

Evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht

mr. dr. M.L. van Emmerik & mr. C.M. Saris¹

In deze bijdrage schetsen de auteurs een beeld van de wijze waarop de hoogste bestuursrechters de afgelopen tijd invulling hebben gegeven aan de toetsing van de evenredigheid van bestuurlijke boetes. Zij leggen deze rechtspraak langs de lat van de bevindingen en aanbevelingen uit hun VAR-advies uit 2014. Hebben de hoogste bestuursrechters inmiddels meer werk gemaakt van het consistent nalopen van de diverse relevante evenredigheidsfactoren? Leveren zij in navolging van hun strafrechtelijke collega's meer maatwerk teneinde een evenredige beboeting in concreto te verzekeren? Welke lessen zouden de wetgever en het bestuur (als beleidsregelgever) moeten trekken uit de in kaart gebrachte jurisprudentie, in het bijzonder ook ten aanzien van de vraag of zij voldoende differentiatie aanbrengen in de door hen ontworpen sanctiestelsels?

1. Inleiding

Centraal in deze bijdrage staat de evenredige beboeting in het bestuursrecht. In het bijzonder schetsen wij een beeld van de wijze waarop de hoogste bestuursrechters de afgelopen tijd invulling hebben gegeven aan de toetsing van de evenredigheid van bestuurlijke boetes. Daarbij bouwen wij voort op eerder onderzoek dat wij in het kader van ons VAR-advies uit 2014 verrichtten naar evenredige beboeting in het bestuursrecht.² Daarin hebben we ervoor gepleit

dat de wetgever voldoende differentiatie in het sanctiestelsel aanbrengt, zodat in de eerste plaats het bestuursorgaan maatwerk in het individuele geval kan leveren en de rechter vervolgens waar nodig als ultieme verzekeraar van een evenredige boeteoplegging in concreto corrigerend kan optreden. Daarbij, zo bevelen wij aan, dient de rechter de diverse evenredigheidsfactoren³ consistent na te lopen en dit gemotiveerd te laten

het ter perse gaan van deze bijdrage wees de Afdeling een belangrijke uitspraak waarin zij de standaardboete van € 12.000,- in de WAV-boetebeleidsregels 2013 onredelijk heeft geacht. Deze uitspraak hebben wij op onderdelen nog kunnen verwerken, zie ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3118.

¹ 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 Midden-Nederland. Mr. C.M. (Christien) Saris is advocaat bij Stibbe in Amsterdam. In die hoedanigheid was zij betrokken bij enkele van de in deze bijdrage behandelde uitspraken. In het bijzonder bedanken zij Tom Barkhuysen voor zijn waardevolle commentaar, alsmede (oud) student-assistent Bram Horenblas voor zijn onmisbare steun bij het jurisprudentieonderzoek. Een uitgebreide versie van deze bijdrage, met uitvoerige verwijzingen naar jurisprudentie verschijnt in de Netherlands Administrative Law Library (www.nall.nl). De tekst van dit artikel is afgesloten op 1 oktober 2015. Op de valreep van

² M.L. van Emmerik en C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, Preadviezen VAR 2014, VAR-reeks 152, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 109-204.

³ Wij onderscheidde: 1) de aard en ernst van de overtreding; 2) de mate van verwijtbaarheid; 3) de persoon van de overtreder; 4) de persoonlijke omstandigheden van de overtreder; 5) de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en 6) het gelijkheidsbeginsel en een consistente boeteoplegging, zie nader VAR-advies p. 186-187.

terugkomen in zijn uitspraak. In deze bijdrage brengen we in kaart in hoeverre de hoogste bestuursrechters sindsdien deze handschoen hebben opgepakt. In het bijzonder valt op dat het per 1 januari 2013 ingevoerde verscherpte sanctiestelsel (drastische verhoging van de maximaal op te leggen boetes) in de sociale zekerheid (de zogenaamde Fraudewet) door jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep en een kritisch rapport van de Nationale ombudsman⁴ (in ieder geval voor een deel) naar de prullenbak is verwezen. Maar ook bij de andere hoogste bestuursrechters zijn interessante ontwikkelingen te signaleren als het gaat om de toetsing op evenredigheid van bestraffende sancties.⁵ In dit verband valt ook te wijzen op de belangrijke jurisprudentie inzake de evenredigheid van het alcoholslotprogramma (ASP) die wij hier niet verder zullen behandelen.⁶ Verder tekenen wij aan dat we ons concentreren op de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB), het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS).⁷ Voor de hoogste bestuurs-

rechter in belastingzaken, de Hoge Raad, geldt dater van oudsher een benadering is ten aanzien van de toetsing van de evenredigheid van bestuurlijke boetes die meer aansluit bij die van zijn strafrechtelijke collega, zoals het preadvies van Haas voor de VAR in 2014 duidelijk heeft laten zien.⁸ Dan gaat het om de vraag of de op te leggen sanctie, alle omstandigheden in aanmerking genomen, in casu 'passend en geboden' is.⁹ Deze bijdrage is opgebouwd als volgt. In paragraaf 2 beginnen wij met de genoemde jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep, waarbij wij ook iets dieper zullen ingaan op de Fraudewet en tegelijkertijd aandacht besteden aan de overige boetejurisprudentie van de Centrale Raad. In paragraaf 3 staat de jurisprudentie van de Afdeling centraal en in de daaropvolgende paragraaf die van het CBB. In de slotbeschouwing (paragraaf 5) leggen wij deze rechtspraak van de hoogste bestuursrechters langs de lat van de bevindingen en aanbevelingen uit ons preadvies. Hierbij staan centraal de aanbevelingen die wij aan de rechter deden, in het bijzonder in hoeverre deze werk maakt van het consistent nalopen van de diverse relevante evenredigheidsfactoren en het gemotiveerd laten terugkomen daarvan in zijn uitspraak alsmede in hoeverre hij maatwerk in het individuele geval biedt. Ook zal worden gezien welke lessen de wetgever en het bestuur (als beleidsregelgever) zouden moeten trekken uit de in kaart gebrachte jurisprudentie, in het bijzonder ook ten aanzien van de vraag of zij voldoende differentiatie aanbrengen in de door hen ontworpen sanctiestelsels.

4 *Geen fraudeur, toch boete. Een onderzoek naar de Fraudewet in de praktijk*, Nationale ombudsman, 4 december 2014, rapportnr. 2014/159.

5 En ook op andere terreinen van het bestuurlijke boeterecht, zoals ten aanzien van ouderschap in het bestuurlijke boeterecht, zie de Grote Kameruitspraak van het CBB van 25 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76.

6 Zie ABRvS 4 maart 2015, AB 2015/160, m.nt. Stijnen en HR 3 maart 2015, AB 2015/159, m.nt. Stijnen; zie nader hierover T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Alcoholslot exit. Lessen voor nieuwe en ook oude gevallen?', *NJB* 2015, p. 676-679.

7 In aansluiting op genoemd preadvies hebben wij de jurisprudentie in de periode 1 november 2013 – 1 augustus 2015 geanalyseerd, waarbij we ons net als in het preadvies afhankelijk van het betrokken boetetestelsel concentreren op de volgende factoren: duur, aard en omvang van de overtreding, behaald voordeel, opzet, financiële draagkracht, benadeling van derden, de grootte van de onderneming, first offender of reci-

divist en de persoonlijke omstandigheden. Daarbij hebben we ons beperkt tot uitspraken in hoofdzaken. Uitspraken in schorsingszaken vallen derhalve buiten het bestek.

8 F.J.P.M. Haas, 'Fiscale boeten', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, Preadviezen VAR 2014, VAR-reeks 152, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 205-261.

9 Haas 2014, p. 249-252.

2. Centrale Raad van Beroep

2.1 *Introductie*

Net als in ons VAR-advies leggen wij hier de nadruk op de boetejurisprudentie inzake de schending van de inlichtingenplicht in diverse sociale zekerheidswetten, in het bijzonder de spraakmakende uitspraken waarbij flinke gaten in de genoemde Fraudewet werden geschoten. Vanwege de grote impact voor de boetejurisprudentie in het algemeen, en de toetsing van de evenredigheid in het bijzonder worden deze uitspraken hier relatief uitgebreid besproken. In deze uitspraken ligt het accent op de (evenredigheids)factor of er al dan niet sprake is van opzet bij de overtreding en de consequenties hiervan voor de hoogte van de boete. Vervolgens besteden wij aan de hand van de overige jurisprudentie aandacht aan de andere evenredigheidsfactoren (zoals duur, aard en omvang van de overtreding, first offender, etc.). Daarnaast staan wij in het bijzonder stil bij de eerste uitspraken inzake boetes op grond van de Wet studiefinanciering 2000 (WSF 2000).

2.2 *Korte schets boetestelsel Wet aanscherping handhaving SZW-wetgeving*

De Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving, ook wel de Fraudewet genoemd, is op 1 januari 2013 in werking getreden.¹⁰ De Fraudewet voorziet onder meer in hogere boetes indien sprake is van het niet nakomen van de inlichtingenplicht uit diverse sociale zekerheidswetten.¹¹ De Fraudewet gaat uit van een boete van maximaal 100% van het benade-

lingsbedrag en in geval van recidive van ten hoogste 150% van dit bedrag. De precieze hoogte van de boete wordt nader bepaald in het Boetebesluit socialezekerheidswetten (Boetebesluit).¹² Artikel 2 van het Boetebesluit schrijft voor dat de boete wordt vastgesteld op de hoogte van het benadelingsbedrag en ten minste € 150,- bedraagt.¹³ Bij recidive wordt de boete op 150% van het benadelingsbedrag gesteld. De boete wordt verlaagd bij verminderde verwijtbaarheid. In artikel 2a van het Boetebesluit staan de criteria hiervoor genoemd, namelijk het verkeren in onvoorzien en ongewenste omstandigheden, de geestelijke gezondheid en het op eigen initiatief alsnog verstrekken van de juiste inlichtingen. In vergelijking met het vóór 1 januari 2013 geldende stelsel gaat het daarbij om een forse verhoging van de sancties. In het oude stelsel gold immers als uitgangspunt een boete van 10% van het benadelingsbedrag (met een maximum van € 2.269,-). Op grond van artikel 4 Beleidsregel boete werknemer 2013 (Beleidsregel) wordt bij de bepaling van de hoogte van de boete gekeken naar de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid.¹⁴ In het kader van de verwijtbaarheid worden de hiervoor genoemde criteria in artikel 2a van het Boetebesluit betrokken. In aanvulling op die criteria gaat het UWV bovendien na of sprake is van een samenloop van omstandigheden die in hun onderlinge samenhang beschouwd wel leiden tot verminderde verwijtbaarheid. Verder hanteert het UWV op grond van de Beleidsregel de volgende staffel bij het bepalen van de hoogte van de op te leggen boete: 25%, 50%, 75% of 100% van het basisboetebedrag.¹⁵ Indien verwijtbaarheid geheel ontbreekt, wordt geen boete opgelegd.¹⁶

10 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, *Stb.* 2012,462.

11 O.a. Werkloosheidswet, Toeslagenwet, Wet inkomensvoorziening oudere werklozen, Wet op de arbeidson-

geschiktheidsverzekering, Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, Ziektewet.

12 *Stb.* 2012, 484.

13 De minimumboete bedroeg vóór 1 januari 2013 € 52,-.

14 *Stcrt.* 2013, 31799.

15 Art. 5, eerste lid, Beleidsregel.

16 Art. 5, tweede lid, Beleidsregel.

2.3 *Centrale Raad van Beroep 24 november 2014*¹⁷

In deze uitspraak geeft de Centrale Raad algemene observaties ten aanzien van de beoordeling van de evenredigheid en roept hij zijn vaste rechtspraak in herinnering dat een bestuursorgaan de hoogte van de boete moet afstemmen op de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Hierbij kan het bestuursorgaan ter bevordering van de rechtseenheid en rechtszekerheid beleid vaststellen en toepassen inzake het al dan niet opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte ervan. Het bestuursorgaan zal echter bij de toepassing van dat beleid in elk voorkomend geval moeten beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor genoemde eisen en, als dat niet zo is, de boete in aanvulling of afwijking van dit beleid vaststellen op een bedrag dat passend en geboden is. De rechter toetst vervolgens zonder terughoudendheid of het boetebesluit van het bestuursorgaan voldoet aan deze eisen en daarmee leidt tot een evenredige sanctie, aldus de Centrale Raad. Een dergelijke volle toetsing verricht de Raad ook als hij zich een oordeel moet vormen over de door de rechtbank opgelegde boete. De Centrale Raad noemt tevens enkele evenredigheidsfactoren die hij in zijn vaste jurisprudentie relevant acht voor de bepaling van de hoogte van de boete: de duur van de overtreding, omvang en aard van niet gemelde werkzaamheden of inkomsten, eerste overtreding of recidive, alsmede persoonlijke omstandigheden waaronder de draagkracht van de overtreder.

De Centrale Raad neemt als uitgangspunt dat de verhoging van de boetes per 1 januari 2013 een indringender toets aan het evenredigheidsbeginsel vraagt van de rechter. Deze toets kadert de Centrale Raad in aan de hand van het strafrecht.¹⁸ Vastgesteld wordt dat opzettelijke

delicten in het strafrecht veel zwaarder worden gestraft dan delicten waarvoor het vereiste van opzet niet geldt. Gelet daarop komt de Centrale Raad tot een matiging van boetes naar gelang er sprake is van opzet of grove schuld of niet volgens percentages aflopend van 100% (opzet), 75% (grove schuld), 50% (geen opzet of grove schuld) naar 25% (andere redenen voor verminderde verwijtbaarheid) van het benadelingsbedrag. De uitkomst van deze analyse leidt er in het concrete geval toe dat de Centrale Raad voor de bepaling van de hoogte van de boete een onderscheid maakt tussen de periode vóór en na 1 januari 2013. Voor zover de overtreding tot 1 januari 2013 heeft geduurd, wordt de hoogte van de boete in kwestie op basis van het oude regime bepaald, dat wil zeggen 10% van het benadelingsbedrag. Voor de bepaling van de evenredigheid van dit boetebedrag geldt in dit geval volgens de Centrale Raad niet de indringende toets. Dat betekent dat de boete, die € 313,75 bedraagt, niet verdergaand wordt gematigd.¹⁹ Voor het andere deel van de boete, begaan na 1 januari 2013 en daarmee berekend naar 100% van het benadelingsbedrag, hanteert de Centrale Raad de indringender toets. Gelet op het feit dat geen sprake is van opzet of grove schuld en sprake is van een criterium in het Boetebesluit wordt die boete gematigd tot 25% van het benadelingsbedrag. Dat komt neer op een bedrag van € 1.685,27. Vervolgens worden beide boetebedragen opgeteld (afgerond op een veelvoud van € 10,-) en oordeelt de Centrale Raad dat de boetheogte van € 2.000,- evenredig is. Daarbij betreft de Centrale Raad de verwijtbaarheid van betrokkene, de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn begaan en de persoonlijke omstandigheden.²⁰

17 AB 2015/8, m.nt. R. Stijnen.

18 Artt. 227a, 227b Sr en art. 447c of 447d Sr.

19 Het Uvw had verminderde verwijtbaarheid aangenomen en de boete op basis van het Boetebesluit gematigd.

20 Vgl. ook CRvB 11 december 2014, AB 2015/62, m.nt. R. Stijnen; JB 2015/32.

2.4 Centrale Raad van Beroep 23 juni 2015

Op 23 juni 2015 heeft de Centrale Raad zich in de eerste uitspraken ten aanzien van het nieuwe boeteregime in bijstandszaken aangesloten bij de zojuist besproken uitspraak van 24 november 2014. Ook het sanctieregime in bijstandszaken is per 1 januari 2013 met inwerkingtreding van de Fraudewet aanzienlijk verscherpt. Tot 1 januari 2013 gold volgens de toen relevante bepalingen uit de Wet Werk en Bijstand (WWB) dat in geval van het niet of niet behoorlijk nakomen van de inlichtingenverplichting, de bijstand tijdelijk werd verlaagd. Per 1 januari 2013 is deze sanctie vervangen door de bestuurlijke boete die op grond van de Fraudewet en het Boetebesluit, net als in andere sociale zekerheidswetten, in beginsel is bepaald op 100% van het benadelingsbedrag en in geval van recidive op 150%. Voor de indringendheid van de toetsing sluit de Centrale Raad aan bij zijn uitspraak van 24 november 2014. Ook het per 1 januari 2013 in bijstandszaken geïntroduceerde boetestelsel leidt volgens de Centrale Raad in de regel tot een fors hogere (standaard) sanctie dan die op basis van het voorheen geldende regime werd opgelegd. Voor boetes opgelegd op grond van de WWB dient eveneens nader gedifferentieerd te worden naar gelang er al dan niet sprake is van opzet of grove schuld, waarbij kan worden aangesloten bij de in die uitspraak en de hiervoor genoemde percentages. Deze percentages vormen het uitgangspunt voor de bepaling van de hoogte van het boetebedrag. Daarbij staat voorop dat een weging dient plaats te vinden van alle feiten en omstandigheden en dat deze hoogte moet worden afgestemd op de individuele situatie van betrokkene. Als in plaats van een strafvervolgung een bestuurlijke boete wordt opgelegd, geldt daarbij dat deze boete niet hoger mag zijn dan het maximale strafrechtelijke equivalent. Voor het afstemmen van het boetebedrag op de draagkracht van de overtreder geldt dat deze beoordeling *ex nunc* moet plaatsvinden in lijn met het arrest van de Hoge Raad van 28 maart

2014.²¹ In twee van de uitspraken concludeert de Centrale Raad dat betrokkenen opzettelijk niet hebben doorgegeven dat zij inmiddels weer aan het werk waren en dat om die reden de opgelegde boete ter hoogte van 100% van het benadelingsbedrag 'evenredig, passend en geboden' is.²² In de andere twee uitspraken is volgens de Centrale Raad opzet niet aangetoond en wordt het boetebedrag verlaagd van 100% naar 50% van het benadelingsbedrag.²³

2.5 Overige jurisprudentie

Als we de jurisprudentie van de Centrale Raad ter zake van beboeting wegens schending van de inlichtingenplicht verder bezien ten aanzien van de overige (dus los van de factor opzet) – ook door hem zelf relevant geachte evenredigheidsfactoren – ontstaat het volgende beeld in vergelijking met het rechtspraakonderzoek voor ons VAR-preadvies.

Duur

De duur van een overtreding kan nog steeds van belang zijn voor de hoogte van de boete. Als deze korter blijkt te zijn dan aanvankelijk aangenomen, is dat reden tot matiging.²⁴ De ernst en lange duur van de overtreding (van de inlichtingenplicht), waardoor ook de hoogte van het terug te vorderen bedrag is opgelopen, kan aan

21 ECLI:NL:HR:2014:685; V-N 2014/16.7 m.nt. Red., *NJB* 2014/746, *USZ* 2014/159, *JB* 2014/103, *FED* 2014/42 m.nt. Y.E.J. Geradts, *FutD* 2014-0701 m.nt. Fiscaal up to Date, *AB* 2014/271 m.nt. R. Stijnen, *BNB* 2014/194 m.nt. G.J.M.E. de Bont.

22 ECLI:NL:CRVB:2015:1801; *AB* 2015/285, m.nt. R. Stijnen; *NJB* 2015/1359; *USZ* 2015/238 m.nt. A.G. Mein en ECLI:NL:CRVB:2015:1807.

23 ECLI:NL:CRVB:2015:1880; *NJB* 2015/1360 en ECLI:NL:CRVB:2015:1879; *NJB* 2015/1358, *USZ* 2015/237.

24 CRvB 30 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1441 (matiging van de door het Uvw opgelegde boete van € 820,- tot € 210,-).

de andere kant juist ook reden zijn om niet tot matiging over te gaan.²⁵

Omvang en aard

De omvang en aard van de ten onrechte niet bij het Uvw gemelde werkzaamheden of inkomsten blijven van belang voor de bepaling van de boetehoogte. Zo komt de Centrale Raad in een uitspraak tot een lager urenaantal van niet gemelde werkzaamheden en daarmee tot een lagere boete, nu betrokkene bij zijn verhoor niet de cautie was gegeven en de in dit verhoor gebruikte informatie niet mocht worden gebruikt ter vaststelling van de hoogte van de boete.²⁶

Financiële situatie/draagkracht

De slechte financiële omstandigheden waarin de overtreder verkeert kunnen nog steeds reden tot matiging, zij het dat hij een en ander wel nader moet onderbouwen.²⁷

First offender/recidive

In de door ons bestudeerde uitspraken hebben we niet uitdrukkelijk kunnen traceren of het feit dat het gaat om een eerste overtreding, dan wel sprake is van recidive al dan niet een factor tot matiging is.

25 CRvB 4 december 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2800 (boete van € 660,- is evenredig aan de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de persoonlijke omstandigheden van de appellant).

26 CRvB 20 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2999 (verdere matiging tot € 52,-, terwijl de rechtbank de door het Uvw opgelegde boete van € 230,- reeds had gematigd tot € 190,-).

27 Zie bijv. CRvB 17 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1946 (de algemene opmerkingen van appellant over zijn financiële tegenslagen vormen geen reden om de boete, zoals door hem bepleit op nihil te stellen; de boete van € 180,- is evenredig).

Persoonlijke omstandigheden

Persoonlijke omstandigheden kunnen reden zijn tot matiging, maar dan moeten zij wel voldoende onderbouwd worden aangevoerd. Zo acht de Centrale Raad het betoog dat de overtreedster de niet gemelde werkzaamheden op advies van een psycholoog zou hebben verricht onvoldoende om de opgelegde boete te matigen.²⁸ Uit veel van de onderzochte uitspraken blijkt overigens niet dat de overtreder dergelijke persoonlijke omstandigheden uitdrukkelijk heeft aangevoerd.²⁹

Wet studiefinanciering 2000

Buiten het terrein van de overtreding van de inlichtingenplicht zijn in het bijzonder interessant enkele uitspraken op het terrein van de studiefinanciering. Op grond van de Wet studiefinanciering 2000 (WSF 2000) kon een student worden beboet wegens het niet voldoen aan de eis dat de studerende woont op het adres waaronder hij in de basisregistratie personen staat ingeschreven. De op te leggen boete bedraagt ten hoogste 50% van het bedrag dat van de studerende in verband daarmee wordt teruggevorderd bij een herziening. De Centrale Raad wees al enige opvallende uitspraken op dit terrein, die op het eerste gezicht veel terughoudender lijken te zijn als het gaat om de volheid van de toetsing op evenredigheid dan de hiervoor behandelde jurisprudentie inzake beboeting wegens schending van de inlichtingenplicht, zowel van voor als na de Fraudewet. In één uitspraak overweegt de Centrale Raad dat het beleid van de Minister van OC&W³⁰ om in beginsel een boete van 50% van het herzieningsbedrag op te leggen, tenzij blijkt van verminderde verwijtbaarheid als gevolg van bij-

28 CRvB 21 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2391.

29 Zie bijv. CRvB 22 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2465.

30 Op overheid.nl valt – na een succesvol WOB-verzoek – alleen te vinden een intern bedoelde notitie van DUO getiteld Uitvoeringsbeleid bestuurlijke boete misbruik uitwonendenbeurs.

zondere, verzachtende omstandigheden aanvaardbaar is.³¹ De Raad citeert hierbij uit de memorie van toelichting bij de relevante wijziging waarbij de bestuurlijke boete in de WSF 2000 is ingevoerd. Uit die toelichting blijkt dat de regering als uitgangspunt hanteert, mede in reactie op een door de Tweede Kamer aangenomen motie, om bij een eerste overtreding een boete van 50% van het herzieningsbedrag te hanteren. Bij gebleken verminderde verwijtbaarheid of bijzondere omstandigheden kan daarvan dan worden afgeweken. De Centrale Raad sauveert deze benadering en overweegt dat de regering daarmee oog heeft gehad voor de evenredigheid en proportionaliteit van de op te leggen boete. Nu er in casu van verminderde verwijtbaarheid of bijzondere omstandigheden niet is gebleken, is de boete van € 571,62 volgens de Centrale Raad 'niet onevenredig'.³² Hierbij is van belang dat de periode waarover de boete wordt opgelegd niet zodanig lang is en het bedrag van de boete niet zodanig hoog is dat deze niet meer voldoet aan de eisen van proportionaliteit, aldus de Centrale Raad. De rechtbank overwoog dat het niet in de rede lag in beginsel voor iedere overtreding de maximale boete op te leggen. Zij was van oordeel dat een boete van 50% van het maximale boetebedrag in casu gezien de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden waaronder de overtreding was gepleegd, passend en geboden was. Met annotator Bröring zijn wij van mening dat vraagtekens zijn te plaatsen bij de benadering om in tegenstelling tot de wetstekst (die spreekt van een bedrag dat ten hoogste kan worden opgelegd), hetgeen in de memorie van toelichting is opgenomen (namelijk als uitgangspunt een boete van 50% bij een eerste overtreding) tot wet te promoveren. Daarnaast noemt hij nog een aan-

tal bijzondere omstandigheden die mogelijk in een individueel geval tot matiging aanleiding zouden moeten geven. Zo noemt hij het voorbeeld van een student die geen profijt heeft van de overtreding nu hij weliswaar niet officieel is ingeschreven op het GBA-adres maar feitelijk wel uitwonend is.

2.6 Overige jurisprudentie Centrale Raad van Beroep

Als we de rest van zijn jurisprudentie inzake boetes ter zake van de schending van de inlichtingenplicht overzien, ontstaat het beeld dat de diverse overige evenredigheidsfactoren nog steeds een rol kunnen spelen bij het bepalen van de evenredigheid van de boetehoogte. De Centrale Raad matigt in enkele gevallen de boete, zodat deze 'passend en geboden' is, waarbij het er op het eerste gezicht op lijkt dat hij wel iets meer motiveert dan voorheen het geval was.³³ In andere uitspraken acht de Centrale Raad de door het bestuursorgaan opgelegde boete evenredig, waarbij met enige regelmaat wordt volstaan met een standaardmotivering, die mogelijk ook kan worden verklaard uit het feit dat de overtreder niets of nauwelijks iets aanvoert als het gaat om persoonlijke omstandigheden die tot matiging aanleiding zouden kunnen geven.³⁴

³¹ CRvB 2 april 2014, AB 2014/226, m.nt. H.E. Bröring, AB 2014/227 m.nt. H.E. Bröring.

³² Zie voor een vergelijkbare uitspraak CRvB 2 april 2014, RSV 2014/96, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

³³ Zie naast de reeds genoemde uitspraken CRvB 20 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2999 en CRvB 30 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1441 ook CRvB 12 juni 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2093.

³⁴ Zie bijv. CRvB 19 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3806, USZ 2014/412, NJB 2014/2174, Gst. 2015/12 m.nt. M.A.J. West, JB 2015/17, RSV 2015/32 (de opgelegde boete van € 2.210,- is evenredig aan de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de overige ten aanzien van appellant gebleken omstandigheden).

3. Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

3.1 *Introductie*

In ons VAR-preadvies lag de focus op boetezaken op grond van de Wav. Het gaat daarbij om een bij beleidsregel gefixeerde boete. Deze boetezaken worden door de vreemdelingenkamer van de Afdeling behandeld. Om een compleet beeld te krijgen hebben wij toen mede gekeken naar andere boetezaken die door de algemene kamer van de Afdeling werden behandeld. Aangezien de Wav nog steeds hofleverancier is van boetezaken beschrijven we hierna eerst de resultaten van ons onderzoek ten aanzien van de onderzochte factoren op grond van deze wet.³⁵ Daarna zullen we overigens wel uitgebreider dan in het preadvies de jurisprudentie in de andere boetezaken van de Afdeling behandelen.

3.2 *Wet arbeid vreemdelingen: algemeen*

De meeste jurisprudentie in Wav-zaken is gewezen onder het oude boeteregime van vóór de inwerkingtreding van de Fraudewet.³⁶ Per 1 januari 2013 zijn de boetebedragen voor overtredingen op grond van de Wav met 50% verhoogd. Dat betekent dat de boetes voor een rechtspersoon € 12.000 en voor een natuurlijke persoon € 6.000 bedragen, indien een werkgever één vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning (twv) arbeid laat verrichten.³⁷ In het kader van de inleidende opmerkingen is

van belang om de Afdelingsuitspraak van 9 juli 2014 te noemen.³⁸ In die uitspraak heeft de Afdeling duidelijk gemaakt dat de evenredigheid van boetes *ex nunc* getoetst moet worden.³⁹ Zonder dat expliciet te motiveren, sluit de Afdeling daarbij aan bij het arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2014.⁴⁰ Dat leidt er in de concrete boetezaak toe dat de maatregelen die de werkgever in kwestie *na* de overtredingen heeft getroffen gelet op het evenredigheidsbeginsel leiden tot een matiging met 25%.

3.3 *Onderzoek naar de factoren*

Duur en omvang

In bijna alle gevallen⁴¹ geldt dat dat het voor de hoogte van de boete niet uitmaakt of de zonder vergunning verrichte werkzaamheden lang (enkele maanden⁴²) of korter durend (enkele weken⁴³, dagen⁴⁴ of uren⁴⁵) zijn geweest.⁴⁶ Dat uitgangspunt geniet uitzondering als sprake is geweest van eenmalige incidentele arbeid. In dergelijke gevallen matigt de minister de boete met 50%, welke matiging de Afdeling in stand

35 Bijna 100 zaken in de onderzocht periode.

36 Zie voor de achtergrond van de Wav, VAR-preadvies, p. 171-172.

37 Art. 2 Beleidsregel Wet arbeid vreemdelingen 2015. De boetes bedroegen € 8.000 en € 4.000 voor respectievelijk rechtspersonen en natuurlijke personen. Hoewel de verhoging niet even drastisch is als bij de schending van de inlichtingenplicht (de boete wordt op 100% van het benadelingsbedrag vastgesteld), geldt dat de Wav-boetebedragen geen relatie hebben met het met de illegale tewerkstelling behaalde voordeel.

38 AB 2015/182, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Wav).

39 VAR-preadvies, p. 182.

40 Zie noot 20.

41 ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4534. Geen matiging: ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1001.

42 ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:889.

43 ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2336 en ABRvS 1 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1036.

44 O.a. ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2063 en ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:163.

45 O.a. ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1016 en ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:771.

46 Duur en omvang worden soms in onderling verband beoordeeld. O.a. ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:209 en ECLI:NL:RVS:2015:208 en ABRvS 6 augustus 2014, JV 2014/304.

laat.⁴⁷ Wat precies kwalificeert als marginaal is overigens niet helemaal duidelijk.⁴⁸

First offender

De Afdeling blijft van oordeel dat de omstandigheid dat een werkgever de Wav voor de eerste maal heeft overtreden geen factor is die tot matiging aanleiding geeft. In de meeste uitspraken motiveert de Afdeling met verwijzing naar haar uitspraak van 12 maart 2008⁴⁹ en de recidivebepaling van artikel 19d, tweede lid, Wav waaruit volgt dat ook een eerste overtreding bestraft wordt met een boete.⁵⁰ In een enkele uitspraak stelt de Afdeling dat die omstandigheid geen afbreuk doet aan de ernst van de overtreding.⁵¹

Doelstelling: voordeel

In de toelichting op de Beleidsregel 2015 staat dat de voornaamste doelstelling van de Wav is om illegale tewerkstelling te voorkomen en te ontmoedigen.⁵² Illegale tewerkstelling verdringt legaal arbeidsaanbod. Daarnaast behalen werkgevers die illegalen te werk stellen hiermee vaak een aanzienlijk financieel voordeel. Daardoor kunnen de productiekosten van de werkgever bij illegale tewerkstelling veel lager zijn dan bij legale tewerkstelling. Het is onwenselijk dat de werkgever dit voordeel behoudt. Niet alleen de vreemdeling is hiervan

47 ABRvS 3 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4393 en ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2252.

48 Geen marginale arbeid: o.a. ABRvS 24 juni 2015, ECLI:NL:2015:1980. ABRvS 21 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:88. ABRvS 27 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2160.

49 JV 2008/174 en AB 2009/111.

50 ABRvS 1 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1036 en ABRvS 25 februari 2015, JV 2015/94.

51 ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:805 en ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2336.

52 Beleidsregel 2015, p. 6. Inmiddels is dit Boetebeleid gewijzigd na de hierna te behandelen uitspraak van de Afdeling: ABRvS 7 oktober 2015.

de dupe, maar ook de andere werkgevers die wel de desbetreffende regelgeving naleven worden hierdoor benadeeld. Een hoge bestuurlijke boete is dan tevens een middel om de verstoorde concurrentieverhoudingen weer recht te zetten. Werkgevers kunnen immers voordeel behalen wanneer zij vreemdelingen onderbetalen en geen premies en belastingen afdragen. De omstandigheid dat een werkgever met de inzet van vreemdelingen geen winst heeft gemaakt of anderszins voordeel heeft behaald, doet volgens de Afdeling geen afbreuk aan de ernst van de overtreding.⁵³ Ons is één geval bekend waarin de Afdeling de boete met 25% matigde omdat er niet alleen geen sprake was van uitbuiting maar tevens van bijkomende omstandigheden.⁵⁴ In de omgekeerde situatie, waarbij een werkgever wel voordeel behaalt, omdat hij vreemdelingen onder meer heeft uitgebuit, leidt die omstandigheid niet tot matiging. De Afdeling motiveert in een dergelijk geval uitdrukkelijk dat de boetes juist vanwege de uitbuiting niet gematigd worden.⁵⁵ Hoe dat te rijmen valt met de motivering van de Afdeling dat in gevallen waarbij er geen sprake is van voordeel, dat niet afdoet aan de ernst van de overtreding begrijpen wij niet. Uit de onderzochte uitspraken blijkt dat slechts in enkele gevallen uitdrukkelijk wordt gesteld dat sprake is van uitbuiting en onderbetaling. Daaruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat in de meeste gevallen geen sprake is van onderbetaling en uitbuiting van vreemdelingen.⁵⁶

53 ABRvS 11 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:384; ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1190.

54 ABRvS 22 april 2015, AB 2015/230 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

55 ABRvS 18 maart 2015, JV 2015/120.

56 Ook zijn ons geen zaken bekend waarin vreemdelingen de werkgever hebben aangesproken tot het betalen van loon ex art. 23, lid 2, Wav.

Opzet

Evenmin is opzet een relevante factor.⁵⁷ De Afdeling wijst er onder meer op dat het gebrek aan opzet of het niet bewust in strijd handelen met de Wav niet afdoet aan de ernst van de overtreding⁵⁸ of dat opzet geen vereiste is voor overtreding van de Wav.⁵⁹ Daarbij merken wij op dat wanneer wel sprake is van opzettelijk in strijd met de Wav handelen, die omstandigheid net als in de situatie dat er behaald voordeel is, uitdrukkelijk aan de niet matiging van boetes ten grondslag wordt gelegd.⁶⁰

Groote onderneming

De Beleidsregel 2015 (net als diens voorgangers) maakt enkel onderscheid tussen natuurlijke en rechtspersonen. Dit onderscheid leidt ertoe dat de boete voor een natuurlijke persoon 50% van het maximale boetebedrag bedraagt van dat voor een rechtspersoon. Een nader onderscheid binnen de categorie rechtspersonen wordt echter niet gemaakt. Een werkgever betoogde dat het beleid (Beleidsregels boeteoplegging Wav 2012 (oud)) onredelijk was, omdat het grote ondernemingen bevoordeelt ten opzichte van kleinere ondernemingen en dat het enkele onderscheid tussen rechtspersonen en natuurlijke personen inherent discriminatoir is. De Afdeling herhaalt echter dat zij in het betoog van de werkgever geen grond ziet om terug te komen op de vaste jurisprudentie dat dit beleid niet onredelijk is en dat dit evenmin tot onevenredige boetes leidt.⁶¹ Wel kan de

57 ABRvS 9 juli 2014, AB 2015/182, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2508. Vgl. echter de hierna te behandelen uitspraak ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3118.

58 ABRvS 12 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:889.

59 ABRvS 25 februari 2015, JV 2015/94 en ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:209.

60 ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1941.

61 ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1956; ABRvS 9 juli 2014, AB 2015/182, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; ABRvS 24 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1980 en

grootte van de onderneming een rol spelen bij de draagkracht.⁶²

Persoonlijke omstandigheden

Persoonlijke omstandigheden (o.a. relationele⁶³ of pensioen⁶⁴) kunnen tot matiging aanleiding geven, mits een beroep daarop is onderbouwd. Voor zover wij hebben kunnen nagaan, is een beroep daarop slechts één keer geslaagd, omdat de werkgever in kwestie onder meer met een onderzoek had gestaafd dat sprake was van gedragsproblemen en een verstandelijke beperking.⁶⁵ Dat leidde ertoe dat de Afdeling de boete met 50% matigde.

Financiële situatie/draagkracht

Op de factor slechte financiële omstandigheden doen beboete werkgevers het vaakst een beroep. In de meeste gevallen slaagt dit beroep niet. De beboete werkgever blijkt de stelling dat sprake is van beperkte draagkracht vaak niet gestaafd of aannemelijk gemaakt te hebben.⁶⁶ Vereist is dat een werkgever op basis van recente,⁶⁷ volledige en controleerbare,⁶⁸ definitieve gegevens aantoont dat zijn draagkracht beperkt is.⁶⁹ In elk geval worden boetes niet gematigd als er over een of meerdere jaren winst is behaald,⁷⁰ waarbij dan tevens de hoogte van

de boete wordt betrokken. Ons onderzoek laat zien dat de Afdeling de lijn ten aanzien van de factor draagkracht zoals beschreven in ons preadvies handhaaft.⁷¹ Op een aantal andere punten zien we dat de jurisprudentie wat verder is uitgewerkt en verduidelijkt. In de eerste plaats valt op dat de Afdeling meer dan voorheen aandacht schenkt aan de motivering door bijvoorbeeld de bedragen te noemen van de door de onderneming behaalde resultaten.⁷² Daardoor zijn de afwegingen van de Afdeling en de conclusie beter te volgen. In de tweede plaats heeft de Afdeling duidelijk gemaakt dat het al dan niet bestaan van een betalingsregeling niet van invloed is op de beoordeling van de draagkracht.⁷³ In de derde plaats heeft de Afdeling het begrip ‘gezamenlijke draagkracht’ ontwikkeld. Een beroep op slechte financiële draagkracht van aan een dochterbedrijf opgelegde Wav-boetes slaagt niet als het moederbedrijf, waarmee een nauwe band bestaat, er financieel wel gunstig voorstaat. In een dergelijk geval mag de ‘gezamenlijke draagkracht’ bij de beoordeling worden betrokken.⁷⁴

3.5 *Overige jurisprudentie*

Bij de jurisprudentie van de algemene kamer van de Afdeling in diverse andere boetezaken, gaat het om een grote verscheidenheid aan boetes op grond van de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet), de Huisvestingswet (Hvw), de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (WML), de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten (Wion), de Arbeidstijdenwet (Atw), de Geneesmiddelenwet (Gmw), de Mediawet 2008 (Mediawet), de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen

ABRvS 3 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1745. Zie eerder ABRvS 11 juli 2007, *JV* 2007/385, m.nt. M. Tjebbes, *JB* 2007/166 en *AB* 2007/310, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

62 ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:181 en ABRvS 9 juli 2014, *AB* 2015/182, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

63 ABRvS 24 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1931.

64 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2252.

65 ABRvS 19 november 2014, *JV* 2015/10.

66 O.a. ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2157 en ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:624.

67 ABRvS 11 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:738 en ABRvS 1 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1036.

68 ABRvS 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1190.

69 ABRvS 4 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2017.

70 ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:61 en ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2508.

71 VAR-preadvies, p. 175-176.

72 ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:181 en ABRvS 28 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:166.

73 ABRvS 19 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1016 en ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2528. Anders: ABRvS 28 januari 2015, *AB* 2015/139 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Atw).

74 ABRvS 8 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2120.

(Wko) en de Wet op de vaste boekenprijs. Het gaat daarbij in bijna alle gevallen om bij beleid gefixeerde stelsels (Mediawet, Atw, Gmw, Arboret, WML, Wko, Wion en de Wet op de vaste boekprijs). De boetes op grond van de Hvw kennen een door de gemeenteraad bij verordening gefixeerd systeem. In de bijlage van de verordening wordt de hoogte van de boete voor de verschillende overtredingen bepaald waarbij enkel onderscheid wordt gemaakt tussen een eerste overtreding en recidive. Ons onderzoek leidt tot de volgende conclusies ten aanzien van de onderzochte factoren.

First offender

Het beroep dat enkele overtreeders deden op de omstandigheid dat zij voor het eerst het desbetreffende voorschrift hadden overtreden, slaagt in geen van de gevallen. In twee boetezaken op grond van de Arboret stelt de Afdeling dat die omstandigheid in het beleid is verdisconteerd, omdat bij recidive de boete met 1,5 wordt verhoogd.⁷⁵ Tot dezelfde conclusie komt de Afdeling ook in geval het beleid daarmee geen rekening houdt. In die zaak onderbouwde de Afdeling haar standpunt bovendien door te verwijzen naar bijkomende omstandigheden, omdat sprake was van een heel ernstige overtreding (fraude met registratie van arbeidstijden).⁷⁶ In één boetezaak op grond van de Hvw oordeelde de Afdeling dat de omstandigheid dat sprake is van een eerste overtreding niet bijzonder is in de zin van artikel 5:46, lid 3, Awb.⁷⁷

Opzet

In boetezaken op grond van de Atw en de Gmw oordeelde de Afdeling dat opzet geen bestand-

deel is van het desbetreffende overtreden wettelijk voorschrift en dat het niet bewust in strijd met het desbetreffende wettelijke voorschrift handelen dus niet tot matiging aanleiding kon geven.⁷⁸ In één boetezaak stelde de Afdeling dat de stelling van de overtreder dat hij niet bewust de Hvw had overtreden geen bijzondere omstandigheid in de zin van artikel 5:46, derde lid, Awb oplevert en derhalve niet tot matiging kan leiden.⁷⁹

Duur/aard en omvang van de overtreding

In sommige gevallen stuit een beroep op de beperkte duur en de aard en omvang van een overtreding af op de omstandigheid dat het niet onderbouwd is⁸⁰ of niet van beperkte of geringe aard⁸¹ is. In het geval de verordening⁸² of het beleid⁸³ geen rekening houdt met die omstandigheden, leidt een beroep daarop niet tot matiging. Maakt het beleid bij het bepalen van de hoogte van de boete wel onderscheid naar de duur, dan acht de Afdeling die omstandigheid zo blijkt uit één uitspraak verdisconteerd⁸⁴ en toetst de Afdeling of het bestuursorgaan het beleid op juiste wijze heeft toegepast.⁸⁵ Wel kan de samenhang tussen verschillende overtredin-

75 ABRvS 22 april 2015, *Gst.* 2015/75 m.nt. A. Klap (Arboret) en ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2547 (Arboret).

76 ABRvS 28 januari 2015, *AB* 2015/139 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Atw). Boete € 11.250,-.

77 ABRvS 26 februari 2014, *JB* 2014/68, *AB* 2014/319 m.nt. R. Stijnen (Hvw).

78 ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2855 (Atw) en ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2619.

79 ABRvS 26 februari 2014, *JB* 2014/68, *AB* 2014/319 m.nt. R. Stijnen (Hvw).

80 ABRvS 5 november 2014, *AB* 2015/81, m.nt. R. Stijnen (WML).

81 ABRvS 8 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2 (Arboret) en ABRvS 24 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2332 (WML).

82 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2199 (Hvw) en ABRvS 28 mei 2014, *JB* 2014/151, *JOM* 2014/800 (Hvw).

83 ABRvS 14 januari 2015, *AB* 2015/92, m.nt. R. Stijnen (Wko).

84 ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2547 (Arboret).

85 ABRvS 12 februari 2014, *AB* 2015/126 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (WML).

gen op grond van dezelfde wet (Mediawet) een rol spelen en tot matiging leiden.⁸⁶

Voordeel

Het beroep van overtreders dat zij geen voordeel hebben behaald, slaagt niet als blijkt dat dat wel het geval is.⁸⁷ In één reeds aangehaalde boetezaak op grond van de Hvw stelt de Afdeling dat de stelling van de overtreder dat hij geen voordeel heeft behaald geen bijzondere omstandigheid in de zin van artikel 5:46, derde lid, Awb oplevert en derhalve niet tot matiging kan leiden.⁸⁸ In één uitspraak op grond van de Wko oordeelt de Afdeling dat sprake is van zodanige bijzondere omstandigheden dat matiging van de boete passend en geboden was.⁸⁹ Daarbij acht de Afdeling onder meer van belang dat de stichting in kwestie niet uit winstbejag had gehandeld.

Grootte onderneming

Ten aanzien van de beoordeling van het beroep op de (beperkte) grootte van de onderneming, lijkt de Afdeling boetebeleid dat voorziet in categorieën die afhankelijk worden gesteld van de grootte van een onderneming kritischer te toetsen. Zo heeft zij de Beleidsregels bestuurlijke boete Geneesmiddelenwet (oud) onredelijk geacht. Dit beleid bepaalt de hoogte van de boete aan de hand van de grootte van een onderneming, welke afhankelijk is van het aantal werknemers.⁹⁰ Een onderneming met 11 tot en met 49 werknemers kan maximaal een boete opgelegd worden van € 50.000,- (categorie 2) en een onderneming met 50 werknemers of meer werknemer een boete van € 150.000,- (categorie 3). In de laatstgenoemde categorie wordt geen onderscheid gemaakt tussen apotheken

en grote farmaceutische bedrijven. Dergelijke bedrijven verschillen onder andere in het aantal werknemers en de invloed op het voorschrijven van geneesmiddelen. Dat betekent dat een onderneming met 51 werknemers op grond van het boetebeleid een even hoge boete opgelegd kan krijgen als een groot farmaceutisch bedrijf met veel meer werknemers. Het kleine verschil in werknemers leidde echter wel tot een groot verschil in de maximaal op te leggen boete, waarvoor geen rechtvaardiging bestond. De Afdeling matigt de boete van € 121.500,- voor een bedrijf met 51 werknemers tot € 75.000,-. Dat bedrag is de helft van het maximale boetebedrag van de derde categorie. Het lijkt erop alsof de Afdeling zich hierbij heeft laten inspireren door de jurisprudentie van het CBB inzake de Tabakswet, maar dat blijkt niet uit de uitspraak.⁹¹ Ten aanzien van andere zaken waarin een beroep op deze factor werd gedaan, merken we nog het volgende op. Een beroep op de grootte van de onderneming moet worden onderbouwd.⁹² In dit kader noemen we ook nog een uitspraak op grond van de Hvw.⁹³ Weliswaar ziet die uitspraak niet op de grootte van de onderneming, maar gaat het om de vraag of bij de hoogte van de boete de omstandigheid dat de overtreder niet tot een bepaalde doelgroep (malafide huisjesmelkers) behoort, verdisconteerd moet worden. De stelling dat de overtreder geen huisjesmelker is en dat de boete daarom gematigd moet worden slaagt niet omdat de Hvw en de verordening volgens de Afdeling geen onderscheid maken in specifieke doelgroepen van overtreders.

Doelstellingen

Uit één uitspraak blijkt dat wanneer de doelstellingen (bijvoorbeeld het algemeen belang: beschermen van de volksgezondheid) wel zijn

86 ABRvS 9 juli 2014, *NJB* 2014/1526.

87 ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1282 (Hvw).

88 ABRvS 26 februari 2014, *JB* 2014/68, *AB* 2014/319 m.nt. R. Stijnen (Hvw).

89 ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:822 (Wko).

90 ABRvS 5 november 2014, *AB* 2015/191, m.nt. O.D.J.M.L. Jansen (Gmw).

91 Zie o.a. CBB 22 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG8819 (Tabakswet).

92 ABRvS 8 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2 (Arbowet).

93 ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2853 (Hvw).

doorkruist dat niet tot matiging van de boete leidt.⁹⁴ Ter onderbouwing daarvan motiveert de Afdeling expliciet dat de overtreding wel degelijk heeft geleid tot schending van de doelstellingen van het overtreden wettelijk voorschrift.

Financiële omstandigheden/draagkracht

Financiële draagkracht is uiteraard ook bij niet Wav-boetes een relevante factor bij het bepalen van de hoogte van de boete. In de meeste gevallen slaagt een beroep niet, omdat de slechte financiële situatie niet aannemelijk is gemaakt.⁹⁵ Ten aanzien van draagkracht heeft de Afdeling in twee boetezaken op grond van de Gmw bepaald dat het niet kunnen betalen van de boetes geen reden voor matiging is.⁹⁶ De Afdeling acht relevant dat het bedrijf na oplegging van de aan de orde zijnde boete, ondanks haar gestelde slechte financiële situatie, nog vier maal de Gmw heeft overtreden. Daarbij betreft de Afdeling bovendien het beleid dat uitgaat van verdubbeling van boetes bij (herhaalde) recidive. Onder deze omstandigheden is er geen grond voor het oordeel dat het bedrijf wegens haar slechte financiële situatie onevenredig door de boete wordt getroffen. Herhaalde recidive leidt in sommige gevallen tot het wel matigen van boetes vanwege de beperkte financiële draagkracht. Interessant zijn twee uitspraken van de Afdeling waarin forse boetes van € 121.100,- en € 181.900,- aan de Somerense aspergeteeltster wegens overtreding van de WML vanwege de zeer schrijnende financiële situatie op nihil worden gesteld.⁹⁷

Persoonlijke omstandigheden

Ten aanzien van het beroep op persoonlijke omstandigheden (burn-out,⁹⁸ leeftijd, gezondheidstoestand⁹⁹ en bijstand¹⁰⁰) blijkt dat met uitzondering van de in het kader van de draagkracht besproken uitspraak over de Somerense aspergeteeltster geen van de aangevoerde omstandigheden tot matiging leidde, omdat ze onvoldoende waren onderbouwd. Daarbij lijkt de jurisprudentie van de Afdeling bij boetes op grond van de Hvw te suggereren dat persoonlijke omstandigheden niet bijzonder in de zin van het derde lid van artikel 5:46 Awb zijn en derhalve niet tot matiging aanleiding kunnen geven.¹⁰¹ Vanwege een ontbrekende motivering blijft onduidelijk of de Afdeling deze omstandigheden in de concrete situatie niet bijzonder acht of dat zij van oordeel is dat persoonlijke omstandigheden niet bijzonder zijn in de zin van voornoemd artikel.

4. College van Beroep voor het Bedrijfsleven

4.1 *Introductie*

Anders dan in ons preadvies, leggen we in het kader van dit artikel niet de nadruk op de rechtspraak inzake boetes die zijn opgelegd op grond van de financiële toezichtwetgeving (o.a. Wet financieel toezicht (Wft) en diens voorganger) en de Tabakswet. Naast boetes op grond van deze wetgeving doen wij mede verslag van de jurisprudentie op grond van de Meststoffenwet (Msw), de Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen (Wva), de Mededingingswet (Mw) en de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc).

94 ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2619 en 2620 (Gmw).

95 ABRvS 28 januari 2015, AB 2015/139 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Atw) en ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3697 (Atw).

96 ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2619 en ECLI:NL:RVS:2014:2620 (Gmw).

97 VAR-preadvies, voetnoot 302.

98 ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:851 (Atw).

99 O.a. ABRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3697 (Atw) en ABRvS 26 februari 2014, JB 2014/68, AB 2014/319 m.nt. R. Stijnen (Hvw).

100 ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4704.

101 ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:742 (Hvw) en ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1041 (Hvw).

Het gaat daarbij om wettelijk gefixeerde boetesels (Wft, Msw (beide bij AMvB)) en de Tabakswet (in een bijlage bij voornoemde wet)), bij beleidsregel gefixeerde stelsels (Mw en Wva) en een destijds nog niet gefixeerd stelsel (Whc).¹⁰² Hierna brengen we de ontwikkelingen in de jurisprudentie van de verschillende factoren nader in kaart.

4.2 Onderzoek naar de factoren

Aard en omvang, duur overtreding

In ons preadvies constateerden wij dat de duur en de aard en omvang van de overtreding bij de hoogte van de boete een rol kunnen spelen.¹⁰³ In de onderzochte jurisprudentie deden beboete (rechts)personen regelmatig een beroep op deze argumenten, maar hun beroep slaagde niet vaak.¹⁰⁴ In elk geval slaagt het niet als de duur niet van beperkte aard was.¹⁰⁵ We hebben niet in alle gevallen goed kunnen vaststellen waarom deze factoren in de individuele zaken niet tot matiging hebben geleid, aangezien de motivering in de onderzochte uitspraken nogal eens ontbreekt.¹⁰⁶ Bovendien heeft het bestuursorgaan een enkele keer de boete gematigd, waarbij mogelijk ook de duur en de aard en

omvang van de overtreding reeds betrokken kunnen zijn geweest.¹⁰⁷

Voordeel

De vraag of sprake is van behaald voordeel is een factor waarmee het CBB bij de boetes op grond van de Msw (nog steeds) rekening houdt. Bij het bepalen van de hoogte van deze boete is door de wetgever het daarmee behaalde voordeel verdisconteerd. Echter, uit de jurisprudentie van het CBB blijkt dat er ook volgens het bestuursorgaan ruimte overblijft om het geringe of niet behaalde voordeel te verdisconteren, omdat het economische voordeel geringer is en van andere aard dan het economische voordeel dat de wetgever voor ogen had bij het vaststellen van de boetebedragen.¹⁰⁸ Indien het beperkte economische voordeel reeds in beroep of heroverweging tot (aanzienlijke) matiging heeft geleid, dan matigt het CBB de boete in de meeste gevallen niet verder.¹⁰⁹ Is het beroep op het ontbreken van voordeel niet onderbouwd, dan leidt dat niet tot matiging.¹¹⁰

Opzet

In slechts enkele uitspraken stelt de beboete (rechts)persoon zich op het standpunt dat opzet ontbreekt en dat de opgelegde boete om die reden gematigd moet worden. In geen van die gevallen leidde het beroep daarop tot matiging. Onduidelijk blijft waarom het gebrek aan opzet niet tot matiging leidde, omdat een moti-

102 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. Uit de onderzochte boetezaken op grond van de Whc blijkt dat de ACM destijds nog geen beleid had ontwikkeld. De Whc volstaat met het noemen van een boetemaximum, waarbinnen de ACM zelf de boete moet vaststellen. Sinds juli 2014 heeft de ACM wel beleidsregels (Boetebeleidsregel ACM 2014) vastgesteld.

103 VAR-preadvies, p. 160 en 161.

104 O.a. CBB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:194 (Whc) en CBB 17 juli 2014, JOR 2014/241, m.nt. V.H. Affourtit.

105 O.a. CBB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:194 (Whc).

106 O.a. CBB 28 november 2013, JOR 2014/41, m.nt. F.M.A. 't Hart, JONDR 2014/295 (Wft) en CBB 15 mei 2014, JOR 2014/267, m.nt. G.T.J. Hoff, RF 2014/85, JONDR 2014/1096 (Wft).

107 CBB 12 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:335 (Msw) en CBB 12 december 2013, JBO 2014/31, m.nt. D. van der Meijden (Msw).

108 CBB 12 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:335 (Msw) en CBB 12 december 2013, JBO 2014/31, m.nt. D. van der Meijden (Msw).

109 CBB 12 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:335 (Msw) en CBB 30 december 2014, JBO 2015/54, m.nt. D. van der Meijden (Msw).

110 CBB 29 oktober 2014, JBO 2014/226, m.nt. D. van der Meijden (Msw) en CBB 30 april 2014, JBO 2014/103, m.nt. D. van der Meijden (Msw).

vering van het CBb ontbreekt.¹¹¹ Wanneer sprake is van bewuste handelingen in strijd met de wetgeving, leidt dat in elk geval niet tot matiging.¹¹²

First offender/recidive

De factor 'first offender' beoordeelt het CBb op verschillende manieren in het kader van de evenredigheid. In één zaak op grond van de Msw acht het CBb deze omstandigheid niet bijzonder in de zin van artikel 5:46, lid 3, Awb.¹¹³ In geval van bij beleidsregel gefixeerde boetes beoordeelt het CBb of daarmee in het beleid wordt rekening gehouden. Is dat het geval, maar is daarmee bij de oplegging van de boete geen rekening gehouden, dan wordt de boetehoogte aangepast.¹¹⁴ Soms wordt een beroep op deze factor materieel beoordeeld. Zo leidt het beroep van een Duitse onderneming op 'first offender' niet tot matiging, aangezien het CBb daarbij onder meer de omstandigheid betreft dat de ACM de hoogte van de opgelegde boetes aanzienlijk lager heeft vastgesteld dan het maximale boetebedrag dat voor de desbetreffende overtreding kan worden opgelegd.¹¹⁵ Is sprake van recidive, dan is er geen plaats voor matiging.¹¹⁶

Doorkruising doelstellingen

Datgene wat hiervoor is gesteld over het ontbreken van voordeel, geldt ook voor het beroep dat nogal eens wordt gedaan op de stelling dat

geen sprake is van doorkruising van de doelstellingen van het overtreden voorschrift. Dat beroep slaagt in elk geval niet als de boete mede om die reden al naar behoren volgens het CBb is gematigd.¹¹⁷ Bovendien laat de jurisprudentie op grond van de Msw zien dat de stelling dat er geen milieuschade is, moet zijn onderbouwd.¹¹⁸

Grootte onderneming

Ten aanzien van het argument 'grootte van de onderneming' zijn weinig ontwikkelingen te melden. Hoewel het los staat van deze factor, observeren we dat het CBb de professionaliteit van een onderneming bij de beoordeling van de evenredigheid betreft.¹¹⁹ Hoe professioneler een onderneming, hoe minder groot de kans dat een beroep op matiging slaagt.

Financiële situatie/draagkracht

De jurisprudentie van het CBb is met betrekking tot het beroep op de slechte financiële situatie van de overtreder ondertussen verder ontwikkeld. Het CBb is kritischer geworden ten aanzien van de beoordeling van de financiële draagkracht en lijkt op te schuiven in de richting van de door de Afdeling ontwikkelde jurisprudentie. Uit ons onderzoek blijkt dat vaak een beroep wordt gedaan op de beperkte financiële draagkracht. In het merendeel van de gevallen is het beroep onvoldoende onderbouwd, waardoor matiging enkel om die reden niet in de rede ligt.¹²⁰ Uit één uitspraak blijkt

111 CBb 28 november 2013, *JOR* 2014/41, m.nt. F.M.A. 't Hart, *JONDR* 2014/295 (Wft) en CBb 19 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:307 (Wva).

112 CBb 29 oktober 2014, *JBO* 2014/208, m.nt. D. van der Meijden (Msw).

113 CBb 28 maart 2014, *JBO* 2014/82, m.nt. D. van der Meijden, *NJB* 2014/1464 (Msw).

114 CBb 22 september 2014, *V-N* 2015/12.15, m.nt. Red. (Wva). CBb 19 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:307 (Wva).

115 CBb 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191 (Whc).

116 CBb 22 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:322 (Tabakswet).

117 CBb 12 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:335 (Msw) en CBb 12 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:333 (Msw).

118 CBb 29 oktober 2014, *JBO* 2014/209, m.nt. D. van der Meijden (Msw) en CBb 12 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:335 (Msw).

119 CBb 15 mei 2014, *JOR* 2014/267, m.nt. G.T.J. Hoff, *RF* 2014/85, *JONDR* 2014/1096 (Wft) en CBb 6 februari 2014, *PJ* 2014/46, m.nt. J.J.C. van den Brink, *JOR* 2014/73, *RF* 2014/37, *NJB* 2014/831, *JONDR* 2014/406.

120 O.a. CBb 29 oktober 2014, *JBO* 2014/209, m.nt. D. van der Meijden (Msw) en CBb 29 oktober 2014, *JBO* 2014/226, m.nt. D. van der Meijden.

dat als de boete inmiddels betaald is, het beroep op beperkte draagkracht niet slaagt.¹²¹ Welke stukken precies moeten worden overgelegd en in welke situatie een beroep slaagt, is (nog steeds) niet duidelijk.¹²² Bij het beoordelen van de draagkracht beoordeelt het CbB inmiddels niet alleen de vermogenspositie uit het verleden¹²³ maar ook de financiële positie zoals die na de overtreding bestond.¹²⁴ Ten slotte blijkt uit één uitspraak dat het CbB bij de beoordeling van de draagkracht ook kijkt naar de financiële situatie van de gehele holding en niet alleen naar de financiële situatie van de beboete onderneming in kwestie.¹²⁵ Uit deze twee laatste uitspraken blijkt ook dat het CbB de financiële draagkracht *ex nunc* toetst.¹²⁶

Persoonlijke omstandigheden

Daar waar wij in ons preadvies slechts één zaak hadden gevonden waarin een beroep op persoonlijke omstandigheden werd gedaan, zien we dat beboete (rechts)personen daar meer dan voorheen een beroep op doen.¹²⁷ In geen van de gevallen leidt een beroep op persoonlijke omstandigheden (blanco strafblad,¹²⁸ psychi-

sche omstandigheden,¹²⁹ negatieve publiciteit¹³⁰) tot matiging. Een zaak die in dit verband opzien baart, is een boete op grond van de Msw voor een bedrag van € 45.000,- aan een ten tijde van de overtreding nog minderjarige persoon.¹³¹ De boete is opgelegd voor het feitelijk leidinggeven aan het in de bodem brengen van meststoffen. De jonge leeftijd is voor het CbB geen omstandigheid om de boete te matigen. Het CbB acht in navolging van de rechtbank¹³² van belang dat appellatant ondanks zijn minderjarigheid feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedragingen en zich in het economisch verkeer als een volwassene heeft gemanifesteerd en kans heeft gezien om een omvangrijke mesthandel op te zetten.¹³³ Daarbij stelt het CbB dat artikel 77a Sr (in de uitspraak wordt artikel 771 Sr genoemd, maar dat zal berusten op een verschrijving) niet van toepassing is. Op basis van die bepaling zijn lichtere straffen van toepassing als het gaat om overtreders met een leeftijd tussen de twaalf en achttien jaar. Op grond van het jeugdstrafrecht worden geen geldboetes opgelegd die hoger zijn dan een geldboete van de tweede categorie. Een dergelijke boete bedraagt maximaal € 4.050,- sinds 1 januari 2014. Op grond van artikel 77b Sr kan de rechter het jeugdstrafrecht buiten toepassing laten voor jeugdigen tussen de zestien en achttien jaar indien hij onder meer grond vindt in de ernst van het begane feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan. Het buiten toepassing laten van het jeugdstrafrecht gebeurt slechts in uit-

121 CbB 28 maart 2014, *JBO* 2014/82, m.nt. D. van der Meijden (Msw).

122 CbB 26 november 2014, *JOR* 2015/12, m.nt. C.W.M. Lieveise, *JONDR* 2015/155 (Wft) en CbB 30 januari 2014, *JOR* 2014/102, m.nt. C.A. Doets, *RF* 2014/45, *JONDR* 2014/739 (Whc).

123 CbB 2 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:456, *JOR* 2015/43, m.nt. S.M.C. Nuijten, *NJB* 2015/30, *RF* 2015/3, *RF* 2015/42, *JONDR* 2015/297 (Wft).

124 CbB 20 november 2014, *JOR* 2015/42, m.nt. S.M.C. Nuijten (Wft).

125 CbB 26 november 2014, *JOR* 2015/12, m.nt. C.W.M. Lieveise, *JONDR* 2015/155 (Wft).

126 In CbB 20 november 2014, *JOR* 2015/42, m.nt. S.M.C. Nuijten (Wft) verwijst het CbB ook naar HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:685.

127 CbB 19 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA0275 (Wft).

128 CbB 28 maart 2014, *JOR* 2014/82, m.nt. D. van der Meijden (Msw).

129 CbB 24 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:182 (Msw).

130 CbB 11 september 2014, *JOR* 2014/302, m.nt. C.W.M. Lieveise en S.R. van Breukelen (Wft) en CbB 26 november 2014, *JOR* 2015/12, m.nt. C.W.M. Lieveise, *JONDR* 2015/155 (Wft).

131 De exacte leeftijd wordt in de uitspraak niet genoemd.
132 Rb. Arnhem 28 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX0911.

133 CbB 29 oktober 2014, *JBO* 2014/225 m.nt. D. van der Meijden (Msw).

zonderingsgevallen.¹³⁴ Bovendien wordt dan met de toepassing van het volwassenenrecht een mildere straf opgelegd.¹³⁵ In het licht van het strafrecht bezien, is de opgelegde boete die elf keer de maximale geldboete bedraagt, naar ons idee wel erg fors en de evenredigheidstoets niet te kunnen doorstaan. Ook vanwege de omstandigheid dat de medepleger in dit geval een even hoge boete krijgt opgelegd als de minderjarige én het feit dat in de Msw wordt aangesloten bij de boetecategorieën van artikel 23 Sr. In elk geval schort het in de uitspraak aan de onderbouwing waarom in dit geval geen rekening wordt gehouden met de leeftijd van de overtreder.

Gelijkheidsbeginsel

Ten slotte besteden we nog kort aandacht aan het gelijkheidsbeginsel, dat in het bijzonder van belang is voor een consistente boeteoplegging. In het preadvies constateerden we dat het CBB als enige hoogste rechtscollege boetes beoordeelt in het licht van dit beginsel.¹³⁶ We zien dat beboete (rechts)personen vaker een beroep doen op dit beginsel, zonder succes overigens omdat het CBB oordeelt dat in die zaken geen sprake is van een gelijk geval.¹³⁷ Verder blijft het CBB het gelijkheidsbeginsel betrekken in de beoordeling van de boetheogte en matigt hij de boete bijvoorbeeld als in een ander gelijk geval de boete verdergaand gematigd is.¹³⁸

134 O.a. Rb. 's-Hertogenbosch 4 december 2001, ECLI:NL:RBSHE:2001:AD6682; Hof Den Haag 23 december 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AR8112 en HR 22 november 2005, NJ 2006/138.

135 Rb. 's-Hertogenbosch 4 december 2001, ECLI:NL:RBSHE:2001:AD6682 en Hof Den Haag 23 december 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AR8112.

136 VAR-preadvies, p. 186.

137 CBB 12 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:335 (Msw) en CBB 29 oktober 2014, JBO 2014/209, m.nt. D. van der Meijden (Msw).

138 CBB 12 december 2013, JBO 2014/30, m.nt. D. van der Meijden en CBB 22 september 2014, V-N 2015/12.15 m.nt. Red., FutD 2014-2553 (Wva).

5. Slotbeschouwing

5.1 *Beeld uit de jurisprudentie in vergelijking met het rechtspraakonderzoek ten behoeve van ons VAR-preadvies*

Centrale Raad

In de uitspraken over de Fraudewet heeft de Centrale Raad de op grond van deze wet opgelegde boetes onevenredig bevonden, in het bijzonder ook vanwege de grote hoogte van deze boetes in combinatie met het niet differentiëren tussen mensen die de inlichtingenplicht opzettelijk hebben geschonden en zij die dit niet bewust hebben gedaan. De Centrale Raad geeft algemene richtsnoeren ten aanzien van de factor opzet. In contrast hiermee is dat de Centrale Raad in studiefinancieringszaken vooralsnog erg afstandelijk ('niet onevenredig') lijkt te toetsen en het bestuur alle ruimte 'gunt' om het door de wetgever in de memorie van toelichting beoogde boetetarief tot uitgangspunt te nemen. Een enkele keer maakt de Centrale Raad meer werk van de motivering van de beslissing om een boete al dan niet te matigen maar vaker wordt met een standaardmotivering volstaan. Verder zet de Centrale Raad de lijn voort dat de diverse evenredigheidsfactoren tot matiging kunnen leiden, zij het dat dus niet altijd (goed) gemotiveerd wordt waarom er geen aanleiding is om de boete te matigen. Dit laatste zou er ook mee te maken kunnen hebben dat de overtreder lang niet altijd (of op zeer minimale wijze) bijzondere omstandigheden aanvoert die tot matiging zouden moeten leiden.

Afdeling

De Afdeling maakt in het bijzonder in Wav-zaken maar ook daarbuiten meer werk van het bespreken van de feiten en omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Op deze

manier wordt meer inzichtelijk waarom zij al dan niet tot matiging van het boetebedrag komt, in het bijzonder ook als het gaat om financiële omstandigheden. De Afdeling houdt in Wav-zaken nog steeds geen rekening met de factoren opzet, behaald voordeel, first offender, grootte van de onderneming, terwijl die wel van groot belang zijn voor het bepalen van de evenredigheid van de op te leggen boete.¹³⁹ De Afdeling heeft hier naar ons oordeel te veel ontzag voor de keuzes van de wetgever en de beleidsregelgever. Datzelfde geldt zeker ook voor de boetezaken op grond van de Huisvestingswet/Huisvestingsverordening waarin de Afdeling wel erg gemakkelijk de keuzes van de (gemeentelijke) wetgever volgt en zonder nadere motivering geen ruimte ziet diverse evenredigheidsfactoren (waaronder al dan geen opzet, behaald voordeel, first offender) in concreto te toetsen. In twee niet Wav-zaken heeft de Afdeling het ter zake geldende boetebeleid als onredelijk bestempeld, omdat het onvoldoende differentieerde naar grootte van de onderneming (Geneesmiddelenwet) dan wel naar de mate van schadevoorkomende, dan wel –beperkende maatregelen (Arbeidsomstandighedenwet).

Cbb

De onderzochte jurisprudentie van het Cbb levert niet een heel helder beeld op van de toetsing van de verschillende boetes (zeker ook niet de jurisprudentie inzake boetes op grond van de Msw). Het Cbb lijkt waarde te hechten aan het feit of bepaalde factoren reeds in beleid zijn verdisconteerd. Dan ziet het voor zichzelf weinig ruimte voor een eigen evenredigheidsoordeel. Als deze factoren niet zijn verdisconteerd, lijkt het Cbb wel iets meer ruimte te nemen. Geheel duidelijk wordt dit echter niet, ook al niet omdat in geval van matiging de nadere motivering nogal eens ontbreekt.

¹³⁹Goed nieuws in dit verband is de hierna verder te behandelen uitspraak van de Afdeling van 7 oktober 2015.

De verschillende bestuursrechters vergeleken

Er blijven moeilijk te verklaren en te rechtvaardigen verschillen tussen de diverse bestuursrechters bestaan. Waarom zou de vraag van al dan niet behaald voordeel, dan wel opzet bij de Afdeling niet moeten uitmaken voor de bepaling van de hoogte van de boete, terwijl dit bij het Cbb dan wel de CRvB wel relevante factoren zijn? Dit valt naar ons oordeel niet goed te rechtvaardigen met alleen een verwijzing naar de toepasselijke bijzondere wettelijke regeling. Alle bestuursrechters zouden de diverse genoemde evenredigheidsfactoren consistent moeten nalopen en daarbij ook bezien in hoeverre per factor de evenredigheid in concreto is verzekerd, ook in geval de wetgever dan wel beleidsregelgever deze factoren al in abstracto hebben verdisconteerd.¹⁴⁰ Hier ligt vanzelfsprekend in de eerste plaats een belangrijke taak voor de wetgever (en in tweede instantie voor de beleidsregelgever) om ook in het bestuursrecht een algemeen en consistent boeterecht te creëren, waarin de diverse genoemde evenredigheidsfactoren op dezelfde wijze een rol spelen, zoals het in het strafrecht voor de straftoemeting uitmaakt of het gaat om opzet of niet, first offender of niet, etc. Het past niet dat iedere bijzondere wetgever zijn eigen boeterecht gaat ontwerpen en als er op onderdelen wel reden zou zijn tot afwijking, dan zijn daar zeer zwaarwegende redenen voor nodig. In dit verband valt ook te wijzen op het recente (ongevraagde) advies van de Afdeling advisering van de Raad van State waarin zij de regering vraagt om meer aandacht te schenken aan de rechtsbescherming voor de burger bij bestuurlijke boetes.¹⁴¹ Vanwege de enorme groei van de toepassing van het instrument van de bestuurlijke

¹⁴⁰Een mooi voorbeeld hoe dit kan, biedt Rechtbank Noord-Nederland 12 november 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:5642.

¹⁴¹Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de Minister van Veiligheid en Justitie inzake sanctie-

boete, ook bij complexe en zware overtredingen (waar zij oorspronkelijk was bedoeld voor lichte, veel voorkomende en makkelijk vast te stellen overtredingen) en ook de toegenomen hoogte van de boetes, is het volgens de Afdeling noodzakelijk dat de wetgever nog eens goed kijkt naar de wettelijk geregelde rechtsbescherming in het bestaande bestuursrecht en zo tot een betere afstemming te komen met het strafrecht. Een oproep die wij vanzelfsprekend van harte ondersteunen.¹⁴²

Verder hebben de Centrale Raad, de Afdeling en het CBB zich terecht (meer of minder uitdrukkelijk) aangesloten bij de uitspraak van de hoogste belastingrechter om de aangevoerde evenredigheidsfactoren (waaronder persoonlijke omstandigheden en financiële draagkracht) *ex nunc* te toetsen. Het CBB heeft meer lijn aangebracht in zijn jurisprudentie inzake de eisen voor de overtreder bij het aanvoeren van het verweer dat hij gezien zijn financiële draagkracht de boete moet worden gematigd en daarmee aangesloten bij de op dit punt meer uitgewerkte rechtspraak van de Afdeling.

Als wij de boetejurisprudentie van de hoogste bestuursrechters sinds het afsluiten van het rechtspraakonderzoek voor ons VAR-preadvies overzien, ontstaat – ondanks de door ons ook gesignaleerde positieve ontwikkelingen – het beeld van een nog steeds zeer gevarieerd boetelandschap, waar de rechtseenheid vaak nog ver te zoeken is. Wij onderschrijven de constatering van de Afdeling in het zojuist genoemde advies dat de bestuursrechters op het punt

van de evenredigheid van bestuurlijke boetes indringender zijn gaan toetsen. In ons aanvullende rechtspraakonderzoek constateren wij immers zeker positieve ontwikkelingen op dit punt. Tegelijkertijd laat ons onderzoek echter ook zien, dat de verschillende bestuursrechters deze handschoen nog veel meer kunnen en moeten oppakken. In dat opzicht vinden wij de Afdeling in haar advies de bestuursrechters en in het bijzonder de Afdeling bestuursrechtspraak van diezelfde Raad van State, te veel een pluim geeft.¹⁴³ Ook nu al, voordat de wetgever in de door de Afdeling advisering gewenste richting gaat optreden, kunnen de bestuursrechters hun rol als bewaker van de evenredigheid van bestuurlijke boetes in concreto nog veel meer invulling geven. De uitspraak van de Afdeling van 7 oktober 2015 is in dit verband zeker een verdere stap in de goede richting. In deze uitspraak heeft zij de WAV-boetebeleidsregels 2013 onredelijk geacht. Het standaard opleggen van een boete van € 12.000,- per overtreding is onredelijk volgens de Afdeling. De minister moet volgens de minister komen tot een fijnmaziger boetesysteem waarin nader wordt gedifferentieerd tussen hardnekkige malafide rechtspersonen (waarvoor een boetebedrag van € 12.000,- niet onredelijk is) en werkgevers die niet tot deze groep behoren. Gezien ons eerdere betoog mag duidelijk zijn dat wij deze uitspraak toejuichen.¹⁴⁴ Deze benadering zou de Afdeling bijvoorbeeld ook moeten gaan volgen ten aanzien van boetes op grond van de Huisvestingswet en –verordening.

5.2 Volheid van de toetsing: aanbevelingen voor de rechter

Een belangrijke vraag is die naar de ‘volheid’ van de toetsing mede in relatie tot de hoogte van de boete. In ons preadvies constateerden wij naar aanleiding van ons jurisprudentieonderzoek dat het niet geheel duidelijk is in hoe-

stelsels, no. W03. 15.0138/II, 13 juli 2015, *Staatscourant* 2015, nr. 30280, 14 september 2015.

¹⁴²Zie voor een vergelijkbaar pleidooi (op een breder terrein dan alleen de bestuurlijke boete) reeds T. Barkhuyzen, M.L. van Emmerik, B.J. van Ettehoven, V. Mul, R. Stijnen & M.F.J.M. de Werd, *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Kluwer: Deventer 2014.

¹⁴³Vgl. noot 181, p. 13.

¹⁴⁴ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3118.

verre de hoogte van de boete van invloed is op de wijze van rechterlijke toetsing. In zijn uitspraak van 24 november 2014 maakt de Centrale Raad wel duidelijk dat het per 1 januari 2013 geïntroduceerde boeteregime een meer indringende toets aan het evenredigheidsbeginsel vergt, nu de boetes per die datum sterk zijn verhoogd. De vraag blijft wel wat dit precies inhoudt. Een indringende of 'volle' toets in vergelijking met een marginale toets houdt in dat de rechter zelf bepaalt wat in casu een evenredige boete is. Het lijkt ons lastig, zo niet onmogelijk daar nog verdere gradaties in aan te brengen.¹⁴⁵ De rechter zal in ieder voorliggend geval daadwerkelijk¹⁴⁶ zelf een oordeel over de evenredigheid moeten geven. Daartoe moet hij alle evenredigheidsfactoren langslopen, mits de overtreder een punt maakt van de boetheogte. Daarbij kunnen reeds door de wetgever en/of beleidsregelgever gemaakte afwegingen behulpzaam¹⁴⁷ zijn maar de rechter zal als laatste actor in de trias de evenredigheid in concreto dienen te verzekeren. Bij boetes moet de rechter dus altijd vol op evenredigheid toetsen ongeacht de hoogte ervan. Wel zou het zo kunnen zijn dat bij (relatief) hoge boetes de rechter eerder tot de conclusie komt dat deze onevenredig zijn, maar dat doet aan het genoemde uitgangspunt niets af. In die zin lijkt ons de benadering van de Centrale Raad ten aanzien van de boete die resteert voor de periode vóór 1 januari 2013 dan ook minder juist waar hij (in rechtsoverweging 8.2) overweegt dat ten aanzien van deze 'oude' boete de 'noodzaak van een indringender toets zich nog niet doet gelden'.¹⁴⁸

145 Anders dan wij, ziet Bröring wel ruimte voor 'iets er tussen in', waar hij als uiterste onderscheidt aan de ene kant 'full jurisdiction' en aan de andere kant marginale toetsing in klassieke zin, zie zijn noot onder CRvB 2 april 2014, AB 2014/226 (WSF 2000).

146 Dus niet alleen in woorden als 'zonder terughoudendheid' of 'vol' toetsen.

147 Maar deze zijn dus zeker niet leidend.

148 Vgl. ook Rb. Rotterdam 29 januari 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:438); in de WSF 2000 is sprake

Deze benadering steekt schril af bij de indringende toetsing ten aanzien van de boetes die na die datum kunnen worden opgelegd. Datzelfde geldt voor de nog embryonale jurisprudentie inzake beboeting op grond van de Wet studiefinanciering en de Afdelingsjurisprudentie inzake boetes op grond van de Huisvestingswet en -verordening. Voor de volheid van de rechterlijke toetsing maakt evenmin uit of het gaat om wettelijk gefixeerde boetes of niet. Het onderscheid tussen het toetsingskader van artikel 5:46, tweede of derde lid Awb is hierbij niet relevant, al heeft de wetgever dit anders voor ogen gehad.¹⁴⁹ Vanuit het perspectief van artikel 6 EVRM geldt immers dat, welke weg er ook wordt gekozen, uiteindelijk een evenredige beboeting in concreto moet zijn verzekerd. Dit betekent dus dat de rechter nooit zonder meer kan afgaan op de afweging die de wetgever en/of beleidsregelgever heeft gemaakt ten aanzien van de diverse evenredigheidsfactoren maar hier altijd zijn eigen oordeel over deze factoren in de individuele voorliggende zaak aan toe moet voegen.

Lex Michiels heeft onlangs in de afscheidsbundel voor Boudewijn de Waard nogmaals een lans gebroken voor hun conclusie na eerder gezamenlijk onderzoek dat uit de Straatsburgse jurisprudentie enerzijds weliswaar blijkt dat artikel 6 EVRM bij de toetsing van (bestraf-

van een veel minder zwaar sanctiestelsel dan in de Wet aanscherping en dit is voor de rechtbank geen reden onderscheid te maken tussen de categorieën opzet, grove schuld en (normaal) verwijtbaar zoals in CRvB 24 november 2014. Ook dit is naar ons oordeel geen juiste benadering, in het kader van de evenredigheids-toetsing dient altijd te worden gekeken naar de mate van verwijtbaarheid ongeacht de hoogte van de boete.

149 Dit is mogelijk in de besproken uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 24 november ook de achterliggende reden dat hij er zoveel werk van maakt om het boetestelsel in casu als niet wettelijk gefixeerd aan te merken en daarmee onder het strakke toetsingskader van artikel 5:46, derde lid Awb uit te komen.

fende) sancties 'full jurisdiction' vereist, in die zin dat de rechter alle kwesties ten aanzien van de feiten en het recht kan toetsen.¹⁵⁰ Anderzijds zegt deze eis van 'full jurisdiction' echter nog niets over de indringendheid, 'volheid' van deze toetsing en zou de rechter hierbij ook mogen afgaan op het evenredigheidsoordeel van de wetgever en/of beleidsregelgever. De intensiteit van de rechterlijke toetsing neemt dan volgens Michiels en De Waard af naarmate de 'regelgever' de evenredigheid al vooraf in een algemene regeling heeft verdisconteerd. In ons preadvies schreven wij dat zij met dit 'afwijkende' standpunt 'deels een punt hebben'. Ter vergadering hebben wij aangegeven hun afwijkende standpunt in die zin te delen dat uit de Straatsburgse jurisprudentie inderdaad niet de eis van volle rechterlijke toetsing valt af te leiden, anders dan door velen wordt aangenomen.¹⁵¹ Reden voor Michiels om in genoemde afscheidsbundel te constateren dat wij het op dit punt geheel met hem en De Waard eens zijn in die zin dat de rechter zelf mag bepalen hoe indringend hij toetst en Straatsburg geen volle toetsing eist. Dat lijkt ons echter weer iets te veel gezegd. Waar het wat het EHRM betreft om gaat, is dat uiteindelijk een evenredige beboeting in het individuele geval wordt verzekerd. Voor Straatsburg maakt het niet uit welk staatsorgaan die evenredigheid garandeert (wetgever, bestuur of rechter) als het resultaat in concreto uiteindelijk maar een evenredige boete is. Michiels geeft dit ook toe waar hij schrijft dat de boete in het individuele geval evenredig moet zijn en dat de rechter in de voorliggende

zaak tot het oordeel kan komen dat sprake is van (on)evenredigheid. Wat ons betreft betekent de Straatsburgse jurisprudentie dat de rechter als ultieme verzekeraar van de evenredigheid van de boete in concreto aan zet is. Vanzelfsprekend kan hij daarbij nota nemen van reeds door de wetgever en/of beleidsregelgever gemaakte afwegingen inzake de evenredigheid.¹⁵² Hij mag daar echter niet zonder meer op afgaan, hij zal ook zelf de evenredigheidsfactoren in concreto moeten nalopen. Wel kan het in de praktijk betekenen dat in geval de regelgever alle factoren goed heeft verdisconteerd, er dan feitelijk minder snel reden is voor de rechter om in te grijpen. In zoverre onderschrijven we dan ook het pleidooi van de Afdeling advisering in genoemd advies om de gebondenheid van de rechter aan beleidsregels te beperken¹⁵³ en in beleidsregels meer en fijnmaziger te differentiëren.¹⁵⁴ Uiteindelijk denken wij dat onze standpunten op dit punt minder ver uiteen liggen dan het op het eerste gezicht lijkt. Waar we wel van mening blijven verschillen is op het punt van de te verdisconten evenredigheidsfactoren. Michiels stelt dat de rechter respect dient te hebben voor de afweging van de wetgever om bepaalde factoren (zoals opzet of het genieten van voordeel) niet relevant te achten. Die opvatting delen wij niet. Naar ons oordeel dient de rechter alle relevante evenredigheidsfactoren over de hele linie op dezelfde wijze te toetsen, teneinde om op die manier enerzijds tot een consistente beboeting te komen maar anderzijds ook recht te doen aan de evenredigheid van de boete in het individuele voorliggende geval.

150 F.C.M.A. Michiels, 'Passend en geboden. Over de betekenis van het evenredigheidsvereiste bij bestuurlijke sancties', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 363-382.

151 'Verslag van de algemene vergadering gehouden op 23 mei 2014', *VAR-reeks* 153, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 32-35.

152 Artikel 6 EVRM verzet zich niet tegen wettelijk gefixeerde boetestelsels.

153 De Afdeling doet hier een oproep aan de wetgever om dit te ondersteunen. Wat ons betreft zou de rechter zich ook nu al minder gebonden moet achten aan (boete) beleidsregels.

154 Zie ook ABRvS7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3118.

Overigens wil de door ons bepleite benadering niet per se zeggen dat heel veel meer boetes dan nu 'onderuit' zullen gaan op het punt van evenredigheid, bijvoorbeeld in het geval deze al (relatief) laag zijn.¹⁵⁵ Verder is het van groot belang dat de rechter zijn afwegingen goed inzichtelijk maakt, zeker ook vanwege het leer-effect dat ervan uit gaat op bestuursorganen die boetebesluiten moeten nemen.¹⁵⁶

5.3 *Aanbevelingen voor het bestuur, de wetgever en de overtreder*

Uit vorenstaand overzicht van de recente ontwikkelingen op het terrein van de boeteoplegging in het bestuursrecht blijkt gelukkig dat er correctiemogelijkheden zijn in de democratische rechtsstaat (in de persoon van de rechter en de ombudsman) om al te strenge en strak dichtgetimmerde (met de verplichting voor het bestuur om - al dan niet gefixeerde boetes - op te leggen) sanctiestelsels die door de wetgever (en beleidsregelgever) in het leven zijn geroepen te corrigeren. Vooropgesteld dat de wetgever in het algemeen belang maatregelen moet kunnen treffen om bijvoorbeeld grootschalige fraude in de sociale zekerheid te bestrijden, dienen de door de wetgever te ontwerpen maatregelen tegelijkertijd de ruimte te laten om maatwerk in het individuele geval te bieden, zodat er uiteindelijk een evenredige bestraffing in concreto kan worden verzekerd. In die zin blijven de aanbevelingen die wij deden in ons VAR-preadvies over evenredige bestuurlijke boetes nog steeds hun waarde behouden. Iedere speler in de trias heeft zijn eigen rol te vervullen teneinde de evenredige beboeting in het bestuurs-

recht te verzekeren. Ook de aanbeveling aan de overtreder om zijn stelling dat de boete (hoogte) onevenredig is zoveel mogelijk te onderbouwen met nadere argumenten en gegevens, blijft recht overeind. Uiteindelijk moet de rechter, als 'laatste in de rij', de mogelijkheid benutten om de evenredigheid van de bestraffing in het voorliggende geval te verzekeren. Ten slotte bepleiten wij nogmaals dat de wetgever en beleidsregelgever voldoende differentiatie in het sanctiestelsel aanbrenge(n), zodat in de eerste plaats het bestuursorgaan maatwerk in het individuele geval kan leveren met daarna mogelijke correctie door de rechter als ultieme verzekeraar van een evenredige boeteoplegging in concreto. Op deze wijze wordt bijgedragen aan een verdere volwassenwording van het bestraffende bestuursrecht.¹⁵⁷ Een kritische bestuursrechter kan wetgever en bestuur op deze manier bij de les houden om te komen tot evenredige beboeting in het bestuursrecht.¹⁵⁸

¹⁵⁵Bovendien vereist het evenredigheidsbeginsel ook dat boetes hoog genoeg zijn, zie bijv. de jurisprudentie van het CBb op het terrein van het financiële toezicht, waarbij ook speciale en generale preventie van belang zijn.

¹⁵⁶Vgl. A. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel bestuursrecht*, (dissertatie Rotterdam), Boom Lemma uitgevers: Den Haag 2015, p. 312.

¹⁵⁷Zie voor aansluiting van het bestuurlijke boeterecht bij het strafrecht onder meer M.W.C. Feteris, 'Invloed van het strafrecht op het fiscale boeterecht', *WFR* 2015/140.

¹⁵⁸Vgl. T. Barkhuysen, 'Nieuw procesrecht en "derespensabel" bestuur,' *NJB* 2013, 2855; Van Emmerik & Saris 2014, p. 190; E.H.M. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter, Preadviezen VAR 2015*, VAR-reeks 154, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58 en T. Barkhuysen, 'Een revolutie in het bestuursrecht?', *NJB* 2015, 1583, die allen een actievere rol van bestuursrechters bepleiten om de wetgever en in het bijzonder het bestuur scherp te houden.