---|
| **1** | **Inleiding** | **207** |
| **2** | **Aspecten van het fiscale boeterecht** | **209** |
| 2.1 | Introductie | 209 |
| 2.2 | De overtredingen | 210 |
| 2.3 | Verzuimboeten | 211 |
| 2.4 | Vergrijpboeten | 213 |
| 2.5 | Opzet | 215 |
| 2.6 | Grove schuld | 216 |
| 2.7 | Toerekening gedragingen van anderen? | 217 |
| 2.8 | Pleitbaar standpunt | 218 |
| 2.9 | Strafuitsluitingsgronden | 220 |
| 2.10 | Aan wie kan een boete worden opgelegd? | 223 |
| **3** | **Bewijs in fiscale boetezaken nader beschouwd** | **228** |
| 3.1 | 'The burden of proof' | 228 |
| 3.2 | Bewijs bij strafuitsluitingsgronden | 231 |
| 3.3 | Bewijslevering door vermoedens | 232 |
| 3.4 | Feiten van algemene bekendheid | 235 |
| 3.5 | Het privilege against self-incrimination | 236 |
| 3.6 | Omkering van de bewijslast | 238 |
| 3.7 | Onrechtmatig verkregen bewijs | 240 |
| **4** | **Het opleggen en het toetsen van boeten** | **243** |
| 4.1 | Het opleggen door de inspecteur | 243 |
| 4.2 | De toetsing door de belastingrechter | 246 |
| 4.2.1 | Een marginaal begin | 246 |
| 4.2.2 | Naar volle toetsing | 247 |
| 4.2.3 | Een nieuw wettelijk stelsel | 249 |
| 4.2.4 | 'Passend en geboden' | 249 |
| 4.2.5 | Geen binding rechter aan beleidsregels | 252 |
| 4.2.6 | Beperkingen aan de rechterlijke vrijheid | 253 |


* Mr. drs. F.J.P.M. Haas, geboren in 1959, was onder meer werkzaam aan de Rijksuniversiteit Groningen, in de belastingadviespraktijk en als rechter in de Arrondissementsrechtbank Arnhem.
Hij is september 1997 benoemd tot raadsheer in het Gerechtshof te Arnhem waar hij werkzaam was in de belastingsector en in de strafsector. Vanaf oktober 2008 is hij verbonden aan het Gerechtshof te Amsterdam, thans als senior-raadsheer en voorzitter van een van de belastingkamers. Hij publiceert regelmatig op het gebied van het formeel belastingrecht/fiscaal procesrecht en verzorgt verschillende cursussen op dat rechtsgebied.

4.2.7 Redelijke termijn en de hoogte van de boete na 'omkering' 254
4.2.8 Minder actief dan de strafrechter 256

**5 Afsluitend 257**
5.1 Criminal charge – overige consequenties 257
5.1.1 Mededelingsplicht 257
5.1.2 Verjaring 258
5.1.3 Overschrijding bezwaar- of beroepstermijn 259
5.2 Slotopmerkingen 259

# 1 Inleiding

Het belastingrecht maakt deel uit van het bestuursrecht. Desalniettemin lijkt de kloof tussen het overige bestuursrecht en het belastingrecht soms groter dan die tussen het fiscale recht en andere rechtsgebieden. De oorzaak hiervan is wellicht te vinden in de omstandigheid dat het belastingrecht eeuwenlang een eigen ontwikkeling heeft doorgemaakt waarbij sterk aansluiting werd gezocht bij de civielrechtelijke tradities en dogmatiek. Belastingrecht en het overige bestuursrecht hebben zich min of meer los van elkaar ontwikkeld en leefden langs elkaar heen. In de opleiding van fiscalisten speelde het 'gewone' bestuursrecht nauwelijks een rol en het fiscale recht was terra incognita voor de algemene bestuursrechtjurist. Degenen die zich professioneel bezighielden met het belastingrecht – als belastingadviseur, inspecteur of rechter – namen nauwelijks kennis van ontwikkelingen in het overige bestuursrecht. Voor de praktijkuitoefening van de fiscalist was (en is) met name de ontwikkeling op zijn eigen gebied van belang. Debet hieraan is niet zozeer desinteresse in andere rechtsgebieden als wel de noodzaak de kennis op het eigen extreem snel veranderende en ingewikkelde vakgebied, dat op zichzelf al weer doortrokken is van specialismen, actueel te houden. Voor zover er al tijd overblijft om buiten de fiscaliteit te kijken zijn eerder de ontwikkelingen in het burgerlijk recht van betekenis dan die in 'de rest' van het bestuursrecht. De complexiteit van en de elkaar snel opvolgende veranderingen in het belastingrecht maken dat het vakgebied ook een min of meer exclusief terrein voor fiscalisten is. Voor andere juristen is het moeilijk toegankelijk en nagenoeg niet bij te houden.

Het hiervoor geschetste beeld is voor een belangrijk deel nog steeds actueel. Waar de fiscalist wekelijks de jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad spelt, neemt hij slechts bij uitzondering kennis van de jurisprudentie van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep of het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, en ik heb niet de indruk dat de dagelijks digitaal verspreide fiscale nieuwsbrieven tot de dagelijkse kost van de algemene bestuursrechtjurist behoren.

Met de in tranches plaatsvindende vaststelling van algemene regels van bestuursrecht, voorgeschreven in artikel 107 van de Grondwet (Gw) en vormgegeven in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), is er echter wel een geleidelijke ontwikkeling naar unificatie van het bestuursrecht in gang gezet. In ieder geval op het gebied van het bestuursprocesrecht groeien de verschillende deelgebieden van het bestuursrecht langzaam maar onophoudelijk naar elkaar toe. Aan deze ontwikkeling heeft bijgedragen dat met de invoering van belastingrechtspraak in twee feitelijke instanties met ingang van 1 januari 2005 een ander 'soort' rechter zich met het belastingrecht is gaan bezig houden. De belastingrechtspraak is niet langer het uitsluitend domein van naar de rechterlijke macht overgestapte in de belastingpraktijk gevormde fiscalisten, maar ook van rechters die hun wortels elders – waaronder het

algemene bestuursrecht – hebben. De op formeelrechtelijk gebied bestaande verschillen zijn in de loop der tijd aanzienlijk verminderd.

Met de invoering van de Vierde tranche van de Awb is op 1 juli 2009 een belangrijke stap gezet op weg naar de verdere unificatie van het bestuursrecht. Aan hoofdstuk 5 van de Awb werden titels toegevoegd inzake de bestuurlijke handhaving. Sindsdien zijn allerlei bepalingen en regels inzake de bestuurlijke boete voor het gehele bestuursrecht uniform geregeld. Het verschijnsel 'bestuurlijke boete' mag zich voorts in een toenemende mate van populariteit verheugen: steeds vaker kiest de wetgever ervoor het niet-naleven van allerlei voorschriften en verplichtingen niet strafrechtelijk te laten vervolgen maar te sanctioneren door het opleggen van boeten door het bestuur. Deze omstandigheden maken het voor de bestuursrechtjurist/niet-fiscalist interessant om kennis te nemen van hoe in het belastingrecht, waar men de bestuurlijke boete al sinds mensenheugenis kent, wordt omgegaan met het opleggen van boeten en de beoordeling van de boeten in rechte. Dit preadvies beoogt kennis van de gang van zaken in het fiscale boeterecht voor het voetlicht te brengen in de hoop dat de andere bestuursrechtjuristen daar hun voordeel mee kunnen doen. Bedoeld wordt – met andere woorden – niet-fiscalisten te informeren over een aantal aspecten van het fiscaal boeterecht die naar mijn inschatting voor hen van belang kunnen zijn. In het bijzonder wordt daarbij aandacht gegeven aan het bewijs (hoofdstuk 3) en aan de wijze waarop de rechter de juistheid van opgelegde boeten beoordeelt (hoofdstuk 4).

# 2 Aspecten van het fiscale boeterecht

## 2.1 Introductie

De overheid kan haar taken alleen uitoefenen indien zij beschikt over de daarvoor benodigde financiële middelen. Belastingheffing is daartoe in de praktijk van verreweg de meeste samenlevingen van oudsher onontbeerlijk.[1] Hoewel de meeste burgers nut en noodzaak van een overheid inzien, behoeft er immers redelijkerwijs niet aan getwijfeld te worden dat indien de bijdragen aan de overheid op vrijwilligheid gebaseerd zouden zijn, de financiering van de overheid ernstig in het gedrang zou komen. Nakoming van de fiscale verplichtingen is derhalve voor het voortbestaan van de overheid essentieel en het is dan ook niet verwonderlijk dat op het niet-meewerken aan die verplichtingen sancties zijn gesteld. Die sancties bestonden van oudsher niet alleen uit door de strafrechter opgelegde straffen. Al eeuwen kent men in onze contreien als sanctie op het niet-nakomen van fiscale verplichtingen het heffen van meer belasting dan anders het geval zou zijn. Verhogingen van de verschuldigde belasting die de jurist van vandaag zou aanmerken als bestuurlijke boeten. Vroeger werden dergelijke verhogingen niet altijd als straf gezien. Ten aanzien van de verhoging (van in beginsel 400 procent) ingevolge artikel 85 van de Wet op de inkomstenbelasting 1914 overwoog de Hoge Raad dat de verhoging 'niet is te beschouwen als een soort boete of straf van hem, die door zijne te lage aangifte dien naderen aanslag nodig heeft gemaakt, doch veeleer als eene vergoeding van het nadeel, dat het Rijk wordt verondersteld geleden te hebben wegens te lage aanslagen in andere belastingjaren'.[2] Nadien is men de strafrechtelijke aard van de sancties gaan onderkennen hoewel de in 1959 in het *Staatsblad* geplaatste Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR)[3] nog steeds sprak van verhogingen en niet van boeten. Het onderkennen van het 'boetekarakter' van de verhogingen blijkt bijvoorbeeld uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de AWR. Ten aanzien van de bij invoering van die wet in artikel 18 opgenomen verhoging bij navordering meldt die memorie dat: 'de verhoging het karakter heeft van een administratieve boete; niet, zoals met de verhoging van artikel 85 van de Wet op de Inkomstenbelasting

---

1 Financiering uitsluitend uit andere bronnen is slechts in uitzonderingssituaties mogelijk. Denk aan een kleine staat met grote bodemschatten. Sommige samenlevingen slagen erin belastingheffing van de eigen burger te voorkomen door de lasten bij anderen te leggen. De burgers van Rome betaalden lange tijd niet of nauwelijks belasting omdat het Romeinse rijk gefinancierd werd door schattingen en belastingen op te leggen aan de overwonnen volkeren (zie H.J. Hofstra, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1986, p. 6).

2 HR 13 februari 1920, B 2440.

3 Wet van 2 juli 1959, *Stb.* 301, invoering van de AWR vond in de jaren daarna geleidelijk plaats.

1914 het geval was, een vergoeding voor gepraesumeerd nadeel dat de belastingplichtige de fiscus heeft berokkend.[4] De naam van de eerste beleidsregels voor de omgang door de inspecteurs met de verhogingen van de AWR, is ook illustratief. Die beleidsregels waren opgenomen in de 'Leidraad administratieve boeten 1961'.

Door het bestuursorgaan opgelegde financiële sancties zijn voor de fiscalist dus niets nieuws, en ook het bestraffende karakter van de sancties wordt al geruime tijd onderkend. Het heeft echter nog geruime tijd geduurd voordat het strafkarakter van de fiscale boete ook in die zin werd onderkend dat hieruit volgde dat het noodzakelijk was de beboete belastingplichtige rechten te geven die op grond van de mensenrechtenverdragen toekomen aan hen tegen wie strafvervolging (een 'criminal charge') wordt ingesteld.

Het Nederlands strafrecht – met zijn negatief-wettelijk bewijsstelsel – is niet van toepassing op door de Belastingdienst opgelegde boeten. Het strafrecht en het fiscale boeterecht hebben echter veel gemeen en lijken op allerlei gebied naar elkaar toe te groeien. Opzet, schuld, medeplegen, nieuwe bezwaren, afwezigheid van alle schuld en allerlei andere begrippen uit het strafrecht vinden we ook in het fiscale boeterecht en voor de uitleg daarvan wordt door de belastingrechter – naar het voorkomt in toenemende mate – gelet op wat er op het gebied van het strafrecht rechtens is. Hetzelfde geldt in meer of minder mate voor allerlei leerstukken die voor beide rechtsgebieden van belang zijn, zoals die van het onrechtmatig verkregen bewijs en die van het pleitbaar standpunt. Nog steeds geldt uiteraard dat, zoals de Hoge Raad overwoog in *BNB* 1988/298, bij het opleggen en beoordelen van boeten door de Belastingdienst de regels en beginselen van het nationale strafrecht niet van toepassing zijn,[5] en er zijn nog steeds belangrijke verschillen – denk bijvoorbeeld aan het bewijsrecht – maar de rechtsgebieden groeien naar mijn inschatting onmiskenbaar naar elkaar toe.[6] Kennis van de strafrechtsdogmatiek is voor iedere fiscalist onmisbaar geworden.

## 2.2 De overtredingen

In het huidige belastingrecht maken we onderscheid tussen verzuimboeten en vergrijpboeten. Zowel de met een verzuimboete als met een vergrijpboete bedreigde gedragingen vormen overtredingen in de zin van de Awb. De Awb kent ook twee categorieën van overtredingen: het onderscheid tussen die categorieën is zuiver kwantitatief en afhankelijk van het maximum van de op te leggen boete. Enerzijds zijn er overtredingen waarvoor een bestuurlijke boete van niet meer dan € 340 kan worden opgelegd en anderzijds zijn er de overtredingen bedreigd met een hogere maximumboete waarvoor een op enige punten zwaardere procedure geldt. Zou het kwantitatieve onderscheid van artikel 5:53 van de Awb worden gevolgd dan zou op

4 *Kamerstukken II* 1954/55, 4080, nr. 3, p. 16.
5 HR 7 september 1988, nr. 25150, *BNB* 1988/298, ECLI:NL:HR:1988:BH7334.
6 Zie D.N.N. Jansen & F.J.P.M. Haas, 'De vierde tranche Awb; de opmars van het strafrecht in het belastingrecht', *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2009, nr. 38.

alle fiscale boeten de zwaardere procedure van toepassing zijn. De Awb biedt echter (artikel 5:53, eerste lid) ook de mogelijkheid het '340-eurocriterium' door een ander te vervangen[7] en hiervan is in het belastingrecht gebruikgemaakt door het sinds 1 januari 1998 gemaakte onderscheid tussen verzuimen en vergrijpen te handhaven.[8] Het onderscheid tussen verzuimen en vergrijpen is niet kwantitatief maar kwalitatief van aard. Kenmerkend voor verzuimboeten is dat deze kunnen worden opgelegd zonder dat er sprake is van opzet of grove schuld bij de overtreder. Opzet of (grove) schuld maken geen deel uit van de delictsomschrijving. Vergrijpboeten daarentegen kennen juist wel opzet of grove schuld als delictsbestanddeel.

## 2.3 Verzuimboeten

De belastingwetgeving kent vele bepalingen waarin de inspecteur (en in een enkel geval de ontvanger) de mogelijkheid wordt gegeven een verzuimboete op te leggen. Die bepalingen zijn niet alleen te vinden in de AWR (Hoofdstuk VIIIA, afdeling 1, paragraaf 1) maar ook in tal van andere fiscale wetten. Verzuimboeten zijn gesteld op fiscaal wangedrag waarbij het haast voorspelbaar is dat een boete dreigt (zoals die van artikel 67a AWR: het niet (tijdig) doen van aangifte voor een aanslagbelasting), maar er zijn ook meer 'bijzondere' boeten zoals die gesteld op het vervoeren van personen in de laadruimte van een bestelauto,[9] of op het gebruikmaken van de weg van een combinatie van een tot een bedrijfsvoertuigenpark behorende vrachtauto en een niet tot dat park behorende aanhangwagen.[10] Het aantal gevallen waarin een verzuimboete kan worden opgelegd is in het Belastingplan 2010 uitgebreid voor een groot aantal gevallen waarin bijkomende fiscale verplichtingen niet worden nageleefd (artikel 67ca AWR). Voorheen was het niet-nakomen van die verplichtingen bedreigd met een strafrechtelijke sanctie maar dat 'werkte niet'. Mede door een gebrek aan capaciteit bij het Openbaar Ministerie (OM) werd bijvoorbeeld het niet vragen om uitreiking van een aangiftebiljet (nagenoeg) niet vervolgd, hoewel naar schatting duizenden belastingplichtigen per jaar die verplichting niet nakwamen.[11] Teneinde de nakoming van deze verplichtingen effectiever te kunnen handhaven werd de sanctiemogelijkheid overgeheveld van het strafrecht naar het bestuurlijk boeterecht.[12] Overheveling naar het bestuursrecht was in overeenstemming met de in de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelstel neergelegde gedachte dat bij de keuze voor een sanctiestelstel de effectiviteit van de handhaving centraal staat,[13] en met de overweging in een op 8 november 2005 aan de Tweede Kamer gezonden notitie van de minister van Justitie dat bestuursrecht als sanctiestelsel 'in ieder geval in aanmerking [komt] indien de overtreding eenvoudig is vast te stellen, er geen behoefte is aan een opsporingsfase

7 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 151.
8 Zie art. 67pa, eerste lid, AWR.
9 Art. 13, zesde lid, Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992.
10 Art. 37d, tweede lid, Wet op de motorrijtuigenbelasting 1994 (hierna: MRB).
11 *Kamerstukken II* 2008/09, 32128, nr. 3, p. 36.
12 *Kamerstukken II* 2008/09, 32128, nr. 3, p. 78.
13 *Kamerstukken I* 2008/09, 31700-VI, D, p. 2.

met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden en er geen zware straffen nodig zijn, ook niet ter afschrikking.'[14]

Verzuimboeten zijn in de eerste plaats gesteld op gedrag dat het *werkproces* van de Belastingdienst als zodanig verstoort. Gedragingen zoals het niet (tijdig) doen van aangifte, het niet tijdig betalen, het niet vragen om te worden uitgenodigd tot het doen van aangifte, het niet verlenen van toegang tot een gebouw voor zover dat voor een ingevolge de belastingwet te verrichten onderzoek nodig is enzovoort. Verzuimboeten vervullen een belangrijke functie in het onderhouden en versterken van de bereidheid van belastingplichtigen om hun wettelijke verplichtingen na te komen. De omstandigheid dat de bereidheid van belastingplichtigen aangifte te doen voor aanslagbelastingen te wensen overliet, vormde een belangrijke reden de ter zake maximaal op te leggen verzuimboete met ingang van 1 januari 2010 te verviervoudigen.[15]

Voor 1998 werden dergelijke boeten aangemerkt als ordeboeten, een naam die het karakter en de bedoeling van die sancties goed weergaf.[16]

Verzuimboeten zijn ook gesteld op een reeks van onjuiste gedragingen die niet zozeer het werkproces van de fiscus verstoren maar meer direct een juiste belastingheffing raken. Voorbeelden hiervan zijn de boete gesteld op het gebruikmaken van de weg met een motorrijtuig tijdens een schorsing[17] of het doen van een inhoudelijk onjuiste aangifte loonheffing.[18,19] De fiscale verzuimboeten hebben gemeen dat in de wettelijke omschrijving van de desbetreffende overtredingen steeds een maximum wordt genoemd. De situatie dat de wet de hoogte van de bestuurlijke boete fixeert – voorschrijft hoe hoog de boete precies moet zijn (vgl. artikel 5:52, derde lid, Awb) – doet zich bij fiscale boeten niet voor. Het gemelde maximum was steeds een in de desbetreffende bepaling concreet genoemd bedrag uiteenlopend van € 123 tot € 4.920. Sinds kort wordt voor het maximum van de op te leggen boete ook verwezen naar de boetecategorieën van het Wetboek van Strafrecht (Sr).[20] In de delictsomschrijvingen wordt overeenkomstig de bedoeling van de wetgever[21] geen relatie gelegd tussen de hoogte van de maximaal op te leggen boete en een belastingbedrag. De boete kan dan ook hoger zijn dan het geheven belastingbedrag. In zijn arrest BNB 2005/282 overwoog de Hoge Raad dan ook dat de opvatting dat een verzuimboete wegens het niet of niet tijdig doen van een aangifte nimmer meer mag

---

14 De keuze tussen sanctiestelsels en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor. *Kamerstukken II* 2005/06, 29849, nr. 30, p. 4.

15 *Kamerstukken II* 2008/09, 32128, nr. 3, p. 34.

16 Bijvoorbeeld in het Voorschrift administratieve boeten 1993.

17 Art. 37 jo. art. 35 MRB.

18 Art. 67d, tweede lid, AWR.

19 Zie voor een overzicht van de boeten in de AWR en een groot aantal andere boeten in 2010: F.J.P.M. Haas & D.N.N. Jansen, *Fiscale boeten onder de vierde tranche Awb*, Deventer: Kluwer 2010, p. 2 tot 11.

20 Voor de maximale hoogte van de nieuwe verzuimboeten van art. 63b, derde lid, Invorderingswet 1990 (IW1990) ingevoerd bij de Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit en op te leggen bij het niet nakomen van bepaalde verplichtingen bij uit- en inlening van arbeidskrachten.

21 *Kamerstukken II* 1988/89, 21058, nr. 3, p. 9.

belopen dan de belasting die naar aanleiding van die aangifte wordt geheven, in haar algemeenheid onjuist is.[22]

## 2.4 Vergrijpboeten

Waar verzuimboeten als voornaamste doel hebben het onderhouden en versterken van de bereidheid van belastingplichtigen om hun fiscale verplichtingen na te komen, staat bij vergrijpboeten het bestraffende karakter en het ontnemen van het met grove schuld of opzet verkregen voordeel veel meer voorop, aldus de bij de memorie van toelichting bij het Belastingplan 2010 gevoegde 'notitie fiscaal boete- en strafrecht'.[23] Bij deze passage uit de notitie kunnen vraagtekens worden geplaatst. Het 'bestraffende karakter' van verzuimboeten is mijns inziens niet minder dan dat van vergrijpboeten, en het voordeel wordt niet ontnomen door een vergrijpboete op te leggen maar door het (alsnog) heffen van de belasting.[24] Het verschil tussen verzuimboeten en vergrijpboeten is dat bij de laatste categorie de belanghebbende een zwaarder verwijt wordt gemaakt. Hij is niet alleen zijn fiscale verplichtingen niet nagekomen maar hij heeft dat *opzettelijk* of door *grove schuld* niet gedaan. Voor een deel hebben de gebeurtenissen waarvoor een vergrijpboete kan worden opgelegd dan ook betrekking op een feitenbestand waarvoor ook een verzuimboete kan worden opgelegd. Een voorbeeld hiervan is het niet betalen van een belasting – zoals de omzetbelasting – die op aangifte moet worden voldaan. Terzake kan een verzuimboete worden opgelegd (artikel 67c AWR) maar ook een vergrijpboete (artikel 67f AWR). Voor de vergrijpboete geldt echter als aanvullende eis dat sprake is van opzet of grove schuld. Strafrechtelijk bezien is hier sprake van eendaadse samenloop. Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad[25] en artikel 5:43 Awb was de ne bis in idem-regel onverkort ook van toepassing op fiscale boeten. Die regel verhinderde dat als sprake is van eendaadse samenloop en er een verzuimboete was opgelegd voor datzelfde feit toch nog een vergrijpboete werd opgelegd indien de inspecteur nader tot het oordeel kwam dat dit een passender sanctie zou zijn. In *BNB* 2010/5 en *BNB* 2012/113 leidde een en ander tot vernietiging van opgelegde vergrijpboeten. In de visie van de regering was deze uitkomst ongewenst; er zou sprake zijn van een handhavingstekort in belastingzaken. Met ingang van 1 januari 2012 is daarom

---

22 HR 11 februari 2005, nr. 38805, *BNB* 2005/282, ECLI:NL:HR:2005:AS5791.

23 *Kamerstukken II* 2008/09, 32128, nr. 3, bijlage 2.

24 De opmerking over het ontnemen van voordeel is mogelijk opgenomen omdat daarmee in de notitie ook de verhoging van de maximumboete naar 300 procent bij het opleggen van vergrijpboeten ter zake van 'box-3 inkomen' wordt verdedigd. Met een 100 procent-boete zou te veel van het voordeel over het verzwegen vermogen bij de belastingplichtige blijven. Naar mijn mening is de redenering in de notitie echter niet zuiver en zijn belasting en het inkomensbestanddeel waarover wordt geheven met elkaar verward. Het (wederrechtelijk) voordeel is het bedrag aan belasting dat men met het fiscale wangedrag probeert te ontduiken, niet het (legaal gegenereerde) inkomensbestanddeel waarover de belasting verschuldigd is (zie hieromtrent: F.J.P.M. Haas, 'Honderd procent is niet genoeg...', *FED* 2009/98).

25 Bijvoorbeeld HR 26 juni 2009, nr. 42764, *BNB* 2010/5, ECLI:NL:HR:2009:BD0200. In dit arrest overwoog de Hoge Raad onder meer: 'De klacht gaat uit van de juiste opvatting dat ter zake van hetzelfde feit niet tweemaal een boete kan worden opgelegd.'

artikel 67q AWR ingevoerd waarin artikel 5:43 Awb terzijde wordt geschoven indien 'nieuwe bezwaren' bekend zijn geworden. Ook hier is aansluiting gezocht bij het strafrecht. Artikel 255, eerste lid, Wetboek van Strafvordering (Sv) bepaalt dat na (onder andere) een kennisgeving van niet verdere vervolging de verdachte ter zake van hetzelfde feit niet opnieuw in rechte kan worden betrokken tenzij nieuwe bezwaren bekend zijn geworden.

Anders dan bij de overtredingen die met verzuimboeten zijn bedreigd gaat het bij de overtredingen waarvoor vergrijpboeten kunnen worden opgelegd veelal *niet* om eenvoudig vast te stellen overtredingen. Het betreft vaak boeten opgelegd bij zowel juridisch als feitelijk (zeer) complexe zaken.[26] Voorts zijn de mogelijke sancties weliswaar uitsluitend financieel van aard maar desalniettemin niet zelden zwaar. Boeten van honderdduizenden euro's zijn in het belastingrecht geen uitzondering, en het is evident dat van dergelijke hoge boeten een generaal-preventieve (afschrikkende) werking uitgaat. Die werking is ook beoogd.[27] Desalniettemin is het naar het mij voorkomt een goede zaak dat bestraffing van fiscale vergrijpen door middel van een bestuurlijke boete mogelijk is. Juist de complexiteit van de fiscale regelgeving maakt dat effectieve handhaving gebaat is bij de mogelijkheid straffen te laten opleggen en beoordelen door instanties die beschikken over hoogwaardige kennis van het fiscale terrein.

De met een vergrijpboete bedreigde gedragingen zijn voornamelijk[28] te vinden in de AWR. Enigszins verwarrend is dat de vergrijpboeten in de AWR niet alle zijn opgenomen in Hoofdstuk VIIIA ('Bestuurlijke boeten'), paragraaf 2 ('Vergrijpboeten') maar ook in het in Hoofdstuk II ('Aangifte') opgenomen artikel 10a, derde lid.

De vergrijpboete van artikel 10a, derde lid, AWR ziet op het opzettelijk of door grove schuld niet nakomen door een belastingplichtige of inhoudingsplichtige van de informatieplicht op grond van het eerste en tweede lid van dat artikel. De overige vergrijpboeten van de AWR kunnen – enigszins vereenvoudigd weergegeven – worden opgelegd:

- bij een aanslag: ter zake van het opzettelijk niet dan wel onjuist of onvolledig doen door een belastingplichtige van een aangifte bij een aanslagbelasting (artikel 67d AWR);[29]
- bij navordering: ter zake dat het aan de opzet of grove schuld van een belastingplichtige is te wijten dat de aanslag tot een te laag bedrag is vastgesteld of anderszins te weinig belasting is geheven (artikel 67e AWR);

---

26 Zaken die in complexiteit niet onderdoen voor zaken die behandeld worden door (de fraudekamers van) de strafkamers van de gerechten.

27 Voor de verhoging van de maximumboete naar 300 procent bij het opleggen van vergrijpboeten ter zake van 'box-3 inkomen' werden als argumenten aangevoerd dat van het oude boetemaximum 'onvoldoende afschrikking [uit zou] gaan' en dat 'het past een krachtig signaal af te geven dat belastingontduiking niet wordt getolereerd' (*Kamerstukken II* 2008/09, 31301, nr. 16, p. 3. Zie ook: *Kamerstukken I* 2008/09, 31301, nr. B).

28 Doch niet uitsluitend, vgl. hoofdstuk 9 van de Algemene douanewet en de bepalingen gemeld in voetnoot 31.

29 Voor het opleggen van de vergrijpboeten van art. 67cc AWR en art. 67d AWR is grove schuld derhalve – anders dan bij de andere vergrijpboeten in de AWR – niet voldoende.

– bij naheffing: ter zake dat het aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige of de inhoudingsplichtige is te wijten dat een aangiftebelasting niet of niet tijdig is betaald (art. 67f AWR);
– volgens het bij de Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit[30] ingevoerde artikel 67cc AWR is het voorts een vergrijp indien een belastingplichtige opzettelijk onjuiste of onvolledige gegevens of inlichtingen verstrekt in een verzoek om een voorlopige aangifte of in een verzoek om herziening van een voorlopige aanslag inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting.

Evenals dat het geval is bij verzuimen wordt in de wettelijke omschrijving van de met een vergrijpboete bedreigde overtredingen steeds een maximum genoemd. Ook hier wordt de boete dus niet door de wetgever gefixeerd. Verschil met de verzuimen is dat bij de op vergrijpen gestelde boete in de meeste gevallen wel een relatie wordt gelegd met het belastingbedrag.[31] De maximaal op te leggen boete is dan een percentage (veelal 100 procent, in een enkel geval 300 procent) van de boetegrondslag die bij de vergrijpboeten in de AWR gevormd wordt door de belasting die als gevolg van opzet of grove schuld niet is of niet zou worden geheven c.q. betaald.

## 2.5 Opzet

Het begrip 'opzet' wordt in het fiscale boeterecht niet anders uitgelegd dan in het strafrecht.

Voor opzet is derhalve vereist dat 'willens en wetens' wordt gehandeld.[32] De opzet moet voorts gericht zijn op het in de wettelijke omschrijving van de overtreding (de 'delictsomschrijving') genoemde gevolg. De overtreder moet ook geweten en gewild hebben dat zijn handelen het in de wetsbepaling gemelde gevolg – in artikel 67d bijvoorbeeld: een onjuiste aangifte – zou hebben. Zogenoemd 'kleurloos opzet' waarbij voldoende is dat de opzet gericht is op het handelen als zodanig (en het 'willen' en 'weten' van het gevolg niet vereist is), is dus voor de fiscale vergrijpen niet voldoende.

Omdat opzet 'weten' verlangt, is 'had moeten weten' niet voldoende. In BNB 2011/59 overwoog de Hoge Raad: 'De omstandigheid dat een belastingplichtige had moeten weten dat zijn aangifte onjuist of onvolledig is, brengt niet mee dat hem de voor opzet vereiste bewustheid met betrekking tot die onjuistheid of onvolledigheid kan worden verweten.'[33] Voor 'opzet' in de zin van de delictsomschrijvingen van de fiscale vergrijpen is *voorwaardelijke* opzet op zichzelf voldoende maar ook die vorm van opzet vereist willen en weten. Van voorwaardelijke opzet is, naar bijvoorbeeld

30 Wet van 18 december 2013, *Stb.* 2013, 567.
31 Bij de Overige Fiscale Maatregelen 2014 (Wet van 18 december 2013, *Stb.* 2013, 566) zijn art. 75 van de Successiewet 1956 (SW 1956) en art. 11 van de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belasting aangevuld en wordt een vergrijpboete gesteld op het opzettelijk of grofschuldig niet nakomen van bepaalde verplichtingen. Voor de hoogte van de boete is aansluiting gezocht bij het strafrecht. De bestuurlijke boete is ten hoogste het bedrag van de geldboete van de vierde categorie, bedoeld in art. 23, vierde lid, Sr (thans € 19.500).
32 Of ten onrechte juist niet gehandeld.
33 HR 3 december 2010, nr. 09/04514, BNB 2011/59, ECLI:NL:HR:2010:BO5989.

volgt uit BNB 2011/59 en overeenkomt met de jurisprudentie in strafzaken, alleen dan sprake als de overtreder wetenschap had van de aanmerkelijke kans dat het in het beboetbaar feit omschreven gevolg zou intreden, *en* hij die kans bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen).

## 2.6 Grove schuld

De meeste vergrijpboeten kunnen ook worden opgelegd bij aanwezigheid van grove schuld bij de belanghebbende. In zijn arrest BNB 2000/122 heeft de Hoge Raad onder verwijzing naar de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht (en de omstandigheid dat niet blijkt dat de wetgever daarvan bij de AWR heeft willen afwijken) voorop gezet dat opzet en schuld moeten worden gezien als onderscheiden begrippen. In het verwijt van opzet ligt schuld derhalve niet begrepen.[34] Bij schuld heeft belanghebbende het gevolg niet gewild maar hem kan wel worden verweten dat het gevolg is ingetreden.

Grove schuld is een zware vorm van schuld. Niet elke vorm van schuld is derhalve voldoende om een vergrijpboete te kunnen opleggen. Van *grove* schuld is (pas) sprake als het aan belanghebbende te maken verwijt dermate ernstig is dat zijn gedrag in laakbaarheid aan opzet grenst.[35] Nu grove schuld aan opzet grenst, is het niet mogelijk een schuldgradatie te onderkennen die zwaarder is dan grove schuld. Voor het maken van een verschil tussen een 'normaal geval' en een 'meer ernstig geval' van grove schuld zoals gebeurde in de Leidraad administratieve boeten 1971 is geen ruimte.[36]

Grove schuld houdt niet in dat alleen in situaties van 'lichte schuld' geen vergrijpboete kan worden opgelegd. Ook bij schuld die zwaarder is dan lichte schuld maar niet zo zwaar dat ze kwalificeert als grove schuld (gewone onachtzaamheid, verwijtbaarheid en nalatigheid) is het opleggen van een vergrijpboete niet mogelijk. De belastingrechter beoordeelt ook daadwerkelijk of het verweten gedrag grove schuld oplevert. In een casus waar nader onderzoek had mogen worden verwacht ten aanzien van de belastbaarheid van kostenvergoedingen – en het niet doen van zo'n onderzoek dus verwijtbaar is –, leverde het nalaten van een dergelijk onderzoek nog geen grove schuld op.[37] In BNB 2011/224 overwoog de Hoge Raad dat uit de omstandigheid dat van belanghebbende een meer adequaat optreden had mogen worden verwacht, nog niet volgt dat bij hem sprake is geweest van een dermate grote, aan opzet grenzende, mate van nalatigheid dat hem grove schuld kan worden verweten.[38]

---

34 Vgl. HR 22 september 1999, nr. 34834, BNB 2000/122, ECLI:NL:HR:1999:AA2870.
35 Vgl. HR 23 juni 1976, nr. 17879, BNB 1976/199.
36 HR 1 mei 1991, nr. 26887, BNB 1991/239, ECLI:NL:HR:1991:ZC4581.
37 Gerechtshof Amsterdam 13 januari 2011, 09/00262, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP4334.
38 HR 10 juni 2011, nr. 10/0431, BNB 2011/224, ECLI:NL:HR:2011:BQ7628.

In de fiscale praktijk komt het veel voor dat belastingplichtigen het voldoen aan de fiscale verplichtingen overlaten aan een door hen daartoe ingeschakelde adviseur. Hiervoor bestaan allerlei redenen. Het kan zijn dat de belastingplichtige de fiscale materie niet begrijpt of zich daar niet in wil verdiepen, en het kan ook zijn dat de belastingplichtige die materie wel kent maar er desalniettemin – bijvoorbeeld omdat hij daar zelf geen tijd voor vrij wil of kan maken – voor kiest de nakoming van zijn verplichtingen aan de adviseur over te laten. Indien hij de door hem ingeschakelde adviseur voor voldoende deskundig mocht houden en niet hoefde te twijfelen aan een zorgvuldige taakvervulling door die adviseur, dan zal de belastingplichtige niet snel grove schuld kunnen worden verweten indien de fiscale verplichtingen niet correct worden nagekomen. In BNB 2009/114 oordeelde de Hoge Raad dat een belanghebbende zich niet zelf in de toepasselijke regelingen hoeft te verdiepen indien hij gebruikmaakt van de diensten van zo'n adviseur, en dat hem dan niet het verwijt van grove schuld kan worden gemaakt op de grond dat hij stukken naar de adviseur doorstuurt zonder er zelf kennis van te nemen. Voorts merkte de Hoge Raad op dat het enkele feit dat een belastingplichtige zich wel in de op hem toepasselijke belastingregelingen heeft verdiept nog niet meebrengt dat hij gehouden is om te controleren of zijn deskundige adviseur in de door deze opgemaakte aangiften die regelingen juist heeft toegepast.[39]

## 2.7 Toerekening gedragingen van anderen?

Aanvankelijk werd in het fiscale boeterecht aanvaard dat gedragingen van ingeschakelde derden voor de vraag of sprake was van opzet c.q. grove schuld aan de belanghebbende werden toegerekend. Nog in een arrest uit juli 1988 overwoog de Hoge Raad dat artikel 6 EVRM daaraan niet in de weg stond.[40] Op 1 december 2006 (BNB 2007/151) gaat de Hoge Raad echter uitdrukkelijk 'om', en sluit hij de mogelijkheid uit om voor fiscale vergrijpboeten opzet of grove schuld van een ander toe te rekenen, teneinde strijd met het in artikel 6, tweede lid, EVRM neergelegde vermoeden van onschuld te voorkomen.[41] De Hoge Raad verwees hierbij naar het door zijn strafkamer in 1954 gewezen 'IJzerdraadarrest'[42] waarin werd overwogen dat 'opzet ten aanzien van enig delict of delictsbestanddeel door het Nederlandse strafrecht nergens wordt toegerekend aan een natuurlijk persoon, indien die geestesgesteldheid bij hem of haar niet persoonlijk aanwezig is geweest.'

Opzet of grove schuld bij de door een belanghebbende ingeschakelde derde is dus op zichzelf onvoldoende om die belanghebbende een vergrijpboete op te leggen. Uiteraard is het mogelijk dat ook de belanghebbende zelf opzet of grove schuld kan worden verweten. In BNB 2007/151 wijst de Hoge Raad op die mogelijkheid waarbij hij overweegt:

---

39 HR 13 februari 2009, nr. 07/12891, BNB 2009/114, ECLI:NL:HR:2009:BH2586.
40 HR 15 juli 1988, nr. 24483, BNB 1988/270, ECLI:NL:HR:1988:ZC3876.
41 HR 1 december 2006, nr. 40369, BNB 2007/151, ECLI:NL:HR:2006:AU7741.
42 HR 23 februari 1954, NJ 1954/378.

> ‘In dat verband kan van belang zijn of de belastingplichtige de zorg heeft betracht die redelijkerwijs van hem kan worden gevergd bij de keuze van zijn adviseur en bij de samenwerking met die adviseur. Wat in dit opzicht redelijkerwijs van de belastingplichtige kan worden gevergd, zal intussen van geval tot geval sterk kunnen verschillen, bij voorbeeld naar gelang zijn hoedanigheid en zijn kennis en ervaring omtrent de terzake relevante fiscale en andere aspecten. De inspecteur heeft van een en ander de stelplicht en de bewijslast.’

In de praktijk is die last zwaar, zeker in het licht van het in paragraaf 2.6 vermelde arrest BNB 2009/114 waaruit volgt dat een belastingplichtige die zich laat bijstaan door een adviseur die hij voor deskundig mocht houden, in beginsel mag afgaan op die adviseur en hem niet hoeft te controleren.

Omdat toerekening wél mogelijk is als het gaat om de vraag of sprake is van kwade trouw in de zin van artikel 16, eerste lid, AWR (in welk geval navordering mogelijk is ook indien er sprake is van een ambtelijk verzuim bij het vaststellen van de primitieve aanslag of bij de beslissing geen primitieve aanslag vast te stellen), en toerekening[43] eveneens mogelijk is bij de vraag of de ‘vereiste aangifte’ is gedaan (hetgeen gevolgen heeft voor de zwaarte en verdeling van de bewijslast), is het dus mogelijk dat een belastingplichtige geconfronteerd wordt met een navorderingsaanslag waarbij hij de verzwaarde bewijslast krijgt te doen blijken dat die belastingaanslag onjuist is hoewel de inspecteur geen nieuw feit heeft en de belastingplichtige zelf niet kan worden verweten dat aanvankelijk te weinig belasting is geheven. Een vergrijpboete blijft hem dan echter bespaard.

## 2.8 Pleitbaar standpunt

Evenals in het strafrecht speelt ook bij het opleggen van fiscale boeten de vraag of in het gegeven geval een pleitbaar standpunt aan bestraffing in de weg staat. Een pleitbaar standpunt is een standpunt dat weliswaar onjuist is – een standpunt op grond waarvan ten onrechte geen of te weinig belasting wordt geheven – maar waarvan redelijkerwijs verdedigd kon worden dat het niet onjuist was. Een standpunt is pleitbaar indien, aldus de belastingkamer van de Hoge Raad, ‘niet kan worden gezegd dat belanghebbende door dat standpunt in te nemen dermate lichtvaardig heeft gehandeld dat het aan haar grove schuld is te wijten dat te weinig belasting is geheven.’[44] In paragraaf 4, onderdeel 2, van het Besluit bestuurlijke boeten belastingdienst (BBBB)[45] wordt een pleitbaar standpunt omschreven als ‘een door de belanghebbende ingenomen standpunt [dat], gelet op de stand van de jurisprudentie en de heersende leer, in die mate juridisch pleitbaar of verdedigbaar is, dat belanghebbende redelijkerwijs kan menen juist te handelen’. Mijns inziens kan overigens ook

---

43 Voor de vraag of de ‘vereiste aangifte’ is gedaan, is – anders dan voor opzet in de boetesfeer of voor kwade trouw – ‘had moeten weten’ voldoende.

44 Zie onder meer HR 11 november 2005, nr. 40421, BNB 2006/147, ECLI:NL:HR:2005:AU6018.

45 Een beleidsregel van de staatssecretaris van Financiën.

een standpunt dat afwijkt van de heersende leer een pleitbaar standpunt vormen indien voor dat standpunt goede argumenten zijn aan te voeren.

In de belastingrechtspraak overheerst een objectieve benadering van de vraag of sprake is van een pleitbaar standpunt.[46] Er wordt daarin niet zozeer gekeken naar wat de belanghebbende ertoe bracht op een bepaalde (onjuist gebleken) wijze te handelen, maar of die handelwijze naar de stand van het recht objectief gezien verdedigbaar was. Hiervan is in ieder geval sprake als een standpunt in hoger beroep of cassatie onjuist wordt geoordeeld maar een lagere rechter dat standpunt juridisch juist vond. In BNB 2012/123 overwoog de Hoge Raad dan ook: 'Aangezien het Hof belanghebbende op rechtskundige gronden in het gelijk heeft gesteld, moet het ervoor worden gehouden dat belanghebbende een pleitbaar standpunt heeft ingenomen.'[47]

In extremis zou dat ertoe kunnen voeren dat een belanghebbende die zelf meende onjuist te handelen toch aan beboeting ontsnapt omdat bij nader inzien (en eventueel door anderen dan de belanghebbende zelf) onjuiste maar goed verdedigbare argumenten naar voren zijn te brengen op grond waarvan gedrag zoals dat van de belanghebbende niet in strijd zou zijn met de fiscale regelgeving.

In het strafrecht daarentegen overheerst een subjectieve benadering: bekeken wordt of de verdachte meende fiscaal juist te handen. Uit een aantal uitspraken van strafkamers van verschillende gerechten komt voorts het beeld naar voren dat de strafrechter hogere eisen lijkt te stellen dan de belastingrechter voordat hij een standpunt als pleitbaar wil aanmerken, bijvoorbeeld door te verlangen dat het standpunt gebaseerd is op een 'ondubbelzinnig' advies van een deskundige of dat het vooraf aan de inspecteur is voorgelegd.[48] Het verschil in benadering van de strafrechter en de belastingrechter heeft de merkwaardige consequentie dat iemand strafrechtelijk vervolgd en bestraft zou kunnen worden voor een gedraging zoals het opzettelijk onjuist doen van aangifte waarvoor hem fiscaalrechtelijk geen boete zou kunnen worden opgelegd omdat opzet (of grove schuld) fiscaalrechtelijk bezien ontbreekt.

In NJ 2012/176 heeft de strafkamer van de Hoge Raad (in een belastingfraudezaak) ten aanzien van een beroep op een pleitbaar standpunt als volgt overwogen:

> '(...) dat indien de verdachte het verweer voert dat hij bij het doen van belastingaangifte heeft gehandeld op grond van een zogenoemd fiscaal pleitbaar standpunt, de rechter dient te beoordelen of hij redelijkerwijs kon en mocht menen dat de wijze waarop hij die aangifte heeft gedaan, toelaatbaar was (vgl. HR 8 februari 2005, LJN AR3719). Indien de rechter evenwel vaststelt dat de verdachte, toen hij deze aangifte deed niet in

46 Zie onder meer HR 12 september 2003, nr. 37175, BNB 2004/75, ECLI:NL:HR:2003:AE4480.
47 HR 2 maart 2012, nr. 10/00348, BNB 2012/123, ECLI:NL:HR:2012:BP3858.
48 Vgl. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 maart 2008, nr. 20-008914-05, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC7234 en Gerechtshof Amsterdam 7 juli 2011, nr. 23-000627-09, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR0740.

de veronderstelling verkeerde dat de wijze waarop deze aangifte is gedaan toelaatbaar was, stuit het verweer reeds op die vaststelling af.'[49]

In deze overweging komt het in strafzaken gebruikelijke subjectieve element duidelijk naar voren. De verdachte kan zich niet beroepen op een pleitbaar standpunt als hij ten tijde van het plegen van het feit zelf niet dacht juist te handelen. Een belastingplichtige die beoogt belasting te ontduiken kan dus niet aan strafrechtelijke veroordeling ontkomen door te proberen voor zijn fiscaal wangedrag in de loop van de strafrechtelijke procedure alsnog fiscaal-juridische argumenten te vinden die weliswaar onjuist zijn, maar ten tijde van het plegen van het feit wel verdedigbaar waren.[50] De zware eisen die de feitenrechters in het strafrecht voorts lijken te stellen aan een geslaagd beroep op een pleitbaar standpunt door een verdachte vinden we in dit arrest van de Hoge Raad echter niet terug. Voldoende is dat de verdachte 'redelijkerwijze kon en mocht menen' juist te handelen, hetgeen veel meer weg heeft van de objectieve benadering van het pleitbaar standpunt door de belastingrechter en bijvoorbeeld niet uitsluit dat een verdachte op grond van zijn eigen interpretatie van de regelgeving mocht menen juist te handelen. Zo bezien is er eigenlijk geen goede grond om in de fiscale rechtspraak een ander criterium aan te leggen dan in de strafrechtspraak, en ook in fiscale zaken alleen een beboeting verhinderend pleitbaar standpunt aan te nemen indien de wijze waarop is gehandeld ten tijde van het begaan van het feit (1) objectief bezien naar de stand van het recht redelijkerwijs verdedigbaar was en (2) het desbetreffende standpunt door de belanghebbende destijds ook daadwerkelijk is ingenomen.[51] Indien de strafrechter bereid is te accepteren dat een fiscaal standpunt ook redelijkerwijs verdedigbaar kan zijn zonder dat daar een ondubbelzinnige opinie van een deskundige derde aan ten grondslag ligt, is de mijns inziens ongewenste discrepantie tussen de benadering door de strafrechter en de belastingrechter van het 'pleitbaar standpunt' verleden tijd.

## 2.9 Strafuitsluitingsgronden

'Schuld' maakt geen deel uit van de omschrijvingen van de feiten waarvoor een verzuimboete kan worden opgelegd. Degene die een dergelijk feit begaat ('de delictsomschrijving vervult'), kan echter desalniettemin geen boete worden opgelegd indien het begaan van het feit in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd was of hem terzake geen verwijt kan worden gemaakt. In de eerste situatie is het feit niet strafbaar door omstandigheden los van de persoon die het feit begaat. Een ieder die het feit begaat, moet straffeloos blijven. In de tweede situatie blijft het feit als zodanig strafbaar maar moet bestraffing achterwege blijven door omstandigheden

49 HR 6 maart 2012, nr. 09/04384, NJ 2012/176, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596.

50 Zijn de argumenten wel juist dan is er uiteraard geen strafbaar feit gepleegd, ook al meende de betrokken belastingplichtige te frauderen.

51 De belastingkamer van het Gerechtshof Amsterdam heeft de benadering van de strafkamer van de Hoge Raad in NJ 2012/176 expliciet overgenomen in zijn uitspraak van 19 april 2012, nr. 09/00811, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW4436.

die de persoon van de overtreder betreffen. In het strafrecht spreekt men van onderscheidenlijk rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. Gezamenlijk worden rechtvaardigings- en schulduitsluitingsgronden aangeduid als strafuitsluitingsgronden. Bij strafrechtelijke vervolging van een dader die zich kan beroepen op een strafuitsluitingsgrond volgt geen vrijspraak (het feit is immers begaan) maar ontslag van alle rechtsvervolging.

In de Awb is een en ander sinds de invoering van de Vierde tranche in algemene zin terug te vinden in de artikelen 5:5 en 5:41 Awb. De (mogelijke) strafuitsluitingsgronden zijn door de wetgever bewust niet in de Awb opgesomd. Men wilde de bestuursrechter niet bij voorbaat binden. De wetgever gaat er echter wel van uit dat het bestuursorgaan en de bestuursrechter de strafuitsluitingsgronden uit het strafrecht tot uitgangspunt nemen.[52] Met enige fantasie zijn er in de fiscale context voor alle uit het strafrecht bekende strafuitsluitingsgronden[53] wellicht casus te bedenken. In de fiscale praktijk gaat het tot op heden met name om de op het beginsel 'geen straf zonder schuld' gebaseerde schulduitsluitingsgrond afwezigheid van alle schuld (avas).

Avas kan zich in drie vormen voordoen:

- verontschuldigbare dwaling ten aanzien van de feiten (error facti); de overtreder gaat uit van een onjuiste voorstelling van de feiten;
- verontschuldigbare dwaling ten aanzien van het recht (error iuris); de overtreder verbindt aan de feitelijke situatie een rechtens onjuiste conclusie; en
- de situatie dat de overtreder niet heeft gedwaald ten aanzien van de feiten of het recht maar de maximale zorg heeft betracht die van hem kon worden verwacht om het begaan van de overtreding te voorkomen.

In het belastingrecht zien we geregeld een beroep op avas, en dat niet altijd zonder succes. Hierbij speelt de complexiteit van de fiscale regelgeving een rol gekoppeld aan de omstandigheid dat men verontschuldigbaar kan dwalen door af te gaan op een inlichting of advies van een instantie waaraan of een persoon aan wie zodanig gezag valt toe te kennen dat de overtreder op de juistheid van de inlichting of het advies mocht vertrouwen.[54] Een op 'de maximale zorg betracht' avas-verweer slaagde in een geval waarin de belasting te laat werd afgedragen hoewel belanghebbende zijn bank omstreeks 18 januari 2002 schriftelijk opdracht had gegeven tot betaling van de uiterlijk op 31 januari 2002 verschuldigde belasting.[55] Het Gerechtshof 's-Gravenhage achtte avas aanwezig omdat belanghebbende erin geslaagd was aannemelijk te maken al hetgeen redelijkerwijs van haar kon worden verwacht te

---

52 *Kamerstukken I* 2007/08, 29702, nr. C, p. 40, *Kamerstukken I* 2008/09, 29702, nr. E, p. 8.

53 In het strafrecht kennen we de rechtvaardigingronden overmacht in de zin van noodtoestand, noodweer, wettelijk voorschrift, bevoegd gegeven ambtelijk bevel en ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid, alsmede de schulduitsluitingsgronden ontoerekeningsvatbaarheid, psychische overmacht, noodweerexces, onbevoegd gegeven ambtelijk bevel en afwezigheid van alle schuld.

54 Zie voor een dergelijk geval Rb. Breda 3 september 2007, nr. 07/407, ECLI:NL:RBBRE:BK4634.

55 HR 15 juni 2007, nr. 42687, *BNB* 2007/251, ECLI:NL:HR:2007:BA7184, en na verwijzing: Gerechtshof Arnhem 21 januari 2008, nr. 07/000298, ECLI:NL:GHARN:BC3261.

hebben gedaan teneinde haar belastingadviseur tijdig aangifte te laten doen.[56] Avas is alleen dan aan de orde als de overtreder *geen* verwijt kan worden gemaakt, hij geen enkele schuld heeft. Is er maar enige schuld, een licht verzuim is voldoende, dan faalt een beroep op avas. Slaagt een beroep op avas niet omdat belanghebbende weliswaar niet veel te verwijten valt maar wel iets (een licht verwijt), dan kan dit uiteraard reden zijn de opgelegde boete te matigen. Een avas-verweer vormt als het ware subsidiair een strafmaatverweer.

Lichte schuld staat dus aan avas in de weg maar te hoge eisen mogen aan de zorgplicht van de belanghebbende niet worden gesteld. Zo overwoog het Gerechtshof Arnhem in zijn uitspraak van 21 januari 2008, nr. 07/000298: 'Anders dan de Inspecteur kennelijk betoogt, voert de zorgplicht niet zo ver dat belanghebbende gehouden is zich voor het betalingsverkeer te bedienen van internet- of telebankieren.', en: 'De zorgplicht gaat bovendien niet zo ver dat belanghebbende gehouden was navraag te doen, dan wel via internet- of telebankieren te controleren, of de betalingsopdracht door haar bank was verwerkt en het verschuldigde bedrag op de rekening van de belastingdienst was bijgeschreven voor de uiterste betaaldatum.'

Is er sprake van een pleitbaar standpunt dan is er geen sprake van grove schuld (laat staan opzet) en kan dus geen vergrijpboete worden opgelegd. Bij een pleitbaar standpunt is het standpunt niet zo lichtvaardig ingenomen dat *grove* schuld aanwezig is. Aanwezigheid van een lichtere schuldgradatie is niet uitgesloten. Aanwezigheid van een pleitbaar standpunt vormt dus geen – althans niet noodzakelijkerwijs – avas en sluit het opleggen van een verzuimboete derhalve niet per definitie uit. In paragraaf 4, eerste lid, van het BBBB wordt de inspecteurs echter voorgeschreven in geval van een pleitbaar standpunt geen boete (dus evenmin een verzuimboete) op te leggen.[57]

Ingevolge artikel 67n, eerste lid, AWR wordt bij aanslagbelastingen geen vergrijpboete opgelegd indien de belastingplichtige binnen twee jaar alsnog aan zijn fiscale verplichtingen voldoet (vrijwillige verbetering of inkeer).[58] Vereist is dat de inkeer plaatsvindt voordat de belastingplichtige weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de inspecteur met de onjuistheid bekend is of bekend zal worden. De AWR bevat geen inkeerregeling voor belastingen die op aangifte moeten worden voldaan of afgedragen. In de beleidssfeer is een dergelijke regel echter wel te vinden. Paragraaf 25, onderdeel 12, van het BBBB bepaalt dat met betrekking tot aangiftebelastingen geen vergrijpboete wordt opgelegd indien sprake is van vrijwillige verbetering. Anders dan ten aanzien van aanslagbelastingen geldt hierbij niet de eis dat de inkeer moet plaatsvinden binnen twee jaar.

Inkeer vormt geen strafuitsluitingsgrond. Het maakt het begaan van het feit niet 'met terugwerkende kracht' gerechtvaardigd, en maakt evenmin dat de overtreder

---

56 Gerechtshof 's-Gravenhage 12 maart 2013, nr. BK-11/00824, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ6162.

57 Paragraaf 4, onderdeel 2, laatste volzin van het BBBB luidt 'Een pleitbaar standpunt sluit het opleggen van zowel een verzuimboete als een vergrijpboete uit'.

58 Inkeer bij een aanslagbelasting op een later tijdstip vormt een strafverminderende omstandigheid (art. 67n, tweede lid, AWR).

bij nader inzien van het begaan van het feit geen verwijt kan worden gemaakt. (Tijdige) vrijwillige verbetering is een vervolgingsuitsluitingsgrond, het verhindert het opleggen van een boete aan de inkerende overtreder, maar neemt de strafbaarheid als zodanig niet weg. Van belang is dit als het gaat om de vraag of inkeer door de overtreder in de weg staat aan het opleggen van boeten aan medeplegers, doen plegers, uitlokkers, medeplichtigen, feitelijk leidinggevenden en opdrachtgevers.

## 2.10 Aan wie kan een boete worden opgelegd?

Bij de meeste met een fiscale boete bedreigde feiten gaat het om zogenoemde kwaliteitsdelicten. Het beboetbare feit kan alleen gepleegd worden door (rechts)personen die een bepaalde in de omschrijving van het beboetbare feit opgenomen hoedanigheid bezitten. Wordt een aangifte vennootschapsbelasting van een bv opzettelijk onjuist gedaan, dan kan de bv op grond van artikel 67d AWR beboet worden. Zij is de belastingplichtige. De directeur van de bv en haar belastingadviseur die de onjuiste aangifte in feite hebben gedaan, kunnen niet beboet worden omdat zij de voor het opleggen van een 67d-boete vereiste kwaliteit van belastingplichtige ontberen. Dit was althans de situatie tot de invoering van de Vierde tranche van de Awb. Ingevolge artikel 5:1, tweede en derde lid, Awb kunnen ook medeplegers van de overtreding en zij die aan het plegen van de overtreding feitelijk leiding hebben gegeven dan wel daartoe opdracht hebben gegeven, een bestuurlijke boete krijgen.

De begrippen medeplegen, 'feitelijk leiding geven' en 'opdracht geven' hebben als het gaat om bestuurlijke boeten dezelfde betekenis als in het strafrecht.

Van medeplegen is dus sprake als twee of meer personen opzettelijk samenwerken teneinde gezamenlijk een gedraging te verrichten die het beboetbare feit oplevert. Daarbij is het niet nodig dat de medeplegers ieder voor zich alle bestanddelen van het beboetbare feit vervullen, en is voldoende – en dit is voor de fiscale praktijk van belang – dat bij kwaliteitsdelicten een van de medeplegers de voor het begaan van het delict vereiste hoedanigheid bezit. Voorts is van belang te onderkennen dat naar modern inzicht niet vereist is dat de rollen van de verschillende bij het plegen van het beboetbare feit betrokken personen volledig uitwisselbaar zijn of dat alle betrokkenen bij de uitvoering een even grote rol hebben gespeeld. Ook ondersteunende handelingen die van wezenlijke betekenis zijn, kunnen al medeplegen opleveren indien die handelingen worden begaan in de uitvoering van een gezamenlijk voornemen. Zelfs niet distantiëren of niet ingrijpen waar ingrijpen geboden is, kan onder omstandigheden medeplegen opleveren, bijvoorbeeld in gevallen waarin geen gebruik wordt gemaakt van een reële mogelijkheid om de ander te weerhouden van het plegen van het beboetbare feit.[59] Denkbaar is bijvoorbeeld dat belastingadviseurs die beseffen dat de door een klant aangeleverde gegevens niet juist kunnen zijn maar ter zake geen actie ondernemen en op basis van die gegevens adviseren of een te lage aangifte doen, als medeplegers kunnen worden aangemerkt.

---

59 Vergelijk de conclusie van de A-G voor HR 18 maart 2008, nr. 0922/06, NJ 2008/209, ECLI:NL:HR:2008:BC6157.

Zijn de ondersteunende activiteiten van onvoldoende gewicht, is degene die de ondersteunende handelingen verricht 'slechts' een hulpfiguur van secundair belang, dan is er geen sprake van medeplegen maar (hoogstens) van medeplichtigheid. De grens tussen medeplegen en medeplichtigheid is moeilijk aan te geven. In de praktijk is duidelijk sprake van een afgrenzingsprobleem. Die grens is echter voor het bestuurlijk boeterecht van groot belang omdat de Vierdetranchewetgever er uitdrukkelijk voor gekozen heeft medeplichtigheid niet beboetbaar te stellen.[60] Hiervoor bestaan naar mijn mening geen goede gronden. De daartoe in de loop van de parlementaire behandeling aangevoerde argumenten overtuigen geenszins. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt als motief genoemd dat in het strafrecht medeplichtigheid aan overtreding niet vervolgbaar is.[61] Hier wordt miskend dat het onderscheid tussen lichte en zware strafbare feiten dat in het strafrecht tot uitdrukking komt in het aanmerken van het feit als hetzij overtreding, hetzij misdrijf, in het bestuursrecht niet op vergelijkbare wijze wordt gemaakt. Alle beboetbare feiten zijn 'overtredingen' in de zin van artikel 5:1, eerste lid, Awb, ook zwaar opzettelijk of grofschuldig wangedrag bedreigd met forse vergrijpboeten. Nadien wordt in de wordingsgeschiedenis van de Vierde tranche weliswaar onderkend dat het strafrechtelijke en het bestuursrechtelijke begrip overtreding niet gelijk zijn, maar wordt voor het niet beboetbaar stellen van medeplichtigheid als argument naar voren geschoven dat het relatief vaak gaat om relatief lichte feiten.[62] Ook als dit waar zou zijn is dat mijns inziens geen reden om ook bij zware feiten geen bestuurlijke boete te stellen op medeplichtigheid. Het is dan ook positief dat in de Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit de mogelijkheid is geopend bestuurlijke boeten op grond van de Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen (Awir) en de fiscaliteit in afwijking van de regeling in de Awb ook op te leggen aan doen plegers, uitlokkers en – mits het om een vergrijp gaat – medeplichtigen. In het wetsvoorstel ging het bij deze uitbreiding aanvankelijk alleen om de Awir-overtredingen, omdat, aldus de memorie van toelichting, deze overtredingen 'zowel beoordeeld naar de aard van de overtreding als de sanctie (...) geen lichtere delicten [zijn]',[63] en wordt bereikt dat 'het bestuurlijk sanctierecht ook in de gevallen van doen plegen, uitlokken en medeplichtigheid een volwaardig alternatief [vormt] voor het strafrecht'.[64] Mij ontgaat waarom dit alleen voor de Awir-overtredingen zou gelden en waarom deze uitbreiding van de potentiële kring van overtreders niet even zo op zijn plaats zou zijn voor andere delen van het bestuursrecht, waaronder in ieder geval het belastingrecht. De uitbreiding bij amendement[65] tot de fiscaliteit door opname van een nieuw artikel 670 AWR[66] acht ik dan ook juist.

---

60 Het afgrenzingsprobleem bestaat uiteraard ook in het strafrecht maar daar heeft het OM de mogelijkheid om bij zware feiten (misdrijven) primair het medeplegen en subsidiair de medeplichtigheid ten laste te leggen.

61 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 79.

62 *Kamerstukken I* 2007/08, 29702, nr. C, p. 32.

63 *Kamerstukken II* 2013/14, 33754, nr. 3, p. 8.

64 *Kamerstukken II* 2013/14, 33754, nr. 3, p. 9.

65 *Kamerstukken II* 2013/14, 33754, nr. 13.

66 In art. 670 AWR wordt – in afwijking van art. 5:1 Awb – ook beboetbaar gesteld het doen plegen en het uitlokken van een overtreding alsmede de medeplichtigheid aan een overtreding.

Van beboetbaar opdracht geven tot een overtreding is alleen dan sprake als daadwerkelijk last tot het begaan van het feit is gegeven. Voor feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging is concrete betrokkenheid bij de desbetreffende gedraging echter niet altijd vereist. Voor het aanmerken van iemand als feitelijk leidinggevende aan verboden gedragingen kan al voldoende zijn dat hij geen maatregelen heeft genomen om die gedragingen te voorkomen terwijl hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden was. Nodig is dan wel dat de betrokkene de kans dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen bewust heeft aanvaard, hetgeen zich overigens al voor kan doen bij wetenschap van vergelijkbare gedragingen in het verleden zonder dat men ertoe is overgegaan adequate maatregelen te treffen om herhaling te voorkomen.[67]

Voor het aanmerken van iemand als feitelijk leidinggevende is formele zeggenschap geen vereiste. Zelf een formele relatie met de rechtspersoon[68] die de verboden gedraging pleegt, is niet nodig. Voldoende is dat de betrokkene de facto zeggenschap had over de desbetreffende gedraging.

In de fiscale literatuur is op grond van het in december 2005 gewezen 'oplichtingsarrest' van de Hoge Raad[69] het standpunt ingenomen dat een boete bij de als kwaliteitsdelicten aan te merken fiscale vergrijpen aan een ander dan degene die de kwaliteit heeft, alleen kan worden opgelegd als degene die de kwaliteit heeft ook zelf opzet heeft (of bij andere vergrijpen dan die van de artikelen 67cc en 67d AWR: grove schuld).[70] Een belastingadviseur kan in deze visie niet als medepleger een boete krijgen wegens het opzettelijk onjuist doen van een aangifte inkomstenbelasting van een van zijn klanten als die klant niet ook zelf opzet kan worden verweten. Samengevat wordt deze gedachte wel weergegeven als 'geen medepleger zonder pleger'. Het is uiteraard juist dat er bij 'medeplegen' meer dan één dader moet zijn. Het is echter onjuist dat hieruit zou volgen dat de inspecteur alleen een vergrijpboete aan een mededader kan opleggen als hij ook de opzet (of grove schuld) van ten minste één ander kan bewijzen. Dit is niet anders als degene die beboet wordt niet zelf de kwaliteit van belastingplichtige of inhoudingsplichtige heeft. Een en ander volgt uit het op 6 maart 2012 door de strafkamer van de Hoge Raad gewezen arrest NJ 2012/176, waarin deze kwestie uitdrukkelijk als middel van cassatie was aangevoerd. De Hoge Raad overwoog:

> '5.3. De middelen stellen de vragen aan de orde of bij veroordeling van de verdachte ter zake van het medeplegen van het opzettelijk doen van een onjuiste en/of onvolledige belastingaangifte, uit de bewijsvoering niet alleen het opzet van de verdachte moet kunnen volgen, maar tevens dat van zijn mededaders, almede of daarvoor van belang

---

67 De zgn. *Slavenburg*-criteria.

68 Op grond van art. 51, derde lid 3, Sr worden met een rechtspersoon gelijkgesteld de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen. Ingevolge art. 5:1, derde lid, Awb geldt dit ook voor het bestuurlijk boeterecht.

69 HR 6 december 2005, nr. 03430/04, NJ 2007/455, ECLI:NL:HR:2005:AU2246.

70 Zie bijvoorbeeld Commissie-Feteris, *Aan wie kan een bestuurlijke boete worden opgelegd* (Geschrift nr. 233 van de Vereniging voor belastingwetenschap), Deventer: Kluwer 2007, p. 60.

is dat niet op de verdachte, maar op een van zijn mededaders de wettelijke plicht rust tot het doen van de desbetreffende belastingaangifte.
5.4. Beide vragen moeten ontkennend worden beantwoord omdat zij miskennen dat het gaat om het vaststellen van het opzet van de verdachte in zijn strafzaak en niet om dat van zijn mededaders. In een geval als het onderhavige geldt derhalve dat uit de bewijsvoering moet kunnen worden afgeleid dat het opzet van de verdachte, al dan niet in voorwaardelijke vorm, gericht is geweest op het doen van de onjuiste en/of onvolledige belastingaangiften. Uit de bewijsvoering behoeft niet te kunnen worden afgeleid dat zijn mededaders – ook indien één van hen de aangifteplichtige was – dit opzet eveneens hadden. (...).'[71]

In de paragraaf hiervoor zijn opmerkingen gemaakt over de ook voor het fiscaal boeterecht van belang zijnde strafuitsluitingsgronden. Is sprake van een rechtvaardigingsgrond dan is het feit niet strafbaar. Dit raakt dus ook medeplegers, doen plegers, uitlokkers, medeplichtigen, feitelijk leidinggevenden en opdrachtgevers. Schulduitsluitingsgronden daarentegen nemen niet de strafbaarheid van het feit weg maar raken de strafbaarheid van de overtreder. Het is met andere woorden een de dader persoonlijk betreffende omstandigheid die niet de strafbaarheid van eventuele mededaders wegneemt. Bij inkeer is sprake van een vervolgingsuitsluitingsgrond, aan de strafbaarheid van feit of de schuld van de overtreder doet de inkeer niet af. Artikel 67p AWR verklaart de afdeling van de AWR waarin de inkeerbepaling is opgenomen weliswaar ook van toepassing op anderen dan de belastingplichtige of inhoudingsplichtige aan wie een boete kan worden opgelegd, maar vrijwillige verbetering – het alsnog doen van een (juiste) aangifte of het alsnog verstrekken van de (juiste) informatie – door een mededader zonder medewerking van de belastingplichtige is slecht denkbaar. Gaat de belastingplichtige over tot inkeer, dan profiteren mededaders daar in beginsel niet van. In navolging van het strafrecht zou echter anders moeten worden geoordeeld indien de inkeer wezenlijk is bevorderd door de medepleger, uitlokker, feitelijk leidinggevende of opdrachtgever.[72]

Met de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb is het aantal potentieel beboetbare personen aanzienlijk toegenomen. In de fiscale praktijk zien we echter nog nauwelijks boeten opgelegd aan medeplegers, feitelijk leidinggevenden en opdrachtgevers. Mij is niet duidelijk wat hiervan de oorzaak is. Mogelijk is er (nog) sprake van onvoldoende kennis binnen de Belastingdienst over de mogelijkheid boeten op te leggen aan anderen dan de belastingplichtige of inhoudingsplichtige en van de strafrechtelijke leerstukken die daarbij van belang zijn. Wellicht speelt ook een rol dat het BBBB de inspecteurs geen enkel handvat biedt, noch bij de beantwoording van de vraag wanneer een dergelijke boete aan de orde zou kunnen komen, noch bij de vraag hoe hoog een dergelijke boete dan zou moeten zijn. Tijdens de

71 HR 6 maart 2012, nr. S 09/04384, NJ 2012/176, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596. In het arrest legt de Hoge Raad ook het 'oplichtingsarrest' nader uit.

72 Vgl. de strafkamer van de Hoge Raad ten aanzien van de inkeerregeling opgenomen in art. 69, derde lid, AWR in het arrest van 19 december 2006, nr. 01707/05, NJ 2007/411, ECLI:NL:HR:2006:AY6710.

parlementaire behandeling van de Vierde tranche Awb is men niet verder gekomen dan dat voor de hoogte van de vergrijpboete 'zal worden aangesloten bij het huidige beleid. Dat betekent dat in geval van opzettelijk of grofschuldig medeplegen van een beboetbaar feit, een boete kan worden opgelegd van 50 respectievelijk 25 procent van de ten onrechte niet geheven of niet of te laat betaalde belasting.'[73] Dit is echter geenszins vanzelfsprekend bij mededaders wier (mogelijk) 'profijt' van het fiscale wangedrag niet gelijk is aan de in geding zijnde belasting. Voorts wordt het opleggen van boeten aan mededaders niet vergemakkelijkt doordat de enige bepaling in het BBBB die handelt over dergelijke boeten de inspecteur die een boete voor een mededader overweegt op te leggen de bureaucratie instuurt, en de beslissingsmacht terzake bij het ministerie van Financiën legt.[74]

Mijns inziens is hier sprake van een gemiste kans, zeker als het gaat om opzettelijk frauduleus handelen. In de strijd tegen belastingontduiking heeft de Belastingdienst een sterk wapen in handen gekregen om hen aan te pakken die bij die ontduiking door de belastingplichtige een wezenlijke rol spelen. Het zou ook vanuit generaal-preventief oogpunt een goede zaak zijn als dat instrument niet onbenut in de kast blijft liggen.

---

73 *Kamerstukken I* 2007/08, 29702, nr. C, p. 49.

74 Paragraaf 2, onderdeel 6, BBBB eist voorafgaande toestemming van de directeur van een organisatieonderdeel en het Directoraat-generaal Belastingdienst.

# 3 Bewijs in fiscale boetezaken nader beschouwd

## 3.1 'The burden of proof'

De verhogingen zoals de AWR die vanaf de invoering van die wet tot 1 januari 1998 kende, werden rechtstreeks uit de wet belopen. Naast 'kleine' verhogingen bij het niet tijdig doen van een aangifte bij een aanslagbelasting (artikel 9 AWR (oud): 5 procent van de aanslag met een maximum van *f* 1000[75]), en bij het te laat voldoen of afdragen van een aangiftebelasting[76] (artikel 22 AWR (oud): 10 procent van het desbetreffende bedrag), kende de AWR verhogingen van 100 procent indien werd nagevorderd of nageheven omdat aanvankelijk te weinig belasting was geheven (artikelen 18, eerste lid, en 21, eerste lid, eerste volzin, AWR (oud)).

Voor een verhoging van 100 procent was opzet of grove schuld weliswaar vereist maar dit was negatief geformuleerd, en niet als een door de inspecteur te bewijzen bestanddeel van het feit dat de inspecteur aanleiding gaf tot navordering of naheffing over te gaan. Bij navordering werd een verhoging van 100 procent opgelegd 'behoudens voor zover het niet aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige te wijten is dat te weinig belasting is geheven', en in plaats van een verhoging van 100 procent bij naheffing werd een verhoging van 10 procent opgelegd 'voor zover het niet aan opzet of grove schuld van degene van wie wordt nageheven is te wijten dat te weinig belasting is geheven'.

Het wettelijk uitgangspunt, de hoofdregel, was dan ook dat indien werd nagevorderd of nageheven omdat te weinig was geheven een verhoging van 100 procent werd opgelegd, en dat het aan de belanghebbende was om ervoor te zorgen dat de uitzondering op de hoofdregel – geen verhoging van 100 procent – werd toegepast. 'Presumed guilty' als het ware (en bij naheffing resteerde ook als de afwezigheid van opzet en grove schuld bewezen werd nog een verhoging, zij het een van 'slechts' 10 procent).

De bepalingen op grond waarvan een verhoging van 100 procent werd opgelegd bij navordering of naheffing werden aanvankelijk derhalve zo uitgelegd dat (1) de inspecteur diende te bewijzen dat te weinig belasting was geheven, en – zo de inspecteur daarin geslaagd was –, (2) het aan de belanghebbende was om feiten en omstandigheden te stellen, en bij betwisting te bewijzen, op grond waarvan hem

75 Bij invoering van de AWR beliep de maximumboete van art. 9 AWR *f* 5.
76 Te laat, maar voordat de inspecteur tot naheffing was overgegaan. De verhoging werd opgelegd door middel van een naheffingsaanslag 'bij wijze van een verhoging'.

terzake geen opzet of grove schuld kon worden verweten en de verhoging dus achterwege moest blijven.

De tekst van de artikelen 18, eerste lid, en 21, eerste lid, eerste volzin, AWR is gelijk gebleven tot 1 januari 1998. De hiervoor beschreven uitleg van die bepalingen heeft niet zo lang standgehouden.

Nadat het besef was doorgedrongen dat het opleggen van een verhoging moet worden gezien als strafvervolging in de zin van artikel 6, eerste lid, EVRM (vgl. HR 19 juni 1985[77]), was ook duidelijk dat deze uitleg van de AWR, die er in wezen op neerkwam dat opzet c.q. schuld werd verondersteld, niet langer verdedigbaar was. Het tweede lid van artikel 6 EVRM bepaalt immers: 'everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law'.[78] In 1988[79] overwoog de Hoge Raad dan ook ten aanzien van een belastingplichtige die een navorderingsaanslag met een 100 procent-verhoging kreeg dat hij aanspraak heeft op de door artikel 6 EVRM aan verdachten toegekende rechten:

> '(...), daaronder begrepen het door artikel 6, lid 2, gewaarborgde recht om voor onschuldig te worden gehouden totdat zijn schuld volgens de wet wordt bewezen. Ingevolge deze verdragsbepaling moet de vervolgende autoriteit bewijzen dat alle bestanddelen van het aan de verdachte ten laste gelegde feit zijn verwezenlijkt, en mag de verdachte niet worden belast met het bewijs van het tegendeel.
> (...). De ingevolge artikel 18, lid 1, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen voor het opleggen van een verhoging vereiste grondslag omvat twee bestanddelen, te weten: (1) dat te weinig belasting is geheven, en (2) dat zulks is te wijten aan opzet of grove schuld van de belastingplichtige. Voor zover deze wetsbepaling de belastingplichtige belast met het bewijs dat het sub (2) bedoelde bestanddeel niet is verwezenlijkt, is zij, gezien het vorenoverwogene, niet verenigbaar met de in artikel 6, lid 2, van het Verdrag vervatte waarborg, zodat zij in zoverre krachtens het bepaalde in artikel 94 van de Grondwet buiten toepassing moet blijven'.

Ten aanzien van de verhoging van 100 procent bij naheffing oordeelde de Hoge Raad in 1989 in gelijke zin.[80]

Sedertdien staat vast dat de inspecteur die een bestuurlijke boete oplegt, moet worden gezien als een vervolgende autoriteit die moet bewijzen dat alle bestanddelen van het beboetbare feit zijn verwezenlijkt. Wordt bijvoorbeeld een boete opgelegd bij een navorderingsaanslag (artikel 67e AWR) dan moet de inspecteur bewijzen (1) dat de primitieve aanslag te laag is vastgesteld/anderszins te weinig is geheven en (2) dat dit te wijten is aan opzet of grove schuld van degene die de boete krijgt opgelegd. Belanghebbende mag niet belast worden met het bewijs dat een van de bestanddelen

---

77 HR 19 juni 1985, nr. 22076, BNB 1986/29, ECLI:NL:HR:1985:AC8934.
78 De onschuldpresumptie is ook gewaarborgd in art. 14, tweede lid, IVBPR en in art. 48, eerste lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.
79 HR 15 juli 1988, nr. 24483, BNB 1988/270, ECLI:NL:HR:1988:ZC3876.
80 HR 20 december 1989, nr. 25496, BNB 1990/102, ECLI:NL:HR:1989:ZC4182.

van het feit waarvoor hij beboet wordt zich niet heeft voorgedaan. Een andere standpunt zou ook geen genade vinden in Straatsburg. In '*Barberà, Messegué and Jabardo*' is het EHRM helder: 'the burden of proof is on the prosecution'.[81] De op de inspecteur rustende bewijslast is daarmee lang niet altijd een eenvoudige. Met name speelt dat, als het gaat om het bewijs van de feiten en omstandigheden die het oordeel moeten rechtvaardigen dat sprake is van opzet. Daarbij moet bedacht worden dat de fiscale regelgeving complex is en dat over de uitleg van allerlei regelgeving verschillend kan worden gedacht. De inspecteur grijpt veelal terug op voorwaardelijke opzet maar daarbij wordt regelmatig een onjuiste invulling aan dat begrip gegeven, een invulling in de zin van dat belanghebbende dat toch 'had moeten weten', 'had moeten beseffen', 'had moeten begrijpen'. Dat alles vormt echter, zoals al aan de orde gesteld in paragraaf 2.5, niet de ook voor voorwaardelijke opzet verlangde bewustheid. Op de inspecteur rust de last de feiten en omstandigheden te stellen en – bij betwisting – te bewijzen die het oordeel rechtvaardigen dat de voor die vorm van opzet vereiste twee aspecten zich hebben voorgedaan, namelijk: (1) wetenschap van de aanmerkelijke kans dat het in het beboetbaar feit omschreven gevolg zou intreden, en (2) bewuste aanvaarding van die kans. De lat voor het bewijs van opzet ligt daarmee even hoog als in het strafrecht waarvoor gewezen kan worden op het *Porsche-arrest*[82] (geen bewuste aanvaarding) en het *Hiv-arrest*[83] (geen aanmerkelijke kans) van de strafkamer van de Hoge Raad.

De bewijslast van de (gestelde) feiten en omstandigheden die het beboetbare feit opleveren, ligt dus op de inspecteur. Is hetgeen de inspecteur aanvoert naar het oordeel van de rechter onvoldoende om het verlangde bewijs te leveren, dan is het niet juist dit oordeel anders dan in een einduitspraak aan partijen kenbaar te maken, en de inspecteur met gebruikmaking van de 'bestuurlijke lus' of anderszins de gelegenheid te geven het bewijs alsnog te leveren. In een uitspraak van 25 oktober 2012 overwoog het Gerechtshof Amsterdam:

> 'De rechtbank heeft evenzeer miskend dat het in strijd is met de beginselen van behoorlijk bestuursprocesrecht om in een geval waarin op de inspecteur ten aanzien van voor de beslissing van het geschil van belang zijnde feiten en omstandigheden de stelplicht en/of bewijslast rust, en de inspecteur niet aan die stelplicht en/of bewijslast heeft voldaan en evenmin een ter zake relevant bewijsaanbod heeft gedaan, de uitspraak op bezwaar wegens een gebrekkige motivering te vernietigen en de inspecteur vervolgens op te dragen opnieuw uitspraak op bezwaar te doen.
> Met de door de rechter in acht te nemen gelijkheid van partijen verdraagt zich immers niet dat een inspecteur die niet heeft voldaan aan de op hem rustende stelplicht en/of bewijslast (en geen relevant bewijsaanbod heeft gedaan), in staat te stellen opnieuw uitspraak op bezwaar te doen en daarmee – eventueel met toepassing van de hem in de bezwaarfase ten dienste staande wettelijke dwangmiddelen – alsnog aan die stelplicht en/of bewijslast te voldoen, nu een belanghebbende in vergelijkbare omstandigheden

81 EHRM 6 december 1988, nr. 10590/83.
82 HR 15 oktober 1996, nr. 102.826, NJ 1997/199.
83 HR 20 februari 2007, nr. 02965/05, NJ 2007/313, ECLI:NL:HR:2007:AY9659.

evenmin de op een herkansing neerkomende gelegenheid zou worden geboden het bewijs alsnog te leveren.'[84]

## 3.2 Bewijs bij strafuitsluitingsgronden

De op de inspecteur rustende bewijslast betreft alle bestanddelen van het beboetbare feit maar niet meer dan dat. Indien de inspecteur een vergrijpboete oplegt, zal hij de opzet of grove schuld opleverende feiten en omstandigheden moeten stellen en – bij betwisting – bewijzen. Aangezien opzet of schuld geen deel uitmaken van de omschrijving van de met een verzuimboete bedreigde beboetbare feiten, hoeft de inspecteur die een dergelijke boete oplegt zodanige geestesgesteldheid bij de overtreder ook niet te bewijzen.[85] De omstandigheid dat geen boete mag worden opgelegd als er bij de betrokken belanghebbende geen schuld is, brengt niet mee dat de inspecteur bij verzuimboeten enige vorm van schuld bij de belanghebbende moet aantonen. Anders gezegd: de inspecteur hoeft niet te betogen (en te bewijzen) dat er geen sprake is van een strafuitsluitingsgrond, het initiatief terzake ligt in beginsel bij de belanghebbende. Dat het initiatief van belanghebbende uit moet gaan, blijkt ook uit het arrest BNB 1990/87.[86] Het ligt volgens de Hoge Raad op de weg van de belanghebbende feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit kan volgen dat het begaan van de overtreding hem niet kan worden verweten. De stelplicht van die feiten en omstandigheden rust dus op belanghebbende. Hieruit volgt niet noodzakelijkerwijs dat hij terzake ook de bewijslast heeft. De parlementaire behandeling van de Vierde tranche Awb gaat er echter van uit dat dit wel het geval is. De overtreder moet de afwezigheid van alle schuld aannemelijk maken, aldus de memorie van toelichting.[87] Ook in de fiscale rechtspraak zien we herhaaldelijk overwegingen waarbij van belanghebbende wordt verlangd dat hij het bewijs levert. Zo overwoog het Gerechtshof 's-Gravenhage op 7 mei 2010: 'op [belanghebbende] rust de last te bewijzen dat sprake is van avas'.[88] Het is de vraag of deze benadering juist en wenselijk is. Naar het mij voorkomt, is de benadering in zoverre onjuist dat de vraag of sprake is van avas een rechtsoordeel is, een kwestie derhalve waarvan de bewijslast niet op een van de partijen kan worden gelegd. Het is aan de rechter het recht ambtshalve toe te passen. Voor zover er derhalve al sprake is van bewijslast kan dit alleen zien op feiten en omstandigheden. Onwenselijk is deze benadering mijns inziens omdat op deze wijze met strafuitsluitingsgronden anders wordt omgesprongen dan in het strafrecht. Herhaaldelijk heeft de strafkamer van de Hoge Raad beslist dat de

---

84 Gerechtshof Amsterdam 25 oktober 2012, nr. 11/00632, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY2886. De bestuurlijke lus wordt overigens voor zover mij bekend in belastingzaken niet gebruikt. Indien de belastingrechter over onvoldoende gegevens beschikt om uitspraak te kunnen doen en de behoefte heeft aan nadere informatie van de zijde van de inspecteur, geeft hij er de voorkeur aan de zaak 'aan zich te houden' en gebruik te maken van de mogelijkheid op de voet van de art. 8:27 en 8:28 Awb inlichtingen te vragen.

85 Rb. Breda 8 juni 2007, nr. 06/5387, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB0314.

86 HR 11 oktober 1989, nr. 24582, BNB 1990/87, ECLI:NL:HR:1989:ZC4117.

87 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 134.

88 Gerechtshof 's-Gravenhage 7 mei 2010, nr. 09/00065, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5045.

bewijslast in ieder geval niet uitsluitend op de verdachte mag worden gelegd. Volgens de jurisprudentie van de strafkamer is bepalend of de een strafuitsluitingsgrond opleverende feiten en omstandigheden aannemelijk zijn *geworden*.[89] Voor zover het in cassatie door het OM voorgestelde middel stelde dat 'het in de eerste plaats aan de verdachte is om de gestelde feiten aannemelijk te maken', werd het middel in NJ 1993/267 door de Hoge Raad ongegrond verklaard.[90] De strafrechter moet zelf onderzoeken of de ter onderbouwing van een beroep op een strafuitsluitingsgrond gestelde feiten en omstandigheden in het licht van het dossier en hetgeen overigens is aangevoerd aannemelijk zijn geworden. Ik zie geen reden in het bestuurlijk boeterecht genoegen te nemen met een minder actieve rol van de rechter en de bewijslast terzake volledig op de schouders van de belanghebbende te leggen.

In BNB 2010/294 heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat de inspecteur in beginsel niet gehouden is zich van de mogelijke aanwezigheid van een strafuitsluitingsgrond rechtvaardigende feiten en omstandigheden te vergewissen alvorens hij een verzuimboete oplegt.[91] BNB 2010/294 laat echter onverlet dat een behoorlijke taakvervulling van de inspecteur – de op grond van afdeling 3.2 van de Awb vereiste zorgvuldigheid – meebrengt dat, indien hij vóórdat hij een verzuimboete oplegt aanwijzingen heeft dat er sprake is van avas (of een andere strafuitsluitingsgrond), terzake wel enig onderzoek verricht. Laat hij dit achterwege en blijft zijn boetebeschikking in bezwaar of in rechte niet in stand dan zal hij naar het mij voorkomt in de (proces)kosten moeten worden veroordeeld.[92]

## 3.3 Bewijslevering door vermoedens

Voor de wijze waarop de inspecteur het bewijs kan leveren van de verwezenlijking van de bestanddelen van het beboetbare feit, gelden geen regels die afwijken van hetgeen overigens in het fiscale recht geldt. Bewijslevering is dus mogelijk met alle middelen.[93] Anders dan in het Nederlands strafrecht is er geen 'negatief-wettelijk' bewijsstelsel. Ook bewijslevering door middel van vermoedens is mogelijk. De Hoge Raad heeft deze vorm van bewijslevering als het gaat om boeten herhaaldelijk uitdrukkelijk aanvaard,[94] en ook het EHRM staat dit toe.[95] Bewijslevering door middel van vermoedens is een lichte vorm van bewijslevering – lichter bijvoorbeeld dan 'aannemelijk maken'. Het in de mensenrechtenverdragen neergelegde recht op een

---

89 Zie onder andere HR 23 november 1971, NJ 1972/236, ECLI:NL:HR:1971:AB5761, HR 28 maart 1995, nr. 98474, NJ 1995/484, ECLI:NL:HR:1995:ZC9980 en HR 10 januari 2006, nr. 01103/05, *RvdW* 2006, 96, ECLI:NL:HR:2006:AU7135.

90 HR 17 november 1992, nr. 90445, NJ 1993/267, ECLI:NL:HR:1992:AD1775.

91 HR 9 juli 2010, nr. 09/03083, BNB 2010/294, ECLI:NL:HR:2010:BN0631.

92 Anders dan in BNB 2010/194, waar de boetebeschikking wegens avas in bezwaar werd vernietigd maar het opleggen van de boete niet als verwijtbaar onrechtmatig werd aangemerkt.

93 Met dien verstande dat het niet mogelijk is dat een partij zelf als getuige optreedt (vgl. HR 9 augustus 2013, nr. 13/00078, ECLI:NL:HR:2013:196).

94 Zie o.a. HR 23 mei 1990, nr. 2685, BNB 1990/240, ECLI:NL:HR:1990:ZC4295; HR 18 november 1992, nr. 28148, BNB 1993/40, ECLI:NL:HR:1992:ZC5166; HR 15 april 2011, nr. 09/05192, BNB 2011/207, ECLI:NL:HR:2011:BN6350; HR 28 juni 2013, nr. 11/04152, ECLI:NL:HR:2013:63.

95 EHRM 7 oktober 1988, nr. 10519/83, *Salabiaku*.

eerlijk proces ('fair trial') brengt vanuit de optiek van de vereiste 'equality of arms' mee dat de last die op de belanghebbende die aan het bewijsvermoeden wenst te ontkomen wordt gelegd, niet te hoog mag zijn. In geval van twijfel moet de belanghebbende het voordeel van de twijfel worden gegund, aldus de Hoge Raad in *BNB* 2011/207.[96] Voldoende om het vermoeden te ontzenuwen is dat op grond van hetgeen hij heeft aangevoerd redelijkerwijs moet worden betwijfeld of het vermoeden juist is. In zijn arrest van 28 juni 2013, nr. 11/04152, overwoog de Hoge Raad:

> 'De belastingplichtige die wil ontkomen aan bewijs door middel van een zodanig vermoeden, kan zich verweren hetzij door de feiten en omstandigheden te betwisten die aan het bewijsvermoeden ten grondslag zijn gelegd, hetzij door andere feiten te stellen en bij betwisting aannemelijk te maken waardoor redelijke twijfel wordt gewekt aan de redengevende kracht van dat bewijsvermoeden, zodat dit vermoeden wordt ontzenuwd.'

Het gegeven dat de bewijslast op de inspecteur rust, brengt met zich dat het gebruik van vermoedens er niet toe mag leiden dat de bewijslast in wezen naar de belanghebbende wordt verschoven. Met name moet opgepast worden met het verbinden van conclusies aan het (blijven) zwijgen van de beboete belanghebbende. In het arrest *BNB* 2011/207 overweegt de Hoge Raad:

> 'Het zwijgen van de belanghebbende kan alleen bijdragen tot het bewijs voor zover uit de aanwezige bewijsmiddelen reeds een zodanige verdenking voortvloeit dat die vraagt om uitleg van de belanghebbende, hetgeen betekent dat dit zwijgen alleen kan meewegen bij het waarderen van de overtuigingskracht van die aanwezige bewijsmiddelen.'

De Hoge Raad wijst in dit verband onder andere op het arrest *Murray* van het EHRM.[97] Het EHRM overwoog in dat arrest dat in situaties die 'clearly call for an explanation' van de verdachte, zijn zwijgen in aanmerking mag worden genomen bij de waardering van de overtuigingskracht van het tegen hem ingebrachte bewijsmateriaal. Herkenbaar is voorts de parallel met de jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad.[98] Het komt er dus op neer dat zwijgen door de beboete geen bewijsmiddel is. Het kan slechts een rol spelen bij de waardering van de bewijsmiddelen. Het bewijs moet er op grond van die bewijsmiddelen in wezen al zijn, ook zonder dat het zwijgen in de beschouwing wordt betrokken. Het (blijven) zwijgen – het niet geven van een verklaring door de beboete in een situatie die daarom evident vraagt – kan de overtuigingskracht van die bewijsmiddelen echter versterken. In zijn arrest van 28 juni 2013, nr. 11/04152 oordeelde de Hoge Raad dat het niet neerkomt op een door

---

96 HR 15 april 2011, nr. 09/05192, *BNB* 2011/207, ECLI:NL:HR:2011:BN6350; zie ook het EHRM in *Barberà, Messegué and Jabardo*: 'any doubt should benefit the accused'.

97 EHRM 8 februari 1996, nr. 18731/91, *NJ* 1996/725.

98 Gedoeld wordt op de zogenoemde 'strippenkaartjurisprudentie'. HR 3 juni 1997, nr. 104750, *NJ* 1997/584, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733.

artikel 6, tweede lid, EVRM verboden omkering van de bewijslast indien van de belastingplichtige redelijkerwijs een verklaring mag worden verlangd.

In de zogenoemde 'KB-Luxzaken' was de bewijslevering door de inspecteur gebaseerd op fotokopieën van microfiches met gegevens van Nederlandse rekeninghouders bij de Kredietbank Luxembourg, waaronder saldi op 31 januari 1994. Aan belastingplichtigen die als rekeninghouder werden geïdentificeerd, maar geen openheid van zaken gaven ('weigeraars'), werden vervolgens over een reeks van jaren[99] navorderingsaanslagen met boeten opgelegd. Voor de berekening van de navorderingsaanslagen maakte de Belastingdienst gebruik van een model, opgesteld aan de hand van gegevens verkregen van 'meewerkers'; belastingplichtigen die als rekeninghouder waren geïdentificeerd en wel openheid van zaken hadden gegeven. Uit de gegevens van de 'meewerkers' bleek onder andere dat rekeninghouders behalve een rekening in rekening-courant ook vaak een onderliggende rekening (bijvoorbeeld een deposito- of effectenrekening) hadden geopend.[100] Voor de vraag of de navorderingsaanslagen terecht en tot juiste bedragen waren opgelegd mocht het bewijs modelmatig worden geleverd; in BNB 2011/207 leidde dit ertoe dat correcties van tienduizenden guldens over een reeks van jaren in essentie in stand bleven hoewel het microfiche dat tot de correcties leidde – en dat betrekking had op een rekening-courantrekening – slechts een saldo per 31 januari 1994 liet zien van ƒ 138,19.

Voor de vraag of de inspecteur het beboetbaar feit had bewezen ten aanzien van de jaren waarin werd nagevorderd accepteerde de Hoge Raad deze benadering echter niet. Hij overwoog in BNB 2011/207:

> 'een vermoeden ontleend aan gegevens van meewerkers (...) is voor beboetingsdoeleinden niet bruikbaar, nu die gegevens geen voldoende sterke aanwijzingen geven met betrekking tot de vraag of belanghebbende persoonlijk in de desbetreffende jaren een rekening aanhield.'

Een andere in dit arrest naar voren komende kwestie is in hoeverre een eenmaal opgekomen vermoeden 'doorwerkt' naar de toekomst, en ook daar was de Hoge Raad in BNB 2011/207 als het om boeten gaat kritisch:

> 'de omstandigheid dat een belanghebbende op 31 januari 1994 enig banktegoed aanhield kan niet zonder aanvullend bewijs, zoals ervaringsregels, een vermoeden rechtvaardigen dat die belanghebbende ook op een ander moment een banktegoed heeft aangehouden',[101]

---

99 In BNB 2011/207 bijvoorbeeld over de jaren 1990 tot en met 2000.

100 Met name als het saldo op de rekening-courantrekening laag was.

101 In BNB 2012/28 oordeelde de Hoge Raad dat dit aanvullend bewijs niet kan worden geleverd met alleen gegevens over de gang van zaken bij een (aanzienlijke) meerderheid van de vergelijkingsgroep van de meewerkers. HR 25 november 2011, nr. 11/01393, BNB 2012/28, ECLI:NL:HR:2011:BU5687.

en:

> 'bij de vraag of een vermoeden van het aanhouden van een banktegoed op een eerder of later moment dan 31 januari 1994 gerechtvaardigd is, kan voor beboetingsdoeleinden niet worden voortgebouwd op een gerechtvaardigd geacht vermoeden ten aanzien van een ander moment, en kan derhalve slechts worden uitgegaan van de omstandigheid dat de belanghebbende op een bepaald moment – 31 januari 1994 – een aantoonbaar banktegoed aanhield',

en:

> 'bij de beoordeling spelen ook de omstandigheden van het geval een rol, zoals de hoogte van het op 31 januari 1994 aangetroffen saldo (mede met het oog op bijvoorbeeld de belastingvrije som in het desbetreffende jaar) en de aard en/of het doel van de rekening waarop dat saldo zich bevond.'

In de na BNB 2011/207 voor het Gerechtshof 's-Gravenhage gevoerde verwijzingsprocedure werden de boeten vernietigd.[102]

Ook in het arrest nr. 11/04152 was het uitgangspunt voor de belastingheffing en boeteoplegging over een reeks van jaren een fiche dat de stand op een KB-Lux-rekening op 31 januari 1994 weergaf. Anders dan in BNB 2011/207 ging het hier echter om een casus waar het microfiche een aanzienlijk positief saldo vertoonde (bijna *f* 650.000). In dergelijke gevallen is het hierop gebaseerde bewijsvermoeden (indien dat niet ontzenuwd wordt) zonder ander bewijs ook toereikend voor beboetingsdoeleinden, niet alleen voor het jaar 1994 maar ook over '1995 en later jaren' en voor de heffing van de inkomstenbelasting over 1993.

## 3.4 Feiten van algemene bekendheid

Tot het bewijs van het beboetbare feit kunnen – ook ten aanzien van de 'lichte' bewijslevering door middel van een vermoeden – feiten van algemene bekendheid bijdragen. In het arrest nr. 11/04152 overwoog de Hoge Raad onder meer 'dat een aanzienlijk tegoed op een bankrekening niet uit het vermogen van een belastingplichtige pleegt te verdwijnen', en dat 'een bank, naar van algemene bekendheid is, rente pleegt te vergoeden over een zodanig [FJH: aanzienlijk] tegoed'.

Feiten van algemene bekendheid zijn zelfs bruikbaar als het gaat om de bewijslevering van een geestesgesteldheid. In het arrest nr. 11/04125 werd opzet bewezen geacht waarbij in aanmerking werd genomen:

> 'dat het voor jaren als de onderhavige van algemene bekendheid was dat banktegoeden en rente-inkomsten daaruit die de vrijgestelde bedragen te boven gaan, waren

102 Gerechtshof 's-Gravenhage 16 december 2011, nrs. BK-11/00232, 11/00625 t/m 11/00643, ECLI:NL:GHSGR:BU9169.

onderworpen aan heffing van vermogensbelasting dan wel inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen en daarom aangegeven moesten worden als vermogen respectievelijk inkomsten uit vermogen.'

Voor de vraag welke gegevens van algemene bekendheid zijn, kan aangesloten worden bij de jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad. In NJ 2001/378 formuleerde de Hoge Raad:

> 'Van algemene bekendheid zijn die gegevens die ieder van de rechtstreeks bij het geding betrokkenen geacht moet worden te kennen of die hij zonder noemenswaardige moeite uit algemeen toegankelijke bronnen kan achterhalen.'[103]

## 3.5 Het privilege against self-incrimination

Uit het hiervoor besprokene blijkt dat de bescherming die artikel 6 EVRM biedt met zich kan brengen dat de lat voor het bewijs dat de inspecteur moet leveren ten aanzien van de beboeting hoger ligt dan voor de belastingheffing. Voor het bewijs dat het beboetbare feit zich heeft verwezenlijkt dient hij onder omstandigheden meer of zwaardere bewijsmiddelen aan te voeren. Het van toepassing zijn van artikel 6 EVRM op de oplegging van bestuurlijke boeten heeft ook tot gevolg dat bepaalde bewijsmiddelen voor de belastingheffing wel, maar voor de beboeting niet mogen worden gebruikt. Ik doel hier op bewijsmiddelen die van de betrokken belanghebbende zelf afkomstig zijn en door de inspecteur zijn verkregen op grond van de wettelijke informatieverplichtingen.[104] Gebruik van dergelijk bewijs kan in strijd komen met het 'privilege against self-incrimination', met het 'right to remain silent and not to incriminate oneself'. Het is echter verre van eenvoudig vast te stellen hoever dit privilege, dit recht, gaat.

In de Algemene wet bestuursrecht vinden we hiervan bijna niets terug. In artikel 5:10a Awb is slechts een zwijgrecht opgenomen voor verhoorsituaties waardoor de praktische betekenis van dit zwijgrecht althans voor het belastingrecht beperkt is. De meeste informatie wordt door de inspecteur opgevraagd (of op grond van een wettelijke verplichting actief verstrekt) buiten een als een verhoor te kwalificeren situatie. In het hierna nog verder aan de orde komende arrest van 12 juli 2013, nr. 12/01880,[105] merkt de civiele kamer van de Hoge Raad terecht op dat in Nederland regelgeving ontbreekt gericht op het waarborgen van het effectief kunnen uitoefenen door de belastingplichtige van zijn recht om niet mee te werken aan zelfincriminatie.

---

103 HR 12 juli 2011, nr. 09/03119 P, ECLI:NL:HR:2011:BQ6555.
104 Zie met name art. 10a AWR en afdeling 2 van hoofdstuk VIII AWR.
105 HR 12 juli 2013, nr. 12/01880, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640.

Het privilege of recht is als zodanig evenmin terug te vinden in de tekst van artikel 6 EVRM. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM is het echter begrepen in het recht op een 'fair trail'. In *Saunders* bijvoorbeeld overwoog het Hof:

> 'The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself, are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6.'[106]

Voor de reikwijdte van het privilege moeten we derhalve te rade gaan bij het EHRM. Bij het 'right tot remain silent and not to incriminate onseself' gaat het in de visie van het EHRM niet om absolute rechten. Afhankelijk van de omstandigheden van de voorliggende casus moet worden beoordeeld of het recht op een 'fair trial' is geschonden.[107] Het is dan ook moeilijk om uit de casusgerichte jurisprudentie van het ERHM meer algemeen geldende regels te destilleren. De Hoge Raad sluit in BNB 2002/27 aan bij een door het EHRM in *Saunders* gemaakt onderscheid tussen (bewijs)materiaal dat wel en dat niet zijn bestaan dankt aan de wil van de beschuldigde. Naar het voorkomt, verbindt de Hoge Raad aan dit onderscheid vervolgens vrij absolute gevolgen. Verklaringen die een belastingplichtige heeft afgelegd ter voldoening aan de fiscale informatieverplichting, mogen níet worden gebruikt ten behoeve van de boeteoplegging, door de inspecteur ten behoeve van de vaststelling van de belastingschuld bij de belanghebbende opgevraagde bescheiden mogen wél worden gebruikt.[108] Uit BNB 2008/159 volgt dat dit niet anders is als het gaat om bescheiden waarover de inspecteur slechts de beschikking kan krijgen door actieve participatie van de betrokken belastingplichtige.[109]

In de literatuur zijn vraagtekens gezet bij het 'zwart/wit-onderscheid' dat de belastingkamer van de Hoge Raad lijkt te maken tussen verklaringen enerzijds en overig bewijsmateriaal anderzijds. Is een dergelijk onderscheid (volledig) in lijn met de jurisprudentie van het EHRM? Met name de arresten *Funke*,[110] *J.B*[111] en *Chambaz*[112] roepen de vraag op of niet veeleer de *mate* van uitgeoefende druk bepalend is voor de vraag of 'afgedwongen' bewijsmateriaal mag worden gebruikt voor beboetingsdoeleinden, ook als het gaat om ander bewijsmateriaal dan verklaringen.[113] Het

---

106 EHRM 17 december 1996, nr. 43/1994/490/572, BNB 1997/254, NJ 1997/699.

107 EHRM 26 juni 2007, nrs. 15809/02 en 25624/02 (*O'Halloran and Francis*).

108 HR 27 juni 2001, nr. 35889, ECLI:NL:HR:2001:AB2314. Met als consequentie dat bij de vaststelling en toetsing van een boete aan een weigering te verklaren als zodanig geen voor de weigerende belastingplichtige nadelig gevolg mag hebben, maar dat zodanig gevolg (de 'omkering en verzwaring van de bewijslast') wel mag worden verbonden aan een weigering stukken over te leggen.

109 HR 21 maart 2008, nr. 43050, ECLI:NL:HR:2008:BA8179. In casu ging het om bescheiden betreffende een in Luxemburg – een land met een bankgeheim – aangehouden bankrekening.

110 EHRM 25 februari 1993, nr. 82/1991/334/407, BNB 1993/350.

111 EHRM 3 mei 2001, nr. 31827/96, BNB 2002/26.

112 EHRM 5 april 2012, nr. 11663/04.

113 Zie hieromtrent uitgebreid de conclusies van de A-G Wattel voor de arresten BNB 2008/159 en 12/01880, alsmede F.J.P.M. Haas & D.N.N. Jansen, 'Het "privilege against self-incrimination" nader beschouwd', TFB 2013, nr. 1, p. 8 e.v.

zwijgrecht staat weliswaar voorop in de uitspraken van het EHRM maar in *Jalloh* maakt het Hof duidelijk dat het bij gelegenheid aan het privilege against self-incrimination een ruimere invulling heeft gegeven 'so as to encompass cases in which coercion to hand over real evidence to the authorities was in issue.'[114]

Het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013, nr. 12/01880, heeft betrekking op een procedure waarin de Staat (de Belastingdienst) langs civielrechtelijke weg met het oog op belastingheffing een bevel tot het nakomen van informatieverplichtingen vorderde op straffe van het verbeuren van een dwangsom. De Hoge Raad oordeelde dat artikel 6 EVRM aan toewijzen van de vordering niet in de weg stond, maar dat 'de te treffen voorziening, voor zover die wilsafhankelijk materiaal betreft, in die zin [dient] te worden beperkt dat een zodanig bevel alleen mag worden gegeven met de restrictie dat het verstrekte materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van de belastingheffing'. Derhalve niet ten behoeve van bestuurlijke beboeting of bestraffing. Het arrest geeft geen uitsluitstel over de vraag of de (civiele kamer van de) Hoge Raad met wilsafhankelijk materiaal – in lijn met BNB 2002/27 en BNB 2008/159 – (nog steeds) enkel het oog heeft op door de desbetreffende belastingplichtige af te leggen verklaringen.

## 3.6 Omkering van de bewijslast

Op grond van artikel 27e, eerste lid, AWR dient in een aantal gevallen het beroep ongegrond te worden verklaard 'tenzij is gebleken dat en in hoeverre de uitspraak op het bezwaar onjuist is'.[115]

De hier bedoelde gevallen zijn:

- de vereiste aangifte is niet gedaan (dat wil zeggen dat geen aangifte is gedaan hoewel hiertoe wel een plicht bestond, of een aangifte is gedaan waarvan de betrokkene wist of zich ervan bewust had moeten zijn dat er een absoluut en relatief groot verschil is tussen de op grond van die aangifte verschuldigde belasting en de op grond van de wet verschuldigde belasting); en
- er is sprake van een onherroepelijk geworden informatiebeschikking (een voor bezwaar vatbare beschikking waarin de inspecteur heeft vastgesteld dat niet (volledig) is voldaan aan fiscale informatieverplichtingen of aan de administratieverplichting, zie artikel 52a, eerste lid, AWR).

De alsdan op grond van artikel 27e AWR intredende 'bewijssanctie' wordt in het belastingrecht aangeduid als 'omkering van de bewijslast'. Deze term dekt de lading echter maar zeer ten dele. Niet alleen is er sprake van een verplichte toedeling van

---

114 EHRM 11 juli 2006, nr. 54810/00. Het Hof vervolgt met: 'In *Funke v. France* (...), for instance, the Court found that an attempt to compel the applicant to disclose documents, and thereby to provide evidence of offences he had allegedly committed, violated his right not to incriminate himself. Similarly, in *J.B. v. Switzerland* (...) the Court considered the State authorities' attempt to compel the applicant to submit documents which might have provided information about tax evasion to be in breach of the principle against self-incrimination (in its broader sense).'

115 Een vergelijkbare bepaling voor de bezwaarfase is opgenomen in art. 25, derde lid, AWR.

de bewijslast aan de belanghebbende, die bewijslast is ook verzwaard. Anders dan in het fiscale recht gebruikelijk, is het niet voldoende dat hetgeen hij moet bewijzen *aannemelijk* wordt gemaakt; hij moet *doen blijken*, dat wil zeggen: op overtuigende wijze aantonen. Een zowel in de theorie als in de praktijk veel zwaardere last.[116]

De 'omkering van de bewijslast' als zodanig ziet de Hoge Raad niet als een sanctie die 'criminal' is in de zin van artikel 6 EVRM.[117] Dit doet echter niet af aan de relevantie van de vraag of de 'omkering van de bewijslast' zich verdraagt met het vermoeden van onschuld dat in acht moet worden genomen bij het opleggen van fiscale boeten. Deze vraag speelt met name indien de hoogte van de boete – zoals bij vergrijpboeten veelal het geval is – in beginsel aansluiting zoekt bij het bedrag van de belastingaanslag (artikel 67d en 67e AWR), of van de niet (of te laat) betaalde belasting (artikel 67f AWR).

Het bepaalde in artikel 27e, derde lid, AWR – 'Dit artikel vindt geen toepassing voor zover het beroep is gericht tegen een vergrijpboete' – zou de indruk kunnen wekken dat voor het bepalen van de boetegrondslag de 'omkering van de bewijslast' niet geldt en dat de grondslag in zoverre met de normale regels van de bewijslast(verdeling) moet worden vastgesteld.[118] Dit standpunt werd van de zijde van de beboete belanghebbende verdedigd in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 18 januari 2008, *BNB* 2008/165[119] maar door de Hoge Raad – onder verwijzing naar de bedoeling van de wetgever – verworpen. Het bepaalde in artikel 27e, derde lid, AWR doet daarmee niets anders dan bevestigen hetgeen reeds voortvloeit uit het in artikel 6, tweede lid, EVRM opgenomen vermoeden van onschuld: de inspecteur moet de bestanddelen van het beboetbare feit bewijzen. De *hoogte* van de verschuldigde belasting vormt geen bestanddeel van de beboetbaar gestelde feiten. Wordt bijvoorbeeld (terecht) nagevorderd met 'omkering van de bewijslast' en wordt bij de navorderingsaanslag een vergrijpboete op grond van artikel 67e AWR opgelegd, dan zal de inspecteur in een procedure over de boete moeten bewijzen dat aanvankelijk te weinig is geheven, en dat er terzake bij belanghebbende sprake is van opzet of grove schuld. Hij hoeft niet te bewijzen *hoeveel* er aanvankelijk te weinig is geheven. In het systeem van de wet, aldus de Hoge Raad in *BNB* 2008/165, 'geschiedt immers de vaststelling van het bedrag van de belasting afzonderlijk van de vaststelling van de boete door de inspecteur; bij laatstbedoelde gelegenheid wordt het bedrag van de belasting niet opnieuw afzonderlijk vastgesteld.' Een en ander komt er in wezen op neer dat bij de beoordeling van de vergrijpboete wordt uitgegaan van een

---

116 Een gesteld feit is aannemelijk indien het uit een reeks van mogelijkheden de meest voor de hand liggende, de meest waarschijnlijke is. Van doen blijken van een gesteld feit is pas sprake als het geleverde bewijs iedere redelijke twijfel uitsluit; het feit staat vast 'beyond a reasonable doubt'. Zie F.J.P.M. Haas & D.N.N. Jansen, 'Bewijs in belastingzaken', *TFB* 2009, nr. 4, p. 16, en M.C. Feteris, *Formeel belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2007, hfdst.VIII.3, p. 302.

117 HR 8 juli 1998, nr. 32417, *BNB* 1998/326, ECLI:NL:HR:1998:AA2337. Zie E.C.G. Okhuizen, 'Omkering van de bewijslast: knelpunten in de regeling bij toepassing van de sanctie (deel II)', *TFB* 2013, nr. 5.

118 Hetgeen er in de meeste gevallen op neer zou komen dat de inspecteur de juistheid van het bedrag van de door hem geheven belasting aannemelijk zou moeten maken.

119 HR 18 januari 2008, nr. 41832, *BNB* 2008/165, ECLI:NL:HR:2008:BC1962.

veronderstelling ten aanzien van de boetegrondslag (namelijk: de met 'omkering van de bewijslast' vastgestelde verschuldigde belasting). Het Gerechtshof Amsterdam overwoog in zijn uitspraak van 5 januari 2009, nr. 07/00472, dat dit niet in strijd was met het EVRM mits het de belanghebbende maar niet te zwaar wordt gemaakt de veronderstelling te weerleggen.[120]

Hierbij moet overigens wel acht worden geslagen op hetgeen de Hoge Raad in BNB 2002/27 heeft geoordeeld over het in artikel 6, eerste lid, EVRM begrepen zwijgrecht van een beschuldigde. Weigert een belastingplichtige te verklaren hoewel daartoe ten aanzien van de belastingheffing verplicht, dan mag dat voor de vaststelling en toetsing van de boete geen voor hem nadelige consequenties hebben. Voor de fiscale praktijk betekent dit dat indien een belastingplichtige niet voldoet aan een op artikel 47 AWR gebaseerd verzoek van de inspecteur om een verklaring af te leggen die voor de belastingheffing ten aanzien van die belastingplichtige van belang kan zijn, dit – nadat een op de voet van artikel 52a, eerste lid, AWR genomen informatiebeschikking onherroepelijk is geworden – leidt tot 'omkering van de bewijslast' ten aanzien van de vervolgens vastgestelde belastingaanslag. Wordt bij die belastingaanslag een boete opgelegd en is de 'omkering van de bewijslast' bij de belastingheffing uitsluitend gebaseerd op het niet-verklaren, dan mag die bewijssanctie niet doorwerken naar de boete. De met 'omkering van de bewijslast' vastgestelde belasting mag dan niet dienen als veronderstelde boetegrondslag. De inspecteur zal de grondslag voor de boeten in een dergelijke situatie afzonderlijk moeten vaststellen en zo nodig aannemelijk maken.

Bij boeten waarvan de hoogte in beginsel is gekoppeld aan de hoogte van de belastingaanslag, vormt de omstandigheid dat de belastingaanslag is vastgesteld met 'omkering van de bewijslast' voorts een factor die een rol speelt bij de vraag of de boete 'passend en geboden' is; bij het vaststellen en beoordelen van de strafmaat derhalve (BNB 2008/165, zie paragraaf 4.2.7).

## 3.7 Onrechtmatig verkregen bewijs

In het fiscale recht is ook de vraag aan de orde in hoeverre de inspecteur voor zijn bewijslevering gebruik mag maken van bewijsmiddelen die beoordeeld naar de maatstaven van het Nederlands strafrecht (mogelijk) onrechtmatig zijn verkregen.

Uit BNB 1992/306[121] volgt dat bewijs dat strafrechtelijk bezien onrechtmatig is verkregen niet op voorhand is uitgesloten als bewijsmiddel in fiscale procedures, ook niet voor zover de procedure ziet op een boete. De Hoge Raad overwoog in de eerste plaats dat gebruik van dergelijk bewijs in ieder geval niet ongeoorloofd is indien de bewijsmiddelen niet als jegens de belanghebbende op onrechtmatige wijze

120 Gerechtshof Amsterdam 5 januari 2009, nr. 07/00472, ECLI:NL:GHAMS:2009:BG9490. Het hof verwees daartoe naar het arrest van het EHRM van 23 juli 2002, nr. 36985/97, BNB 2003/2 (*Västberga Taxi AB*).

121 HR 1 juli 1992, nr. 26331, BNB 1992/306, NJ 1994/621, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028.

verkregen kunnen worden beschouwd. Maar ook als dat anders is, mag de inspecteur in veel gevallen toch gebruikmaken van dat bewijs. Alsdan moet bekeken worden of gebruik van dergelijk bewijs in strijd komt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en, zo zegt de Hoge Raad:

> 'Met betrekking tot bewijsmiddelen waarvan de inspecteur, ook indien de onrechtmatige handelingen van de vervolgende instanties niet hadden plaatsgevonden, zonder wettelijke belemmering kennis had kunnen nemen, kan in het algemeen van strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet worden gesproken, zo de inspecteur van deze bewijsmiddelen gebruik maakt.'

Gelet op de in de artikelen 47 e.v. van de AWR ruim omschreven verplichtingen van belastingplichtigen om de inspecteur inlichtingen en gegevens te verschaffen, zal strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich niet snel voordoen. Verboden is het gebruik van dergelijke bewijsmiddelen alleen 'indien zij zijn verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.'

Ook in de KB-luxzaken speelde de vraag naar de rechtmatigheid van het gebruikte bewijs. De kopieën van de microfiches met daarop gegevens van rekeninghouders zouden oorspronkelijk zijn verkregen door diefstal of verduistering. In de uitspraak voorafgaande aan het arrest BNB 2008/159 hanteerde het gerechtshof de maatstaf van BNB 1992/306 ('het zozeer indruisen tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht'), en achtte het gerechtshof het gebruik van de fiches toelaatbaar. De Hoge Raad oordeelde dat het oordeel van het gerechtshof geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. Hij verwees daartoe naar een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad waarin het gebruik van dit bewijsmateriaal eveneens werd geaccepteerd.[122]

De vraag rijst of niet meer zou moeten worden aangesloten bij het strafrecht, met name indien het materiaal betreft dat gebruikt wordt voor de levering van het bewijs dat een beboetbaar feit is begaan. Het komt minst genomen merkwaardig over dat de consequenties verbonden aan het onrechtmatig verkrijgen van bewijsmateriaal afhankelijk zijn van de wijze waarop de autoriteiten aan de 'criminal charge' invulling geven (strafrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk). In een uitspraak van (de belastingkamer van) het Gerechtshof Amsterdam van 4 juli 2013[123] let het hof uitdrukkelijk op de ontwikkelingen in het strafrecht na BNB 1992/306. De vraag of een rechtsgevolg – zoals het buiten aanmerking blijven van bewijsmateriaal – diende te worden verbonden aan de omstandigheid dat het materiaal was verkregen door inzet van infiltranten waarbij de mogelijkheid bestond dat niet voldaan was

122 HR 14 november 2006, nr. 02324/05, NJ 2007/179, ECLI:NL:HR:2006:AX7471.
123 Gerechtshof Amsterdam 4 juli 2013, nr. 10/00069 en 10/00070, ECLI:NL:GHAMS:2013:1943.

aan het 'Tallon-criterium',[124] werd door het hof beantwoord aan de hand van artikel 359a Sv en de uitleg van die wetsbepaling door de strafkamer van de Hoge Raad in NJ 2004/376.[125]

124 Op grond van dit criterium mag de inzet van een infiltrant er niet toe leiden dat de verdachte is gebracht tot andere handelingen dan waarop zijn opzet te voren reeds was gericht. HR 4 december 1979, nr. 70743, NJ 1980/356, ECLI:NL:HR:1979:AB7429 (zie ook art. 126p, tweede lid, Sv).

125 HR 30 maart 2004, nr. 00281/03, NJ 2004/376, ECLI:NL:HR:2004:AM2533.

# 4 Het opleggen en het toetsen van boeten

## 4.1 Het opleggen door de inspecteur

De tot 1 januari 1998 in de vorm van verhogingen opgelegde fiscale boeten maakten formeel deel uit van de geheven belasting en werden rechtstreeks uit de wet belopen.[126] Een beschikking van de inspecteur of een andere formele beslissing (naast het opleggen van een belastingaanslag) was hiertoe niet nodig.

Bij de 100 procent-verhogingen op grond van de AWR bij navordering (artikel 18, eerste lid, AWR) en naheffing (artikel 21, eerste lid, eerste volzin, AWR) diende de inspecteur nog wel een zogenoemd kwijtscheldingsbesluit te nemen; een besluit of, en zo ja in hoeverre, een deel van de verhoging werd kwijtgescholden (artikelen 18, tweede lid, en 25, vijfde lid, AWR (oud)). Bij een navorderingsaanslag diende hij dit onmiddellijk te doen, hetgeen samenhing met de omstandigheid dat tegen zo'n belastingaanslag geen bezwaar openstond maar onmiddellijk het rechtsmiddel van beroep moest worden ingesteld. Bij naheffing met een 100 procent-verhoging werd het kwijtscheldingsbesluit pas genomen indien tegen de belastingaanslag bezwaar was gemaakt.

Na de ingrijpende wijziging van de wettelijke regeling van het fiscale boeterecht met ingang van 1998 worden de bestuurlijke boeten niet meer opgelegd door middel van verhoging van belastingaanslagen maar bij afzonderlijke voor bezwaar vatbare boetebeschikkingen (zie hierna paragraaf 4.2.3).

De vraag is gesteld of de omstandigheid dat het vaststellen van een fiscale boete een 'criminal charge' vormt, zich verdraagt met het opleggen daarvan door de inspecteur. In BNB 1989/256 besliste de Hoge Raad dat artikel 6 EVRM geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de inspecteur een verhoging op te leggen, ongeacht de hoogte ervan.[127] Het EHRM zit op dezelfde lijn: in *Bendenoun* overwoog het Hof dat de staten vrij moeten zijn vervolging en bestraffing over te laten aan de belastingdiensten, zelfs als het om grote als straf opgelegde verhogingen gaat. Dit is niet in strijd met artikel 6 EVRM 'so long as the taxpayer can bring any such decision affecting him before a court that affords the safeguards of that provision'.[128] Uit *Västberga Taxi AB* blijkt dat daarvan sprake is als de rechter alle juridische en feitelijke

126 De belasting zonder verhoging werd de 'enkelvoudige belasting' genoemd.
127 HR 3 mei 1989, nr. 25723, BNB 1989/256, ECLI:NL:HR:1989:ZC4031.
128 EHRM 24 februari 1994, nr. 3/1993/398/476, BNB 1994/175 (*Bendenoun*).

aspecten van de zaak mag onderzoeken, waaronder de waardering van het bewijs, en bevoegd is de beslissing van het bestuursorgaan te vernietigen.

Teneinde te voorkomen dat de inspecteurs (te) verschillend gebruik zouden maken van hun kwijtscheldingsbevoegdheid heeft de Belastingdienst op dit punt beleid ontwikkeld, ook al voor de inwerkingtreding van de AWR. Na invoering van de AWR werden die beleidsregels neergelegd in achtereenvolgende edities van de Leidraad administratieve boeten,[129] in het Voorschrift administratieve boeten 1993, en het – herhaaldelijk gewijzigde – BBBB. Nog in 1985 (*BNB* 1986/29) overwoog de Hoge Raad dat dergelijke beleidsregels geen rechtsregels inhouden. In *BNB* 1990/194 oordeelde de Hoge Raad echter (ten aanzien van de Leidraad administratieve boeten 1984) dat weliswaar geen sprake is van algemeen verbindende voorschriften maar wel van 'recht' in de zin van artikel 99, eerste lid, onder 2, – thans artikel 79, eerste lid, onderdeel b, – van de Wet op de rechterlijke organisatie,[130] en sindsdien worden de beleidsregels volledig door hem getoetst. Het met ingang van 1 januari 2014 geldende beleid voor het opleggen van fiscale boeten bij het heffen van belastingen is te vinden in de versie van het BBBB gepubliceerd in *Stcrt.* 2013, 35876.[131] Het door de ontvanger te voeren beleid bij het opleggen van verzuimboeten op grond van artikel 63b Invorderingswet 1990, is te vinden in de Leidraad invordering 2008.

Bij het opleggen van boeten dient de inspecteur de beleidsregels uiteraard toe te passen. Dit uitgangspunt is gecodificeerd in artikel 4:84 Awb en is ook terug te vinden in het BBBB. Paragraaf 6, onderdeel 1, van het BBBB begint met 'Bij het opleggen van een boete gaat de inspecteur uit van de percentages of bedragen vermeld in het besluit'. Beleidsregels zoals het BBBB binden de overheid jegens belanghebbenden op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Belanghebbenden kunnen nakoming van het BBBB zo nodig bij de rechter afdwingen met een beroep op het vertrouwensbeginsel. Het BBBB is een uitgebreid voorschrift. Het kent meer dan 40 paragrafen die soms uiterst gedetailleerd weergeven hoe hoog een op te leggen boete moet zijn. Sommige bepalingen van het BBBB zijn echter betrekkelijk nietszeggend (zie bijvoorbeeld paragraaf 8, onderdeel 10) en sommige bepalingen zijn zelfs onbegrijpelijk of 'trappen een open deur in'.[132] Op sommige punten ontbreken regels waar dit naar het mij voorkomt wel gewenst zou zijn. Zo zijn er geen afzonderlijke inhoudelijke richtlijnen of voorschriften voor aan medeplegers, doen plegers, uitlokkers, medeplichtigen, feitelijk leidinggevers of opdrachtgevers op te leggen boeten.

De percentages en bedragen genoemd in het BBBB zijn uiteindelijk niet bindend voor de inspecteur. Dit volgt uit artikel 3:4, tweede lid, Awb (evenredigheidsbeginsel) en

---

129 De eerste editie daarvan is de Leidraad administratieve boeten 1961.
130 HR 28 maart 1990, nr. 25668, *BNB* 1990/194, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258.
131 Besluit van 16 december 2013, nr. BLKB2013/1814M, *Stcrt.* 2013, 35876.
132 Zie bijvoorbeeld paragraaf 28e, onderdeel 2, BBBB, een bepaling die inhoudelijk vergelijkbaar is met een regeling inhoudende dat de automobilist niet bestraft wordt indien hij stopt voor een rood licht uitstralend verkeerslicht.

artikel 4:84 Awb (inherente matigingsbevoegdheid) maar staat ook expliciet in het BBBB zelf. In paragraaf 6 wordt erop gewezen dat rekening moet worden gehouden met strafverminderende en strafverzwarende omstandigheden en dat de inspecteur gelet hierop uiteindelijk niet gebonden is aan vaste percentages en bedragen. Voor de strafverzwarende en -verminderende omstandigheden wordt in paragraaf 6 verwezen naar paragraaf 7 (strafverminderend) en paragraaf 8 (strafverzwarend) van het BBBB. Op een aantal punten is met name paragraaf 7 aan de terughoudende kant geformuleerd, bijvoorbeeld als het gaat om belastingen met een 'zakelijk' karakter.[133]

De in paragraaf 8 BBBB gemelde strafverzwarende omstandigheid 'recidive' is vanzelfsprekend. In aanmerking nemende dat een vergrijpboete in beginsel bepaald wordt als percentage van de belasting, geldt dit mijns inziens niet voor de omstandigheid dat het gaat om een belastingbedrag dat 'verhoudingsgewijs omvangrijk' is (paragraaf 8, onderdeel 8). In een uitspraak van 10 juni 2010 werd deze omstandigheid door de belastingrechter niet als strafverzwarend aanvaard.[134]

Volgens het BBBB (paragraaf 6, onderdeel 5) ligt de stelplicht en bewijslast van strafverminderende factoren op de belanghebbende; dit lijkt mij als uitgangspunt juist en redelijk nu de belanghebbende in het algemeen gezien kan worden als partij die met dergelijke factoren bekend is. Vanuit dit oogpunt – en ook bezien vanuit de in afdeling 3.2. Awb voorgeschreven zorgvuldige voorbereiding en belangenafweging – is het evenzeer juist dat paragraaf 6, onderdeel 5, BBBB bepaalt dat de inspecteur geen ambtshalve onderzoek hoeft in te stellen naar strafverminderende factoren, maar de inspecteur wel voorschrijft bij de boeteoplegging rekening te houden met bijzondere factoren waarvan hij op de hoogte is.

De wettelijke bepalingen en het beleidsvoorschrift laten de inspecteur dus alle ruimte. In de praktijk bestaat echter de indruk dat boeteoplegging in veel gevallen toch wordt behandeld als een 'aanhangsel' bij het heffingsproces waarbij in verreweg de meeste gevallen niet wordt afgeweken van de 'percentages en bedragen' van het BBBB; dat het bij het opleggen van een boete in een concreet geval niet zozeer een op de individuele casus toegespitste afweging betreft maar een betrekkelijk standaard volgen van die 'percentages en bedragen'. Voor de verzuimboeten wordt dit mede veroorzaakt door de omstandigheid dat het veelal gaat om 'door het systeem' opgelegde boeten.[135] Een rol kan ook spelen dat afwijken van de 'standaard' gezien wordt als iets dat het risico meebrengt dat dit in andere zaken moet worden uitgelegd omdat daar een beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt gedaan. Het is mijn indruk dat meer aandacht voor (de hoogte van) de boeten het aantal conflicten (en procedures) daaromtrent zou kunnen verminderen. Boeten treffen belanghebbenden vaak hard, door het verwijt dat hun gemaakt wordt en ook door de

133 Volgens paragraaf 7, onderdeel 10, BBBB 'zal er niet snel reden zijn de boete te verminderen bij niet of niet binnen de termijn afgedragen loonbelasting of bij niet of niet binnen de termijn voldane omzetbelasting'.

134 Gerechtshof Amsterdam 10 juni 2010, nr. 08/00130, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM7667.

135 Zie ook paragraaf 6, onderdeel 3, BBBB: 'Bij de meeste verzuimboeten zal, vanwege de wijze van oplegging, individueel getinte straftoemeting eerst in bezwaar aan de orde kunnen komen.'

daarmee gemoeide bedragen. Ook als het om verzuimboeten gaat, zijn die bedragen inmiddels aanzienlijk,[136] en is het de vraag of de geautomatiseerde oplegging 'door het system' wenselijk is. In dit verband is het naar mijn mening jammer dat de in de jaren negentig van de vorige eeuw aanvankelijk levende gedachte belastingheffing en boeteoplegging te scheiden in die zin dat daarmee afzonderlijke van elkaar onafhankelijke bestuursorganen zouden worden belast (onderscheidenlijk de inspecteur en de boete-inspecteur) het door weerstand in het parlement niet tot wet heeft gebracht.[137] Met de invoering van de Vierde tranche Awb is de in de jaren negentig voor belastingzaken verworpen functiescheiding in beginsel juist voorgeschreven (artikel 10:3, vierde lid, Awb).[138] De invoering van die bepaling heeft niet tot een echte herbezinning op de wenselijkheid van het instituut van de boete-inspecteur geleid, maar tot een zonder inhoudelijk discussie opnemen in artikel 67pb van de AWR van een afwijking op de hoofdregel.[139]

## 4.2 De toetsing door de belastingrechter

### 4.2.1 *Een marginaal begin*

In de eerste paragraaf van hoofdstuk 3 is weergegeven dat het in de eerste decennia van het bestaan van de AWR in feite aan de belanghebbende was om zijn onschuld te bewijzen indien hij werd geconfronteerd met een 100 procent-verhoging bij navordering of naheffing. Hij diende de feiten en omstandigheden te stellen en bij betwisting door de inspecteur aannemelijk te maken op grond waarvan de uitzondering op de hoofdregel – geen verhoging van 100 procent – toepassing kon vinden. Slaagde de belanghebbende niet in die bewijslast, en moest er derhalve in rechte van uit worden gegaan dat terecht was nagevorderd of nageheven met een verhoging van 100 procent, dan bestond er voor de rechter slechts een beperkte mogelijkheid de verhoging te verminderen.

Tegen het door de inspecteur ten aanzien van de 100 procent-verhoging genomen kwijtscheldingsbesluit stond weliswaar beroep open bij de belastingrechter maar de toetsingsmogelijkheid werd beperkt door artikel 27, tweede lid, AWR (oud). Ingevolge die bepaling kon beroep tegen het kwijtscheldingsbesluit slechts worden ingesteld:

> 'ter zake dat de inspecteur:
> a. van de bevoegdheid tot het geheel of gedeeltelijk niet verlenen van kwijtschelding kennelijk tot een ander doel gebruik heeft gemaakt dan tot de doeleinden, waartoe die bevoegdheid gegeven is;

136 Ook in vergelijking met door de strafrechter opgelegde boeten.
137 Zie *Kamerstukken I* 1995/96, 23470, nr. 233a, p. 2, *Kamerstukken II* 1996/97, 24800, nr. 5, p. 13.
138 Althans indien de 'zware procedure' van art. 5:53 Awb gevolgd moet worden.
139 Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 154 en *Kamerstukken II* 2006/07, 31124, nr. 3, p. 67.

b. bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit heeft kunnen komen;
c. anderszins heeft besloten in strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur'.

Zeker als daarbij in ogenschouw wordt genomen dat de bescherming die de beginselen van behoorlijk bestuur de belanghebbende boden in de jaren zestig van de twintigste eeuw nog pas in de kinderschoenen stond, was de aan de rechter gelaten ruimte voor toetsing van de na kwijtschelding resterende omvang van de verhoging uiterst beperkt. In een beroepschrift in cassatie tegen een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam (kenbaar uit BNB 1984/250) betoogde de staatsecretaris met zoveel woorden dat de wetgever in artikel 27 AWR een marginaal toetsingsrecht heeft willen creëren.

Het was in beginsel voorbehouden aan de inspecteur om een afweging te maken of – en zo ja in hoeverre – de verhoging moest worden kwijtgescholden. Ingrijpen door de rechter was in wezen alleen mogelijk als de inspecteur de hem in de besluiten van de staatsecretaris van Financiën op het gebied van het kwijtscheldingsbeleid[140] gegeven ruimte te buiten ging.

Bij de 'lichte' verhogingen op grond van artikel 9 AWR en van 10 procent bij naheffing, vond de wetgever het niet nodig de rechter ook maar deze marginale ruimte tot ingrijpen te geven. Ter toetsing door de rechter stond, als het om de vraag ging of terecht een 'lichte' verhoging was opgelegd, dus slechts of te laat aangifte was gedaan dan wel of de grondslag voor de verhoging bij naheffing niet te hoog was vastgesteld. Enige matigingsmogelijkheid was in de wet niet voorzien. Het wettelijke systeem was derhalve als volgt samen te vatten: geen rechterlijke toetsing van de omvang van de 'lichte' verhogingen, marginale toetsing van de omvang van de 'zware' verhogingen.

### 4.2.2 *Naar volle toetsing*

Het ontbreken van een wettelijke mogelijkheid de 'lichte' verhogingen te matigen heeft de belastingrechter er uiteindelijk niet van weerhouden dit toch te doen. Het Gerechtshof Arnhem oordeelde in 1978 dat de taak van de rechter niet beperkt is tot de vraag of de inspecteur gebleven is binnen de grenzen van de wet, en zag voor ingrijpen ook plaats indien de wijze waarop de inspecteur zijn bevoegdheid heeft gehanteerd anderszins in strijd kwam met het recht. In cassatie voerde de staatssecretaris aan de beslissing van het hof onbegrijpelijk te vinden en dat het in strijd was met de wet het verhogingspercentage van 10 procent te toetsen aan de redelijkheid. De Hoge Raad oordeelde echter dat voor ingrijpen van de belastingrechter 'evenzeer plaats is indien de wijze waarop de inspecteur zijn bevoegdheden heeft gehanteerd (...) in strijd is met het recht, doordat daarbij niet is gehandeld in overeenstemming met de beginselen van behoorlijk bestuur welke daarbij moeten worden in acht genomen', waarbij hij rekening hield met de voortgeschreden

140 Neergelegd in de Leidraad administratieve boeten inzake rijksbelastingen (beschikking van 17 oktober 1961, no. B61/1061) en zijn opvolgers.

rechtsontwikkeling sinds de totstandkoming van de AWR.[141] Ook een beroep van de staatssecretaris op de artikelen 5, 11 en 12 van de Wet Algemene bepalingen had bij de Hoge Raad geen succes.[142]

De marginale mogelijkheid die de wetgever de rechter had gegeven om de (na gedeeltelijke kwijtschelding resterende) verhogingen te matigen werd aanvankelijk door de belastingrechter gerespecteerd. Nog in 1977 oordeelde de Hoge Raad dat de belastingrechter bij een beroep tegen het kwijtscheldingsbesluit zijn eigen waardering van de omstandigheden niet in de plaats van die van de inspecteur mocht stellen.[143] Aanvankelijk leek het er dus op dat de belastingrechter bij het ontbreken van enige wettelijke toetsingsmogelijkheid verder ging in de waardering van de opgelegde verhoging dan indien de wet hem een beperkte toetsingsmogelijkheid gaf.[144] Op 19 juni 1985 (BNB 1986/29) oordeelde de Hoge Raad echter dat het opleggen van een verhoging van 100 procent moest worden aangemerkt als strafvervolging in de zin van artikel 6, eerste lid, EVRM zodat de belastingplichtige aan wie de verhoging is opgelegd recht heeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie, en dat indien toepassing van de beleidsregels met betrekking tot het gebruik van het kwijtscheldingsbesluit 'leiden tot een verhoging welke bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet kon worden opgelegd, of anderszins in strijd is met enig beginsel van behoorlijk bestuur, [de rechter] bevoegd is de verhoging te verminderen'. Voor zover in BNB 1986/29 nog het aanvaarden van enige beperking van de rechterlijke toetsing te lezen valt (de Hoge Raad overwoog in dit arrest nog dat 'in artikel 27, tweede lid, AWR aan de rechterlijke toetsing zekere beperkingen [zijn] gesteld'), dan lijkt die beperking in BNB 1990/102 volledig ter zijde te worden geschoven. De Hoge Raad leest in artikel 27, tweede lid, AWR ruime mogelijkheden tot inhoudelijke toetsing van het kwijtscheldingsbesluit door de rechter, die in zijn onderzoek alle omstandigheden van het geval in aanmerking mag nemen.[145] Al in BNB 1986/29 overwoog de Hoge Raad dat als de (al dan niet na gedeeltelijke kwijtschelding resterende) verhoging naar het oordeel van de rechter te hoog is, hij zelfstandig een kwijtscheldingsbesluit (BNB 1986/29) neemt. Voorts kwam vast te staan dat de rechter daarbij niet gebonden is aan de voor de inspecteurs geldende beleidsregels,[146] en ook niet beperkt werd door het standpunt dat van de zijde van belanghebbende was ingenomen.[147] Hierdoor ontstond in wezen een situatie waarin de belastingrechter in volle omvang zelfstandig was gaan beoordelen of de (na kwijtschelding overblijvende) verhoging alle omstandigheden in aanmerking nemende passend was.

---

141 HR 23 mei 1979, nr. 18984, BNB 1979/250, ECLI:NL:HR:1979:AX2738.
142 HR 5 oktober 1983, nr. 21679, BNB 1984/140, ECLI:NL:HR:1983:AW8786.
143 HR 8 juni1977, nr. 18336, BNB 1977/169, ECLI:NL:HR:1977:AX3372.
144 In zijn noot onder BNB 1979/250 spreekt Hofstra over omkering van het wettelijk systeem.
145 HR 20 december 1989, nr. 25469, BNB 1190/102, ECLI:NL:HR:1989:ZC4182.
146 HR 31 oktober 1990, nr. 26420, BNB 1990/346, ECLI:NL:HR:1990:ZC4428, met dien verstande dat de rechter niet minder mag kwijtschelden dan de beleidsregels de inspecteur voorschrijven.
147 HR 4 januari 1991, nr. 27272, BNB 1992/221, ECLI:NL:HR:1991:ZC4801.

### 4.2.3 *Een nieuw wettelijk stelsel*

Het door de wetgever in de jaren vijftig van de vorige eeuw beoogde stelsel waarin de rechter niet bevoegd was de 'lichte' verhogingen te matigen en voor de omvang van de kwijtschelding van 100 procent-verhogingen slechts een beperkte – marginale – toetsingsbevoegdheid was gegeven, was door een op de rechtsontwikkeling en het EVRM gebaseerd ingrijpen van de belastingrechter[148] gedeeltelijk buiten werking gesteld[149] en vervangen door een stelsel van volledige rechterlijke beoordeling van de opgelegde sanctie. De wettekst gaf echter nog steeds de in de jaren vijftig door de wetgever beoogde regeling weer en was dan ook ernstig verouderd. Nadat een eerste aanzet daartoe was gestrand[150] en meerdere commissies advies hadden uitgebracht,[151] werd met ingang van 1 januari 1998 de AWR ingrijpend gewijzigd.[152] Daaraan voorafgaand werd van de Aanpassingswet AWB III gebruikgemaakt om artikel 27 AWR met zijn beperking van de rechterlijke toetsingsruimte al per 1 januari 1994 te laten vervallen. Blijkens de parlementaire geschiedenis omdat die bepaling geen betekenis meer had 'aangezien de belastingrechter niet marginaal maar volledig toetst'.[153]

De sancties werden na de ingrijpende wijziging van de AWR niet meer opgelegd door middel van verhoging van belastingaanslagen maar bij afzonderlijke voor bezwaar vatbare boetebeschikkingen, en de belangrijkste bepalingen over de fiscale boeten werden opgenomen in een nieuw hoofdstuk van de AWR (hoofdstuk VIIIA), dat zowel de belangrijkste beboetbare feiten als de formele voorschriften voor het opleggen van boeten bevatte. Met de invoering van de Vierde tranche van de Awb per 1 juli 2009 zijn de meeste op het opleggen van boeten betrekking hebbende formele bepalingen in de AWR vervallen en geeft afdeling 2 van hoofdstuk VIIIA nog slechts aanvullende bepalingen voor het opleggen van fiscale boeten.

### 4.2.4 *'Passend en geboden'*

De wettelijke bepalingen in de belastingwetgeving waarin de beboetbare feiten worden omschreven geven alle alleen het maximum aan van de door de inspecteur op te leggen boete. Het maximum is daarbij hetzij omschreven als een bedrag (bijvoorbeeld in artikel 67a AWR: ten hoogste € 4920), hetzij als een percentage (bijvoorbeeld in artikel 67d AWR: ten hoogste 100% van de in het tweede lid omschreven grondslag). Artikel 5:46, tweede lid, Awb schrijft het bestuursorgaan in dergelijke gevallen voor de bestuurlijke boete af te stemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. De tweede volzin van het artikellid bepaalt voorts dat het bestuursorgaan 'daarbij zo nodig rekening [houdt] met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd'. Opvallend

---

148 Welk ingrijpen Hofstra in zijn noot onder *BNB* 1979/250 nog 'staatsrechtelijk onjuist' achtte.
149 *Kamerstukken I* 1995/96, 23470, nr. 233b, p. 1.
150 *Kamerstukken* 21058.
151 De Adviescommissie herziening fiscaal boetestelsel (commissie-Van Slooten) en de Werkgroep voor aspecten van rechtsbescherming in het belastingrecht.
152 *Stb.* 1997, 737.
153 *Kamerstukken II* 1993/94, 23258, nr. 5, p. 99.

is dat artikel 5:46 Awb niets meldt over de omstandigheden ten tijde van het opleggen of beoordelen van de opgelegde boete. Bij beboeting gaat het immers om leedtoevoeging en bij de vraag hoeveel leed een overtreder moet worden toegevoegd is mede bepalend hoe zwaar de boete hem treft. De (persoonlijke) omstandigheden ten tijde van het opleggen c.q. beoordelen van de boete zijn daarbij uiteraard van wezenlijk belang. Toetsing van de mate van leedtoevoeging 'ex nunc' is derhalve vereist maar dit komt in de tekst van artikel 5:46 Awb niet naar voren. Overigens zijn in de parlementaire geschiedenis van het wetsvoorstel Vierde tranche Awb aanwijzingen te vinden dat de wetgever de situatie ten tijde van de oplegging c.q. beoordeling van de boete niet buiten aanmerking heeft willen laten. In de memorie van toelichting is bijvoorbeeld opgenomen 'Bij de beoordeling van de evenredigheid van de in concreto op te leggen of opgelegde boete moeten bestuur en rechter zo nodig rekening houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. *In voorkomende gevallen kan daarbij, in lijn met artikel 24 WvSr, ook de draagkracht van de overtreder een rol spelen.*' [cursivering FJH].[154,155]

De parlementaire geschiedenis van artikel 5:46 Awb stelt voorts weliswaar voorop dat het bij de rechterlijke toetsing van bestuurlijke boeten niet slechts gaat om de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn oordeel kon komen, maar lijkt zich (toch) niet helemaal los te maken van de beginselen van behoorlijk bestuur en ook overigens enige slagen om de arm te houden. In de memorie van toelichting staat namelijk [cursivering FJH]:

> 'Dergelijke besluiten [tot het opleggen van een bestuurlijke boete, FJH] dient de rechter niet marginaal, maar volledig aan het *evenredigheidsbeginsel* te toetsen (...). Dit wil zeggen dat de rechter zijn eigen oordeel over de hoogte van de boete in de plaats *mag* stellen van het oordeel van het bestuursorgaan. (...) eventuele beleidsregels over de hoogte van de boete [hebben] het karakter (...) van wetsinterpreterende beleidsregels, waaraan de rechter *in beginsel* niet is gebonden.'[156]

Voor de fiscale praktijk heeft de invoering van artikel 5:46 Awb geen gevolgen gehad. Voor en na de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb is de belastingrechter op zoek naar de boete die hem in het gegeven geval juist voorkomt waarbij hij alle factoren in aanmerking neemt, ook financiële en andere persoonlijke omstandigheden, en ook omstandigheden van *na* de overtreding. Voorbeelden hiervan zijn de uitspraken van het Gerechtshof Arnhem van 2 juni 1999, nr. 97/21859 (alle van belang zijnde factoren werden afgewogen waaronder belanghebbendes financiële omstandigheden[157]) en van het Gerechtshof Amsterdam van 5 januari 2009, nr. 07/00472[158] (rekening werd gehouden met belanghebbendes sinds het begaan

---

154 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 141.

155 Verdedigd kan worden dat indien de rechter een boetebeschikking vernietigt, ook het bepaalde in art. 8:72a Awb meebrengt dat hij 'ex nunc' toetst welke leedtoevoeging gepast is.

156 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 141.

157 Waartoe ook de onderhavige naheffingsaanslag werd meegenomen. ECLI:NL:GHARN:1999:AA1407, *V-N* 1999/39.5.

158 ECLI:NL:GHAMS:2009:BG9490.

van de overtredingen wezenlijk veranderde financieel-economische positie en zijn gezondheidstoestand). Illustratief is een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 9 juni 2011, nr. 09/00776.[159] Omtrent belanghebbendes persoonlijke omstandigheden ten tijde van de zitting was komen vast te staan dat zij alleen met haar drie kinderen (een peuter van 1 jaar en twee schoolgaande kinderen) een huishouding voerde, dat haar netto-inkomen per maand ongeveer € 1.600 bedroeg, haar huurlasten ongeveer € 600 per maand beliepen en dat zij na aftrek van overige vaste lasten € 200 à € 300 per maand vrij te besteden had. Het hof achtte de door de inspecteur vastgestelde boete op zichzelf passen bij het door belanghebbende begane feit maar vond in die persoonlijke omstandigheden van belanghebbende aanleiding de boete tot een kwart terug te brengen.

In de uitspraak 07/00472 is ook de regelmatig tot boetevermindering aanleiding gevende omstandigheid terug te vinden dat sprake is van op hetzelfde feitencomplex terug te voeren cumulatie van boeten waardoor de belanghebbende (feitelijk) meerdere malen in zijn vermogen wordt getroffen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een situatie dat zowel een bv als haar directeur-enig aandeelhouder geconfronteerd wordt met navorderingsaanslagen (in respectievelijk de vennootschaps- en inkomstenbelasting) en met boeten wegens het ten onrechte verzwijgen van een winstuitdeling. Ook als het gaat om verzuimboeten worden alle factoren in aanmerking genomen, zie bijvoorbeeld Rechtbank Haarlem 10 augustus 2011, nr. 11/808[160] (boete van € 2.460 wegens niet doen van aangifte voor kleine bv met geringe resultaten en omzet ondanks recidive tot € 1.250 verminderd).

De belastingrechter is op zoek naar de boete die hem 'passend en geboden' voorkomt. Bezien we welke omstandigheden de belastingrechter daarbij allemaal in aanmerking neemt dan is dit niet anders dan wat de strafrechter doet als hij een straf bepaalt 'op grond van de ernst van het feit, de omstandigheden waaronder het feit is begaan en de persoon van de verdachte'.

Met name als het gaat om de persoonlijke omstandigheden van de beboete persoon is daarbij niet op voorhand aan te geven in welke mate bepaalde omstandigheden tot boetevermindering aanleiding geven. Een en ander is sterk afhankelijk van de waardering van de omstandigheden door de behandelende rechters. De belastingrechter maakt op grond van zijn waardering van de omstandigheden een op de hem voorgelegde casus toegespitste afweging. Vanuit een oogpunt van consistente straftoemeting zullen rechters daarbij – uiteraard – acht proberen te slaan op hetgeen zij in vergelijkbare gevallen hebben beslist en wordt (al dan niet impliciet) ook wel gekeken naar de strafverminderende en -vermeerderende factoren in fraudezaken opgesomd in de 'Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken',[161] maar

---

159 ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2410.

160 ECLI:NL:RBHAA:2011:BR6249.

161 www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-strafrecht/Documents/Orientatiepunten-en-afspraken-LOVS.pdf.
Die factoren zijn:
- de duur van de gedraging;
- de mate waarin de verdachte door de overtreding voordeel heeft verkregen;
- de verdachte heeft de gedraging uit eigen beweging beëindigd;

de praktijk is dat juist als het gaat om persoonlijke omstandigheden geen geval gelijk is. De belastingrechters hebben terzake tot op heden geen richtlijnen geformuleerd. Overigens bieden de voor het strafrecht bestaande richtlijnen veel ruimte. Bij een fraudezaak met een benadelingsbedrag tot € 10.000 geldt bijvoorbeeld als oriëntatiepunt een straf van één week tot twee maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf of taakstraf.

### 4.2.5 *Geen binding rechter aan beleidsregels*

De belastingrechter acht zich in het zoeken naar een boete die passend en geboden is op geen enkele wijze ten nadele van de overtreder gebonden door beleidsregels opgesteld door het bestuursorgaan. Reeds in 1988 overwoog de Hoge Raad immers:

> 'dat de rechter die, (...), na gegrondbevinding van het tegen een kwijtscheldingsbesluit van de Inspecteur ingestelde beroep, zelfstandig bepaalt in welke mate de opgelegde verhoging voor kwijtschelding in aanmerking komt, niet een – door bedoelde beginselen beheerste – bestuurstaak vervult, maar een rechterlijke taak, op de uitoefening waarvan niet die beginselen van toepassing zijn.'[162]

Niet verwonderlijk is dan ook dat de Hoge Raad in een arrest van 2013 op een cassatiemiddel van de staatsecretaris overwoog dat de rechter bij de vaststelling van de sanctie niet verplicht is deze te berekenen op basis van een percentage van de verschuldigde belasting,[163] en dat een recente poging van de staatsecretaris in een 'KB-Luxzaak' een vermindering van de boete door het Gerechtshof 's-Gravenhage in cassatie te bestrijden met een beroep op bepalingen in het BBBB en uitspraken in KB-Luxzaken van andere gerechtshoven, geen succes had. De Hoge Raad overwoog in de laatstbedoelde zaak – onder verwijzing naar het hiervoor aangehaalde arrest uit 1988 – dat:

> '(...) moet worden vooropgesteld dat een oordeel van de feitenrechter over de vraag welke hoogte van een boete gelet op de ernst van het beboetbare feit en de overige

---

- de mate waarin het ontstane nadeel ongedaan is gemaakt;
- de rol van de verdachte ten opzichte van mededaders;
- of de verdachte een natuurlijke persoon of een rechtspersoon betreft;
- de mate waarin de verdachte medewerking heeft verleend aan het onderzoek;
- de mate waarin de gedraging heeft geleid tot marktverstoring;
- de mate waarin door de gedraging het vertrouwen in de markt is geschaad;
- de financiële draagkracht van de verdachte;
- recidive(gevaar);
- de duur van de strafprocedure;
- de verdachte heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf;
- [het] type slachtoffer (professional, leek, overheidsinstantie) en de rol van het slachtoffer bij de gedraging;
- [of] aan de verdachte is een bestuursrechtelijke maatregel (niet zijnde een bestuurlijke boete voor hetzelfde feit als bedoeld in art. 5:44 Awb) opgelegd (bijvoorbeeld intrekking vergunning, last onder dwangsom).

162 HR 23 april 1988, nr. 24788, BNB 1989/29, ECLI:NL:HR:1988:ZC3938.

163 HR 15 maart 2013, nr. 12/00097, ECLI:NL:HR:2013:BY6057.

in aanmerking komende omstandigheden van het geval passend en geboden is, als verweven met waarderingen van feitelijke aard in cassatie slechts beperkt toetsbaar is. Verder moet worden vooropgesteld dat de rechter bij het geven van een dergelijk oordeel zelfstandig de strafmaat dient te bepalen en daarbij dus niet is gebonden aan beleidsregels van de belastingdienst, waarop in de toelichting op het middel een beroep wordt gedaan.'[164]

Een volledig zelfstandige beoordeling door de rechter derhalve van de vraag welke boete op zijn plaats is, zonder binding (ten nadele van de belanghebbende) aan beleidsregels of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en in elk geschil waarin een boete onderwerp van het geding is. Dat hier niet slechts sprake is van theorie blijkt uit een grote reeks van uitspraken van de belastingrechter. Ter illustratie kan worden gewezen op een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam waarin het rechtstreeks op paragraaf 8, onderdeel 8, derde volzin, BBBB gebaseerde betoog van de inspecteur werd verworpen inhoudende dat de omstandigheid dat sprake was van een (verhoudingsgewijs) omvangrijk bedrag aan belasting dat te weinig was geheven, een strafverzwarende omstandigheid vormt die een boete van 100 procent in plaats van 50 procent zou rechtvaardigen,[165] en op twee uitspraken uit 2013 inzake naheffing van motorrijtuigenbelasting waarin vaststond dat een boete was opgelegd overeenkomstig de geldende beleidsregels maar de Rechtbank Gelderland[166] c.q. het Gerechtshof Amsterdam[167] in de omstandigheden van het geval reden vond de boete te verminderen tot ongeveer een tiende van de opgelegde boete.

### *4.2.6 Beperkingen aan de rechterlijke vrijheid*

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Vierde tranche Awb wordt opgemerkt: 'Op één punt is de vrijheid van de bestuursrechter wel beperkt: hij kan geen hogere boete opleggen dan het bestuursorgaan heeft gedaan', hetgeen gemotiveerd wordt vanuit het in het bestuursprocesrecht geldende verbod van 'reformatio in peius'.[168] Bij de modernisering van het fiscale boeterecht in de jaren negentig van de vorige eeuw is ook voor dit uitgangspunt gekozen maar niet nadat aanvankelijk was voorgesteld de rechter – naar analogie van hetgeen geldt voor door het OM gevorderde straffen in het strafrecht – die bevoegdheid wel te geven.

Het is overigens onjuist dat de ruimte van de rechter maar op één punt wordt beperkt. De rechter is namelijk in zoverre aan beleidsregels gebonden dat hij hiervan niet mag afwijken 'ten nadele' van de belanghebbende die een beboetbaar feit heeft begaan. In een tweetal arresten uit 1990 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het de rechter

---

164 HR 7 juni 2013, nr. 12/01565, ECLI:NL:HR:2013:CA2232.

165 Gerechtshof Amsterdam 10 juni 2010, nr. 08/00130, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM7667. Het hof overwoog daartoe dat in de omstandigheid dat de grondslag voor de boete gevonden wordt in de aanslag, immers al een directe relatie lag met de omvang van het aan de orde zijnde belastingbedrag.

166 Rb. Gelderland 7 mei 2013, nr. AWB 12/5751, ECLI:NL:RBGEL:2013:BZ9260.

167 Gerechtshof Amsterdam 14 februari 2013, nr. 12/00667, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ2203.

168 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 141.

niet vrijstaat 'gesteld voor de taak zelfstandig een beslissing tot kwijtschelding te nemen, de opgelegde verhoging voor een geringer gedeelte kwijt te schelden dan de Leidraad aan de inspecteur voorschrijft';[169] vertaald naar het moderne boeterecht komt dit erop neer dat een boete niet 'passend en geboden' is als deze hoger is dan de boete die volgens beleidsregels in het gegeven geval wordt opgelegd. In zoverre is er derhalve verschil met het gewone strafrecht; de strafrechter mag immers wel ten nadele van de verdachte afwijken van de richtlijnen van het OM. De hiervoor gememoreerde twee beperkingen van de rechterlijke vrijheid worden niet als een probleem ervaren. Behoefte om 'naar boven' af te wijken van de door de inspecteur opgelegde of de hem in beleidsvoorschriften voorgeschreven boete bestaat er voor zover ik kan overzien in de praktijk van de belastingrechter eigenlijk niet. Voor de dagelijkse rechtspraktijk is evenmin een probleem of de rechter de boete aan het BBBB mag toetsen indien belanghebbende zich niet op dat besluit heeft beroepen. In *BNB* 1990/194 overwoog de Hoge Raad weliswaar dat 'gelet op de aard van de door een bestuursorgaan vastgestelde beleidsregels, en met name ook op de grondslag waarop zij dat orgaan binden, de rechter niet tot ambtshalve toepassing ervan is gehouden', maar de belastingrechter is vanuit zijn praktijk bekend met het BBBB en het is feitelijk ondenkbaar dat hij zoekende naar een boete die hij 'passend en geboden' acht, ook zonder (expliciete) toetsing aan het BBBB uitkomt op een hogere boete dan dat besluit de inspecteurs voorschrijft.

### 4.2.7 *Redelijke termijn en de hoogte van de boete na 'omkering'*

Bij het bepalen van de strafmaat in fiscale boetezaken spelen veelvuldig twee factoren die meer met de duur en de aard van de procedure te maken hebben dan met de persoonlijke omstandigheden van de betrokken belanghebbende.

In de eerste plaats is er de omstandigheid dat nu sprake is van een 'criminal charge' recht bestaat op afdoening binnen een redelijke termijn (artikel 6, eerste lid, EVRM). Bij de vraag of de redelijke termijn is overschreden kijkt de belastingrechter naar dezelfde factoren als de strafrechter: de ingewikkeldheid van de zaak, de invloed die de belanghebbende en zijn gemachtigde hebben gehad op het procesverloop, en de wijze waarop de zaak is behandeld door de inspecteur en de rechter.[170] In de praktijk wordt ook wel gekeken naar het belang van de zaak.[171]

Wordt de redelijke termijn overschreden dan dient dit te leiden tot vermindering van de boete, tenzij sprake is van relatief geringe boeten. Duurt de berechting in de cassatieprocedure te lang dan vermindert de Hoge Raad de boete niet als die minder beloopt dan € 1.000; dan volstaat hij met het oordeel dat de geconstateerde

---

169 HR 20 maart 1990, nr. 25668, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258 en HR 31 oktober 1990, nr. 26420, ECLI:NL:HR:1990:ZC4428.

170 HR 22 april 2005, nr. 37984, *BNB* 2005/337, ECLI:NL:HR:2005:AO9006.

171 In navolging van het EHRM. In *Silva Pontes* (23 maart 1994, nr. 14940/89) overwoog het Hof: 'The reasonableness of the length of proceedings is to be determined in the light of the circumstances of the case and with reference to the criteria laid down in the Court's case-law, in particular the complexity of the case, the conduct of the applicant and of the relevant authorities and what was at stake for the applicant in the dispute.'

verdragsschending voldoende is gecompenseerd met de enkele vaststelling dat inbreuk is gemaakt op artikel 6, eerste lid, EVRM. Deze en de overige regels die de Hoge Raad hanteert voor de vermindering van de boete wegens overschrijding van de redelijke termijn zijn thans te vinden in het 'beleidsarrest' *BNB* 2009/144.[172] Dit arrest geeft geen regels voor de mate van vermindering van de boete in het geval dat de redelijke termijn in de feitelijke instanties is overschreden. Het Gerechtshof Amsterdam heeft dergelijke regels geformuleerd in zijn uitspraak van 2 juli 2009, nr. 04/03329.[173] Bij de behandeling van fiscale boetezaken hebben de andere gerechtshoven en de rechtbanken de uitgangspunten van het Gerechtshof Amsterdam overgenomen. De vraag of de redelijke termijn is overschreden dient de belastingrechter ambtshalve te onderzoeken. Van dat onderzoek hoeft echter uit de uitspraak alleen te blijken indien van de zijde van de belanghebbende is aangevoerd dat de redelijke termijn is overschreden, of indien er zoveel tijd is verstreken tussen de laatste gelegenheid van de belanghebbende om te klagen over de lengte van de behandeling en de uitspraak, dat zonder nadere motivering niet duidelijk is waarom de redelijke termijn niet is overschreden.[174] Dit doet zich met name voor indien de rechter niet binnen de wettelijke termijn van zes of eventueel twaalf weken uitspraak doet.

In de tweede plaats is er de veel voorkomende met het fiscale bewijsrecht samenhangende factor dat ingeval een belastingplichtige zijn fiscale verplichtingen niet is nagekomen hij geconfronteerd kan worden met een belastingaanslag die is vastgesteld met toepassing van de zogenoemde 'omkering van de bewijslast'. Het betreft hier de in paragraaf 3.6 besproken situatie dat een belanghebbende de zware bewijslast krijgt te doen blijken dat en zo ja in hoeverre de hem opgelegde belastingaanslag onjuist is. In *BNB* 2008/165 oordeelde de Hoge Raad weliswaar dat bij de vaststelling van de (vergrijp)boete het bedrag van de belasting niet opnieuw afzonderlijk wordt vastgesteld, maar tot de omstandigheden die de rechter in aanmerking moet nemen bij de beoordeling of een opgelegde vergrijpboete passend en geboden is, de wijze behoort 'waarop de hoogte van de verschuldigde belasting is komen vast te staan, waaronder ook valt de omstandigheid dat hiertoe de zogenoemde omkering van de bewijslast is toegepast'. Wordt een belastingaanslag vastgesteld met toepassing van de 'omkering van de bewijslast' dan kan dit er dus toe leiden dat het boetepercentage of -bedrag wordt verminderd.[175] Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat de belastingrechter bij met 'omkering van de bewijslast' vastgestelde belastingaanslagen aanvaardt dat deze (binnen redelijke grenzen) aan de hoge kant worden vastgesteld, teneinde te voorkomen dat de inspecteur door voorzichtig te schatten – objectief – een te laag bedrag in de heffing betrekt en de desbetreffende

---

172 HR 19 december 2008, nr. 42763, *BNB* 2009/144, ECLI:NL:HR:2008:BD0191.

173 ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ1298. Tot de door het gerechtshof geformuleerde uitgangspunten behoort dat boeten van minder dan € 200 niet worden verminderd.

174 HR *BNB* 2005/337.

175 De omstandigheid dat omkering en verzwaring van de bewijslast aan de orde is, *hoeft* overigens niet te leiden tot vermindering van de boete (HR 17 februari 2012, nr. 11/02251, ECLI:NL:HR:2012:BV5140). De rechter is echter wel gehouden van zijn beoordeling terzake in zijn uitspraak te doen blijken (HR 20 februari 2009, nr. 08/00928, ECLI:NL:HR:2009:BH3321).

belanghebbende op die wijze wordt 'beloond' voor het niet adequaat verschaffen van gegevens en inlichtingen.[176] Voor vermindering van het boetepercentage of -bedrag zal vooral aanleiding bestaan als de rechter de indruk heeft gekregen dat de belastingaanslag inderdaad 'aan de hoge kant' is vastgesteld.

### 4.2.8 *Minder actief dan de strafrechter*

In procedures voor de strafrechter is het gebruikelijk dat de strafrechter na een behandeling van de ten laste gelegde feiten de persoonlijke omstandigheden van de verdachte aan de orde stelt. De strafrechter vervult hier dus een actieve rol. De belastingrechter pleegt zich terughoudender op te stellen als het om de persoonlijke omstandigheden (waaronder begrepen: de financiële situatie) van de beboete belanghebbende gaat. Een actieve opstelling is althans op dit punt eerder uitzondering dan regel. In de praktijk wordt slechts rekening gehouden met persoonlijke factoren als die uit het dossier blijken of ter zitting worden aangevoerd. Voor deze min of meer lijdelijke houding bestaan mijns inziens geen juridische gronden. Het bestuursprocesrecht staat er niet aan in de weg (en het zou mijn voorkeur hebben) dat de belastingrechter ook op dit punt meer aansluiting zoekt bij zijn collega's die zich bezighouden met het strafrecht. In het bijzonder geldt niet dat indien de rechter uit zichzelf informeert naar persoonlijke omstandigheden hij buiten de rechtsstrijd zou treden. Tot de rechtsstrijd behoort de juistheid van de opgelegde boete – ook wat de hoogte daarvan betreft – en de rechter die actief vragen stelt met betrekking tot de persoonlijke omstandigheden maakt gebruik van de hem in artikel 8:69, derde lid, Awb geboden mogelijkheid de feiten aan te vullen.

176 Vgl. bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 14 februari 2013, nr. 11/00272, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ2280.

# 5 Afsluitend

## 5.1 Criminal charge – overige consequenties

Het besef dat het opleggen van een fiscale boete een 'criminal charge' vormt, heeft voor het fiscale procesrecht meer gevolgen gehad dan die beschreven in de voorafgaande hoofdstukken. Het gaat het bestek van dit preadvies te buiten om die gevolgen alle uitgebreid te beschrijven. Een aantal van de aan vorenbedoeld besef verbonden consequenties die wellicht ook buiten het belastingrecht van belang zijn, wil ik echter in dit hoofdstuk kort aan de orde stellen.

### 5.1.1 *Mededelingsplicht*

Degene tegen wie een 'criminal charge' wordt ingesteld dient onverwijld en in bijzonderheden op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging (artikel 6, derde lid, aanhef en onderdeel a, EVRM). In BNB 1990/102[177] oordeelde de Hoge Raad dat de gronden waarop het opleggen van de boete berust uiterlijk op het tijdstip van boeteoplegging aan de beboete moeten worden medegedeeld. In overeenstemming hiermee is in artikel 67g, tweede lid, AWR opgenomen dat mededeling van de in artikel 5:9 Awb bedoelde gegevens uiterlijk bij de boetebeschikking moet plaatsvinden. De mededeling moet zodanig zijn dat de betrokkene daaruit kan opmaken welke feiten hem verweten worden.

Uit het arrest BNB 1991/176[178] blijkt dat de Hoge Raad aan het niet voldaan zijn aan de mededelingsplicht de consequentie verbindt dat de boete moet vervallen. Is de boete eenmaal opgelegd dan kan niet meer aan de mededelingsplicht worden voldaan. De mededeling moet de feitelijke gedraging weergeven die de inspecteur de betrokkene verwijt. De juridische kwalificatie mag volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad (BNB 2001/272) in beginsel tijdens de bezwaar- en beroepsprocedure worden gewijzigd.[179] In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp Vierde tranche Awb wordt verdedigd dat schending van de mededelingsplicht niet zonder meer hoeft te leiden tot vervallen van de boete en wordt uit BNB 2001/272 de conclusie getrokken dat de Hoge Raad zich op dat punt wat soepeler lijkt op te stellen.[180] Mijns inziens is die conclusie onjuist. De mededelingsplicht ziet volgens de Hoge Raad op de gronden waarop het opleggen van de boete berust; op de feitelijke gedraging

177 HR 20 december 1989, nr. 25469, BNB 1990/102, ECLI:NL:HR:1989:ZC4182.
178 HR 19 december 1990, nr. 26576, BNB 1991/176, ECLI:NL:HR:1990:ZC4490.
179 HR 4 april 2001, nr. 35917, BNB 2001/272, ECLI:NL:HR:2001:AB0851.
180 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 93.

van de beboete die aanleiding tot beboeting geeft. Die gedraging moet de betrokkene tijdig worden medegedeeld. De juridische kwalificatie van die gedraging is een geheel andere kwestie. Ik acht het ook niet wenselijk dat getornd wordt aan de plicht de feiten uiterlijk bij het vaststellen van de boete mee te delen. Boeten worden door degenen die ermee geconfronteerd worden in het algemeen als belastend, niet zelden zelfs als kwetsend en stigmatiserend, ervaren. Het opleggen van een boete dient derhalve alleen plaats te vinden na een goede afweging en voorbereiding. Het accepteren van motivering 'achteraf' draagt het risico in zich dat die zorgvuldigheidseisen in het gedrang komen en te snel tot boetoplegging wordt overgegaan. Ambtenaren die boeten vaststellen dienen zich de 'impact' daarvan op de beboete te realiseren. Een zorgvuldig proces van boeteoplegging is er niet mee gediend als de rechter accepteert dat boeten 'achteraf' gemotiveerd kunnen worden.

De omstandigheid dat uiterlijk bij het opleggen van de boete mededeling moet worden gedaan van de daaraan ten grondslag liggende feiten, staat eraan in de weg dat de boete wordt gehandhaafd als de desbetreffende in geschil zijnde belasting ten onrechte is geheven maar de desbetreffende belastingaanslag desalniettemin in stand blijft omdat blijkt dat zich andere tot belastingheffing aanleiding gevende (en beboetbare) feiten hebben voorgedaan ('interne compensatie').

De belastingechter bekijkt niet ambtshalve of aan de mededelingsplicht is voldaan. Indien een belanghebbende meent dat de mededelingsverplichting niet is nagekomen dient hij zich daarop te beroepen.

### 5.1.2 *Verjaring*

De in artikel 5:45 Awb opgenomen termijnen voor het opleggen van een bestuurlijke boete gelden niet voor zover het een in de belastingwet geregelde verzuim- of vergrijpboete betreft (artikel 67pa, tweede lid, AWR). Uitgangspunt is dat een fiscale boete wordt opgelegd tegelijk met het vaststellen van de desbetreffende belastingaanslag. Termijnen voor het opleggen van belastingaanslagen en beschikkingen zijn niet van openbare orde en worden door de belastingrechter niet ambtshalve getoetst. De rechter die een belastingaanslag vernietigt omdat deze na afloop van de daarvoor geldende termijn is vastgesteld zonder dat de belanghebbende op de termijnoverschrijding een beroep heeft gedaan, treedt buiten de rechtsstrijd van partijen.[181] Sinds een arrest uit 2011 ligt dit voor fiscale boeten anders. Ook hier is aansluiting gezocht bij het strafrecht en onder expliciete verwijzing naar de gang van zaken in dat rechtsgebied (artikel 70, eerste lid, Sr) oordeelde de Hoge Raad dat de belastingrechter in geval van een geschil over een bestuurlijke boete ambtshalve dient te onderzoeken of de bevoegdheid tot het opleggen van die boete door tijdsverloop is vervallen. Dit is niet anders indien een belanghebbende afstand heeft gedaan van een beroep op dat tijdsverloop.[182] In het arrest wijst de Hoge Raad er ook op dat voor bestuurlijke boeten buiten het belastingrecht de wetgever ervan uit is gegaan dat de rechter eveneens ambtshalve onderzoekt of de wettelijke termijn is verstreken na afloop waarvan de bevoegdheid tot het opleggen van een boete vervalt.

---

181 Zie bijvoorbeeld HR 24 februari 2006, nr. 40880, BNB 2006/174, ECLI:NL:HR:2006:AV2338.
182 HR 29 april 2011, nr. 09/05158, BNB 2011/249, ECLI:NL:HR:2011:BN9685.

### 5.1.3 *Overschrijding bezwaar- of beroepstermijn*

Het instellen van een rechtsmiddel nadat de daartoe gestelde termijn is verstreken leidt tot niet-ontvankelijkheid tenzij de termijnoverschrijding verschoonbaar is. Dit is niet anders als het gaat om boetebeschikkingen. Wat wel anders is, is de bewijslast indien gesteld wordt dat de termijnoverschrijding niet verwijtbaar is. Indien over de juistheid van die stelling in rechte geen zekerheid wordt verkregen, mag die onzekerheid niet voor het risico van de belanghebbende komen. De niet-ontvankelijkheid kan alleen dan worden uitgesproken indien de onjuistheid van de stelling bewezen wordt, aldus de Hoge Raad in BNB 1988/292.[183] De Hoge Raad motiveert dit vanuit het door artikel 6, eerste lid, EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter. Omdat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op belastingheffing geldt in zoverre onverkort dat belanghebbende moet bewijzen hetgeen hij heeft gesteld ter onderbouwing van de verschoonbaarheid van de termijnoverschrijding.[184] Indien gelijktijdig een belastingaanslag met een boete wordt opgelegd en belanghebbende stelt dat de termijnoverschrijding bij het instellen van een rechtsmiddel daartegen niet aan hem te wijten is, hij de juistheid van de daartoe aangevoerde feiten en omstandigheden echter niet kan bewijzen maar de inspecteur de onjuistheid daarvan evenmin kan waarmaken, is het gevolg dan ook dat het rechtsmiddel tegen de boetebeschikking ontvankelijk is en het rechtsmiddel tegen de belastingaanslag niet.

## 5.2 Slotopmerkingen

Nadat in de jaren tachtig van de vorige eeuw het besef was doorgedrongen dat de strafrechtelijke aard van de fiscale boeten met zich bracht dat het opleggen van een boete door de inspecteur moet worden gezien als een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM heeft het fiscale boeterecht een stormachtige ontwikkeling doorgemaakt.

Het voortouw werd daarbij niet genomen door de wetgever. Pas in 1998 is het boeterecht in de AWR gemoderniseerd en de Awb is pas met de invoering van de Vierde tranche in 2009 uitgebreid met bepalingen omtrent bestuurlijke boeten. Ook thans is de Nederlandse wetgeving op het gebied van het bestuurlijke boeterecht op punten nog gebrekkig. Zo ontbreekt een wettelijke regeling die het 'privilege against self-incrimination' omschrijft en waarborgt.

Drijvende kracht achter de ontwikkeling van het fiscale boeterecht is de belastingrechter die zich daarbij baseert op het EVRM, oriënteert op de rechtspraak van het EHRM, en inspiratie opdoet in de praktijk van het Nederlands strafrecht. Naar mijn inschatting is de belastingrechter er in de loop der tijd in geslaagd voor de beoordeling van fiscale boeten een stelsel te ontwikkelen waarmee de door de mensenrechtenverdragen gegarandeerde rechten in de fiscale rechtspraktijk op

183 HR 22 juni 1988, nr. 24998, BNB 1988/292, ECLI:NL:HR:1988:ZC3854.
184 HR 25 april 2008, nr. 43871, BNB 2008/175, ECLI:NL:HR:2008:BD0469.

bevredigende wijze vorm wordt gegeven.[185] In een geschil dat zowel een belastingaanslag als een door de inspecteur opgelegde boete betreft, worden als het ware twee 'wedstrijden' tegelijk gespeeld en worden twee 'uitspraken' gedaan, één met betrekking tot de belastingheffing en één inzake de boete. Daarbij gelden ten aanzien van de taak en rol van de rechter en het bewijs[186] geheel verschillende, deels tegengestelde, regels en het is geenszins ongewoon dat de eerste 'wedstrijd' door de ene partij en de tweede door de wederpartij wordt 'gewonnen'.

Proberen we de stand van zaken in het fiscale boeterecht op een aantal punten te beoordelen dan valt in positieve zin op:
- de oriëntatie op de mensenrechtenverdragen en de daaruit voortvloeiende naleving van de rechten van de beboete op grond van artikel 6 EVRM;
- het in de loop der tijd ontwikkelde bewijsrecht waarbij de 'burden of proof' duidelijk op de inspecteur is gelegd;
- de (naar het voorkomt toenemende) oriëntatie op het strafrecht bij de invulling van allerlei kernbegrippen en leerstukken, en de daaruit voortkomende rechtsgebied-overschrijdende uniformering in de uitleg daarvan;
- de bereidheid van de rechter zo nodig (al dan niet impliciet) in wetgeving begrepen beperkingen van de mogelijkheid een boete ter beoordeling voor te leggen aan de rechter[187] terzijde te schuiven; en
- de volle toetsing door de rechter van de vraag of terecht beboet is, en zo ja: de zelfstandige bepaling door de rechter van de boete die passend en geboden is, waarbij hij alle omstandigheden in aanmerking wil nemen.

Voor verbetering vatbaar daarentegen is mijns inziens onder meer:
- het min of meer 'automatisch' opleggen van hoge verzuimboeten door 'het systeem';
- de toenemende verspreiding van bepalingen waarin gedrag beboetbaar wordt gesteld over de heffingswetten, waardoor het moeizamer wordt een overzicht te krijgen (en te houden) van de fiscale overtredingen;
- het (nog) ontbreken van een sluitende en in de praktijk werkbare omschrijving van de werkingssfeer van het 'privilege against self incrimination'; en
- de terughoudendheid van de belastingrechter in het actief op zoek gaan naar omstandigheden die tot matiging van de boete kunnen leiden.

Indien de bestuursrechter bij de beoordeling van de vragen of terecht beboet is, en zo ja of de hoogte van de boete juist is, de attitude van zijn collega belast met de

---

185 Hetgeen overigens niet wil zeggen dat de rechtsontwikkeling binnen het fiscale boeterecht stilstaat. Als het bijvoorbeeld gaat om de vragen in hoeverre medewerking van de belanghebbende mag worden afgedwongen en in hoeverre gebruik mag worden gemaakt van (mogelijk) onrechtmatig bewijs, is er (nog) geen sprake van een afgerond geheel.

186 Vgl. HR 8 maart 2013, nr. 12/00448, ECLI:NL:HR:2013:BZ3490.

187 Bijvoorbeeld door een in het gegeven geval te hoog griffierecht te verlangen. Vgl. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 oktober 2008, nr. 07/00122, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG9214; Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2012, nr. 11/00917, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0724; Gerechtshof Arnhem 2 oktober 2012, nr. 12/00017, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9647.

behandeling van strafzaken aanneemt, volledig toetst, en bereid is indien nodig door de wetgever gecreëerde beperkingen in de toegang tot de rechter of in de toetsingsvrijheid terzijde te schuiven – zoals de belastingrechter in de loop der tijd heeft gedaan – is het naar mijn mening vanuit de optiek van de rechtsbescherming geen probleem dat de wetgever in toenemende mate kiest voor sanctionering door middel van bestuurlijke boeten in plaats van strafrechtelijke vervolging.

Mijn preadvies wil ik besluiten met een tweetal stellingen waarvan de eerste zich richt tot de bestuursrechter die geconfronteerd wordt met bestuurlijke boeten, en de tweede tot de Belastingdienst:

1. In boetezaken dient de bestuursrechter zich in essentie niet anders op te stellen dan de strafrechter, in het bijzonder als het gaat om de verdeling van de bewijslast en het bepalen van de strafmaat.
2. Met de mogelijkheid boeten op te leggen aan mededaders[188] heeft de inspecteur een machtig wapen gekregen in de strijd tegen fiscaal wangedrag. Dat wapen moet niet in de kast blijven maar daadwerkelijk benut worden.

Amsterdam, januari 2014

188 Medeplegers, uitlokkers, doen plegers, medeplichtigen, feitelijk leidinggevenden en opdrachtgevers.

# 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
Mw. mr. dr. J.E. Hoitink
Mw. prof. mr. dr. M.J. Jacobs
Mr. dr. H.G. Lubberdink
Prof. mr. dr. A.T. Marseille
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

# Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR

| | | | |
|---|---|---|---|
| II | mr. A. Koelma<br>mr. R. Kranenburg | De verhouding van staatsrecht en administratief recht | (1940) |
| IV | mr. J. Kruseman<br>mr. J.H. Scholten | De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht | (1941) |
| VI | mr. A. Kleyn<br>mr. J.V. Rijperda Wierdsma | De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten | (1942) |
| VIII | mr. L.J.M. Beel<br>mr. G.J. Wiarda | Publiekrechtelijke overeenkomsten | (1943) |
| X | mr. E. Bloembergen<br>mr. H.E.R.E.A. Frank | Administratieve rechtspraak op economisch terrein | (1946) |
| XIII | mr. J.M. Kan<br>mr. W.G. Vegting | De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente | (1947) |
| XV | dr. G.A. van Poelje<br>mr. A.M. Donner<br>dr. Jules Lespes | Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht | (1948) |
| XVII | mr. S. Fockema Andreae<br>mr. D. Simons | Het administratief recht in de Grondwet | (1949) |
| XIX | dr. S.O. van Poelje<br>mr. C.H.F. Polak | Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht | (1950) |
| XXII | mr. H. Fortuin<br>mr. A.J. Hagen | De voorwaardelijke beschikking | (1951) |
| XXIV | dr. I. Samkalden<br>mr. G.J. Wiarda | Algemene beginselen van behoorlijk bestuur | (1952) |
| XXVI | dr. J.W. Noteboom<br>mr. L.R.J. Ridder van Rappard | Samenwerking van overheid en particulieren | (1953) |
| XXIX | dr. W.F. Prins<br>mr. H.D. van Wijk | Politiedwang | (1954) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| XXXI | mr. D. Simons<br>dr. F.E. de Visschere<br>mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen | Bestuursrecht en bestuurskunde | (1955) |
| XXXIV | dr. B. de Goede<br>dr. M. Troostwijk | Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen | (1956) |
| XXXVI | mr. A.D. Belinfante<br>mr. A. Mulder | De verhouding van administratieve sancties en straffen | (1957) |
| XXXVIII | mr. J. Korf<br>mr. L.G. van Reijen | De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen | (1958) |
| XL | mr. B. Bolkestein<br>dr. D. van der Wel | Het goedkeuringsrecht | (1959) |
| XLII | mr. A.M. Donner<br>mr. I. Samkalden | Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied? | (1960) |
| XLIV | mr. R.A.V. Baron van Haersolte<br>dr. H.A. Brasz<br>mr. J.G. Steenbeek | De overheidssubsidie | (1961) |
| XLVI | mr. W.F. Leemans<br>mr. W.M.J.C. Phaf | Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden | (1962) |
| XLIX | mr. E.H. s'Jacob<br>mr. J.C. Somer | De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig | (1963) |
| LIV | mr. W. Duk<br>mr. H.J.M. Jeukens | Terugwerkende kracht | (1965) |
| LVII | mr. J.M. Kan<br>mr. N.H. Muller<br>mr. R. Streng | Doeltreffendheid van het administratief beroep | (1966) |
| LIX | mr. D. van Duyne<br>mr. J. Bulthuis | Het plan in het openbaar bestuur | (1967) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| LX | mr. L.J. Brinkhorst<br>mr. T. Koopmans<br>mr. A.D. Peiffer<br>mr. W.M.J.C. Phaf<br>prof. mr. S.O. van Poelje | Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid | (1968) |
| LXII | mr. O.A.C. Verpalen<br>mr. F.J. Beunke | Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad | (1969) |
| LXIV | mr. F.H. van der Burg | Overheid en onderdaan in een representatieve democratie | (1970) |
| LXVI | mr. J.A.M. van Angeren<br>mr. Th.J.C. Verduin | De sanctionering van het administratief recht | (1971) |
| LXIX | mr. A.M. Donner<br>mr. P.J. Boukema<br>mr. H.J.M. Jeukens | Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner | (1972) |
| LXXIV | mr. M. Scheltema<br>mr. W. Konijnenbelt | De rechtsverwerking in het administratieve recht | (1974) |
| LXXVI | mr. B. Plomp<br>drs. E.L. Berg | Milieuheffingen | (1975) |
| LXXVIII | mr. W. Brussaard<br>J. Rothuizen | Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening | (1976) |
| LXXX | mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch<br>mr. R. Samkalden | Advisering in het bestuursrecht | (1977) |
| LXXXII | mr. A.G. van Galen<br>mr. H.Th.J.F. van Maarseveen | Beginselen van administratief procesrecht | (1978) |
| LXXXIV | mr. R. Bergamin<br>mr. C.J.G. Olde Kalter | Overheidspersoneel en grondrechten | (1979) |
| LXXVI | mr. F.W. ter Spill<br>mr. A.Q.C. Tak | Onwetmatig bestuur | (1981) |
| LXXXVIII | mr. P.J.J. van Buuren<br>mr. M. de Groot-Sjenitzer | De omvang van de rechtsbescherming | (1982) |
| XC | mr. F.J.P.M. Hoefnagel<br>mr. drs. Alex Reinders | Kunst, kunstbeleid en administratief recht | (1983) |
| XCII | mr. Chr. Kooij<br>dr. F.P.C.L. Tonnaer | Vergunningverlening in stroomversnelling | (1984) |
| XCIII | mr. D.W.P. Ruiter<br>drs. C.J.N. Versteden | Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht | (1985) |
| XCIV | mr. D.A. Lubach<br>mr. W.A.M. van Schendel | Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht | (1986) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| XCVI | mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens<br>mr. J.W. Ilsink<br>mr. R.E. de Winter | De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving | (1987) |
| XCIX | mr. E.M.H. Hirsch Ballin<br>mr. J.H. van Kreveld | Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen | (1988) |
| z.nr. | mr. drs. J.P. Balkenende<br>mr. drs. B.M.J. van der Meulen<br>mr. J.S. van den Oosterkamp<br>mr. G. Sebus<br>mr. W.A.C. Verouden<br>mr. drs. S.O. Voogt | Bestuursrecht na 1992 | (1989) |
| 102 | mr. N.S.J. Koeman<br>mr. J.H.W. de Planque | Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter | (1989) |
| 104 | mr. Th.G. Drupsteen<br>mr. K.J. Kraan | De beslechting van bestuursgeschillen | (1990) |
| 106 | mr. J.B.J.M. ten Berge<br>mr. E.J. Daalder<br>dr. J. Naeyé | De Nationale ombudsman | (1991) |
| 108 | mr. M.B. Koetser<br>mr. Ch.J. Langereis<br>mr. R.M. van Male | De belanghebbende | (1992) |
| 110 | mr. H. Franken<br>mr. dr. I.Th.M. Snellen<br>mr. J. Smit<br>mr. A.W. Venstra | Beschikken en automatiseren | (1993) |
| 112 | mr. D. Allewijn<br>prof. mr. P. Nicolaï<br>mr. M. Schreuder-Vlasblom | Het nieuwe bestuurs-procesrecht | (1994) |
| 114 | mr. J.T.K. Bos<br>mr. G.A.M. Giesen<br>mr. J. de Groot<br>prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels | Handhaving van het bestuursrecht | (1995) |
| 116 | mr. E. Steyger<br>mr. R.J.G.M. Widders-hoven<br>mr. A.W.H. Meij | Europees recht en het Nederlands bestuursrecht | (1996) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| 118 | mr. C.P.J. Goorden<br>mr. M.M. den Boer<br>mr. F.K. Buijn | Zbo's, verzelfstandiging en privatisering | (1997) |
| 120 | mr. H.P. Heida<br>prof. mr. F.A.M. Stroink<br>mr. P.C.E. van Wijmen | Complexe besluitvorming | (1998) |
| 122 | mr. A.J.C. de Moor-van Vugt<br>mr. J.L. de Wijkerslooth<br>mr. N. Verheij | Verschuiving van de magische lijn | (1999) |
| 124 | prof. mr. C.A.J.M. Kortmann<br>prof. mr. B.P. Vermeulen<br>mr. P.J.J. Zoontjens | De Awb en de bijzondere wetgeving | (2000) |
| 126 | mr. B.J. van Ettekoven<br>mr. M.A. Pach<br>prof. dr. I.C. van der Vlies | Alternatieven van en voor de bestuursrechter | (2001) |
| 128 | mr. J.E. Hoitink<br>prof. mr. G.E. van Maanen<br>mr. drs. B.P.M. van Ravels<br>prof. mr. B.J. Schueler | Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad | (2002) |
| 130 | prof. mr. B.M.J. van der Meulen<br>mr. A.T. Ottow | Toezicht op markten | (2003) |
| 132 | mr. T. Barkhuysen<br>mr. A.B. Blomberg<br>mr. M.K. Bulterman<br>prof. mr. J.M. Verschuuren | De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht | (2004) |
| 134 | prof. mr. B. Hessel<br>mr. J.R. van Angeren<br>mr. drs. W. den Ouden<br>mr. G.J. van Slooten | Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht | (2005) |
| 136 | mr. drs. Th.G.M. Simons<br>mr. dr. A.T. Marseille<br>prof. mr. B.W.N. de Waard | De voorlopige voorziening in het bestuursrecht | (2006) |
| 138 | prof. mr. L.J.J. Rogier<br>mr. M.A.D.W. de Jong<br>mr. drs. C.M. Bitter<br>prof. mr. F.W. Bleichrodt | Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme | (2007) |
| 140 | prof. mr. S.E. Zijlstra<br>prof. mr. R.A.J. van Gestel<br>prof. mr. A.A. Freriks | Privaat bestuur? | (2008) |

| | | | |
|---|---|---|---|
| 142 | prof. mr. R.J.N. Schlössels<br>mr. dr. Y.E. Schuurmans<br>mr. dr. R.J. Koopman<br>mr. drs. D.A. Verburg | Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter? | (2009) |
| 144 | mr. J.C.A. de Poorter<br>prof. mr. G.T.J.M. Jurgens<br>mr. H.J.M. Besselink | De toegang tot de rechter beperkt | (2010) |
| 146 | mr. dr. M.M. Groothuis<br>prof. mr. J.E.J. Prins<br>dr. mr. C.J.M. Schuyt | De digitale overheid | (2011) |
| 148 | prof. mr. M.J. Jacobs<br>prof. dr. H.E. Bröring<br>prof. dr. C.W. Backes<br>mr. dr. M.R.T. Pauwels | Tijd voor verandering | (2012) |
| 150 | prof. mr. F.J. van Ommeren<br>mr. P.J. Huisman<br>mr. G.A. van der Veen<br>mr. K.J. de Graaf | Het besluit voorbij | (2013) |