

Evenredige bestuurlijke boetes

Mr. dr. M.L. van Emmerik & mr. C.M. Saris*

I	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 Schueller, 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 <i>full jurisdiction</i>	138
2.4.2.6	Tussenconclusie	140
2.4.3	Artikel I 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 <i>criminal charge</i> ?	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

I Inleiding

I.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 straftoemetingvraag 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, ‘Bestrafing in Nederland’, in: *Bestrafing 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, I.

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 wetten⁹ 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 bestraffende¹¹ 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 evenredigheidsbeginselen spelen 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 meestal²⁴ 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 bestrafing. 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 beperkings-systematiek (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. Koekoek*, 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 korthedshalve 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 Uww – 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 Uww 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 Uww 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 Uvw 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 Uvw 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 juist 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 beoetbare 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 amvb⁴⁶ 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 gefixeerde⁴⁹ 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 ontleen.

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 aanmerkelijk 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 Wense-lijk 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, Wv, 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 overtredders 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. Haecck, *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 & Haecck 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 – Materieële 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 grondigheid van een strafvervolgung.

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 (*Chevol 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. Vučsán (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 (Chevol 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. Kuijter & 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 differentiëren 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 genoeg 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 saueren, 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 scheidt 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 rechtsmacheisen. 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 gezien 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 *Öneryıldiz*, 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 fundamentele¹¹⁹ 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 (*Öneryıldiz 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 driedelige 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 ‘drietrapraket’ 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 kracht¹²⁶ 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)rechtspraak 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 geschon- den 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 rech- ter 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 strafvervolgning.

Artikel 48 Handvest bevat de onschuldpresumptie en de rechten van de verdedi- ging. Deze bepalingen corresponderen met de rechten uit artikel 6, tweede en derde lid, EVRM (en de rechtspraak van het EHRM). Naast het strafrechtelijke legaliteits- beginsel 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 oneven- redig 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 Boven- dien 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 hand- havings- 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 terugvoering 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 wettigheids-toezicht 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 regelgever¹⁴⁵ 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 geneegen 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 toetsen. 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 evenredigheids-toets.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 uit¹⁶⁰ 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 luiden 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 toezichtwetgeving¹⁷⁴ 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), *Sfb.* 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 boetheogte, wordt in enkele noten verwezen naar uitspraken op grond van andere boetestelsels¹⁷⁸ 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 boetheogte 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 5^e 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 boetheogte 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 jaar¹⁸⁶ of enkele jaren¹⁸⁷ 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 straftoemtingsbeleid 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 rekening 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 voorkomen¹⁹⁵ 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 omzet¹⁹⁹ of provisie²⁰⁰ 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 betreft. 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) matingsgrond 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 boete-hoogte.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 financiëtoezicht-wetgeving 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 betreft 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 uitkering²²¹ 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 betreft 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 betreft 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 betreft 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 boete²³² 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 dagen²³⁶ 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 betreft 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 inlichtingplicht 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 beheerd 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:NL: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 betreft, 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 betreft 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 bewindvoering²⁵¹ en ernstige problemen in de relationele sfeer²⁵² 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 werkbijdragen 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. betreft 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 betreft 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 evenredigheids-toets 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).

Naast de grote hoeveelheid zaken²⁵⁷ is keuze voor de Wav interessant vanwege de bestuursrechtelijke ketenaansprakelijkheid.²⁵⁸ Elke werkgever²⁵⁹ (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 overtreding²⁶³ voor een rechtspersoon op € 8.000 en voor een natuurlijke persoon²⁶⁴ op € 4.000 indien een werkgever een vreemdeling zonder TWV arbeid laat verrichten.²⁶⁵ De Wav²⁶⁶ 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 geweest en in meer dan de helft van de gevallen komt de evenredigheidstoets aan bod.

258 M.A.B. Chao-Duivis & J.W.F. Wameling, *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' beleid²⁶⁹ 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 dagen²⁷⁷ of weken²⁷⁸ 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 spandiensten²⁸⁰ in familieverband²⁸¹ of als vrienden-dienst²⁸² die al dan niet zonder medeweten²⁸³ 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 Wav²⁸⁶ 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:BJ3671.

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 recente²⁹⁸ en controleerbare²⁹⁹ 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 veelvoudige³⁰¹ 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 bijstandsuitkering³⁰⁴ of ingetrokken exploitatievergunning³⁰⁵ 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 geprognostiseerde 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:2013:CA2869 (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 Wav³⁰⁶ en de Beleidsregel Wav³⁰⁷ 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 onderneming³⁰⁸ (bijvoorbeeld een vennootschap onder firma³⁰⁹ 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 spanning³¹⁵) 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 appelland 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 appelland 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 grootte³²² of ongeacht de situatie waaronder de overtreding is begaan³²³ 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 overtreder³²⁷ 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 Awb³²⁹ 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 gezien) in de boetehoogte van wettelijk gefixeerde boetes verdisconteerd. Daarmee volgen het CBB en de Centrale Raad de lijn van de belastingrechter³³¹ 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 signaleerd 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 vooral snog 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 CBb³⁴³ 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(s)beginsel 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 Öneriyildiz, 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 genoeg 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 beoetbaar 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 moeilijker 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 voorsnog 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 *Göktaş*) 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 appelland 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 meestal³⁷⁶ 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 straftoemettingsvrijheid 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 besluitentoeser (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 besluitentoesing, 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 delictsoomschrijvingen 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), meeneed (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 bestrafing 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 boetesluit 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', *Strt.* 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, 'Bestrafing in Nederland', in: *Bestrafing in Nederland en België* (preadvis voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2013), Oosterwijk: 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, *Straftoematingsrecht 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 I*, 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. Koekoek*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.