

## Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?

*De VAR-preadviezen 2014*

16

### 1 Inleiding

Dit jaar staan op de jaarvergadering van de VAR, op 23 mei aanstaande, bestraffende sancties centraal. Daarvoor bestaat alle reden. Waar oplegging van bestraffende sancties als reactie op overtredingen in het verleden uitsluitend het domein was van de strafrechter, is de verhouding tussen het bestuursrecht en het strafrecht de afgelopen twee decennia zeer ingrijpend veranderd. Sinds het midden van de jaren negentig heeft handhaving van regelgeving door middel van het bestraffend bestuursrecht een belangrijke en zelfstandige positie ingenomen naast de strafrechtelijke handhaving. Eerst bij de aanpak van verkeersovertredingen (de Wet Mulder), via de aanpak van ‘kleine ergernissen’ in het publiek domein en de introductie van de boete in het sociale zekerheidsrecht, op tal van andere terreinen. In het streven naar opheffing van destijds geconstateerde handhavingstekorten, is er een groot (en nog altijd groeiend) aantal wettelijke regelingen tot stand gekomen waarin bestuursorganen de bevoegdheid krijgen om aan burgers boetes op te leggen. De waarborgen rondom oplegging van bestraffende sancties en bestuurlijke boetes zijn inmiddels al weer bijna vijf jaar, sinds 1 juli 2009, opgenomen in hoofdstuk 5 van de Awb (artikelen 5:40-5:54).

Handhaving van regelgeving door middel van bestraffende bestuurlijke sancties, breidt zich uit ten opzichte van de strafrechtelijke handhaving. Deze beweging roept tal van vragen op over de verhouding tussen oplegging van bestraffende bestuurlijke sancties en strafrechtelijke waarborgen en normeringen. Is de bestuursrechter voldoende in staat om de rechtswaarborgen en bewijsposities van overtreders te beschermen? Hoe – en door welke instantie (wetgever, bestuur of rechter) – wordt gegarandeerd dat de opgelegde sanctie een adequaat en evenredig antwoord is op een overtreding? Enerzijds vindt boeteoplegging plaats door democratisch gelegitimeerde organen die in het algemeen belang geformuleerd overheidsbeleid uitvoeren.<sup>2</sup> Anderzijds zijn er ook kritische geluiden over de opmars van bestraffende sancties door het bestuur, in plaats van door de strafrechter, die is gepokt en gemazeld in een zorgvuldige en afgewogen sanctieoplegging aan de hand van geschreven en ongeschreven normen. Gevreesd wordt<sup>3</sup> dat binnen een bestuurlijk sanctiestelsel die verfijning in sanctieoplegging nooit in dezelfde mate kan groeien, juist omdat het bestuur de toon zet en primair uit is op effectieve handhaving.

Begrijpelijk dus dat het VAR-bestuur het tijd vond voor discussie over het bestraffende bestuursrecht. De kwaliteit van VAR-preadviezen ligt traditioneel zeer hoog en wordt door de kritische VAR-leden ook daadwerkelijk bewaakt. Mede daarom valt de inspanning die de vier auteurs (uit advocatuur, wetenschap en rechterlijke macht) hebben geleverd zo te waarderen. Daarnaast bieden de opgeleverde preadviezen volop leesplezier en ruimte en aanleiding voor een levendige discussie op de komende jaarvergadering.

De preadviseurs hebben vanuit verschillende invalshoeken en vraagstellingen allen een opvatting over de positie van de bestuursrechter. Albers lijkt daarbij het meest kritisch over netto-resultaat aan

<sup>1</sup> Marije Batting, Jean-Paul Heinrich en Reimer Veldhuis zijn verbonden aan Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn en verzorgen in NTB de kroniek Handhaving.

<sup>2</sup> PG Awb IV, 29 702, nr. 3, p. 117-133.

<sup>3</sup> En niet door de minsten: G.J.M. Corstens, ‘Inperkingen van het rechterlijk domein’, in: F.W. Bleichrodt (red). *De rechter in het geding. Liber amicorum mr. J.P. Balkema*, Deventer (2011), p. 13-20.

rechtsbescherming dat de burger – desgevraagd – van de bestuursrechter kan krijgen na oplegging van een boete. Preadviseur Haas komt – vanuit de fiscaliteit, waar de bestraffende sanctie (in de vorm van verhogingen) al zeer lang praktijk is – tot de slotsom dat de bestuursrechter prima in staat is de balans tussen rechtsbescherming en doelmatige handhaving van regels te bewaken. Van Emmerik en Saris gaan in hun preadvies over het evenredigheidsvereiste met name ook in op de vraag welke rol wetgever en bestuursorganen, naast de bestuursrechter, kunnen spelen bij verdere ontwikkeling van het bestraffend bestuursrecht.

## **2 Bestraffend bestuur 2014; preadvies van C.L.G.F.H. Albers**

Karianne Albers stelt in haar preadvies de vraag centraal of het bestraffend bestuurs(proces)recht inmiddels volwassen is als het gaat om de aan de (vermoedelijke) overtreder geboden rechtsbescherming, of dat dit nog voor verbetering vatbaar is. Om die vraag te beantwoorden beziet zij in de eerste plaats in hoeverre andere sancties dan de bestuurlijke boete als bestraffende sanctie (zouden moeten) worden aangemerkt en hoe de bestuursrechter daarmee omgaat. In de tweede plaats beziet zij hoe het in de rechtspraak gesteld is met de rechtsbescherming bij de oplegging van bestuurlijke boetes. De opstelling van de bestuursrechter, hoe die is en hoe die volgens Albers zou moeten zijn, neemt daarin een belangrijke plaats in. Zij maakt daarbij een vergelijking met de procedure bij de strafrechter. De Wet OM-afdoening ziet zij ten slotte als een goede mogelijkheid om de bestuursrechtelijke bestraffende sanctie het strafrecht in te trekken. Dat is volgens haar nodig omdat de (vermoedelijke) overtreder bij de strafrechter een hoger niveau van rechtsbescherming geniet.

Na een inleiding begint Albers haar preadvies in hoofdstuk 2 met een terugblik naar het ontstaan van het bestraffend bestuursrecht. Belangrijkste reden daarvoor is volgens haar het handhavingstekort in het bestuursrecht. Voor meer informatie over de totstandkoming van het bestuursstrafrecht verwijzen wij graag naar [www.pgawb.nl](http://www.pgawb.nl) en dan met name naar paragraaf 5.4 over de bestuurlijke boete. Daaruit blijkt dat er ook andere redenen zijn om te kiezen voor het bestuursstrafrecht. Ook worden daarin de criteria genoemd die voor de wetgever een belangrijke rol hebben gespeeld om te kiezen voor strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving. De wetgever gaat er daarbij, anders dan Albers, vanuit dat bij de bestuursrechter en de strafrechter gelijkwaardige rechtsbescherming bestaat.

In hoofdstuk 3 van haar preadvies gaat Albers in op de vraag in hoeverre het begrip ‘leedtoevoeging’ een goed criterium is om te bepalen of een sanctie als bestraffende sanctie dient te worden gekwalificeerd. Zij heeft er moeite mee louter af te gaan op het objectieve oogmerk van het besluit, zoals thans uitgangspunt is in het bestuursrecht. Zo is volgens haar denkbaar dat de wetgever een sanctie om rechtspolitieke redenen oormerkt als herstelsanctie terwijl de sanctie materieel gezien bestraffende elementen in zich draagt. Albers pleit er dan ook voor niet louter naar het objectieve oogmerk van de sanctie te kijken maar aan de hand van materiële criteria te bezien of de sanctie bestraffend werkt en dus als een vorm van leedtoevoeging kan worden aangemerkt. Daarvan is volgens haar sprake als de sanctie verder gaat dan herstel van de (on)rechtmatige toestand vergt. Daarvan is volgens haar ook sprake als, in een geval waarin herstel niet meer mogelijk is, van de overtreder meer wordt gevraagd dan de enkele compensatie van de opgetreden onrechtmatige situatie.

Albers signaleert dat voor het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) niet doorslaggevend is op welke wijze het nationale recht de sanctie heeft geclassificeerd. Dat sluit aan bij haar eigen standpunt over de wijze waarop moet worden bepaald of sprake is van een bestraffende sanctie. Het EHRM kijkt vooral naar het criterium of de norm een ieder kan raken (normadressaatcriterium) of naar het criterium van de aard en zwaarte van de sanctie. Wat het normadressaatcriterium betreft, speelt dit vooral een rol in het tuchtrecht, waar normen aan de orde zijn die zich richten tot een bepaalde beroepsgroep. Aangezien echter in het tuchtrecht meestal ook een bestraffende sanctie kan worden opgelegd, zoals een boete, zien wij dat de tuchtrechter de waarborgen van artikel 6 EVRM in acht neemt. De vraag is dan ook of dit normadressaatcriterium in het tuchtrecht nog relevantie heeft.

Albers gaat na een verkenning van de werkwijze van het EHRM en de verhouding tussen Awb en het verdragsrecht, vervolgens kort in op de toetsing door de bestuursrechter aan het evenredigheidsbeginsel. Anders dan preadviseurs Emmerik en Saris plaatst zij vraagtekens bij de wijze van toetsing door de bestuursrechter van wettelijk gefixeerde boetes. De wetgever meent dat die

terughoudender moeten worden getoetst omdat bij het vaststellen van de hoogte van die boetes het beginsel van evenredigheid al is betrokken. Problematisch vindt Albers niet alleen de terughoudender toets van de bestuursrechter, maar ook de beperking dat de bestuursrechter bij wettelijk gefixeerde boetes alleen aan het evenredigheidsbeginsel mag toetsen als de (vermeende) overtreder gemotiveerd aanvoert dat er bijzondere omstandigheden zijn die tot matiging nopen. Zij signaleert echter ook dat de Nederlandse bestuursrechter zich hier niets van aantrekt en gewoon vol toetst. Iets wat wij in de praktijk veelvuldig zien.

Albers gaat in hoofdstuk 4 van haar preadvies uitgebreid in op wat volgens haar als bestraffende sanctie moet worden aangemerkt. Zij onderscheidt daarbij de intrekking van subsidie, de intrekking van een vergunning, de maatregelen in het sociale zekerheidsrecht en het zogenaamde *naming and shaming* bij de publicatie van boetebesluiten. In alle gevallen is zij zeer kritisch op de kwalificatie die de hoogste bestuursrechters aan deze rechtsfiguren geven. Zij signaleert de ommezwaai die de bestuursrechters ten aanzien van sommige sancties hebben gemaakt van bestraffende sanctie naar herstelsanctie en geeft aan deze ommezwaai niet te kunnen volgen. Zij geeft aan dat de benadering van de Afdeling als het gaat om maatregelen ter handhaving van de openbare orde te kort door de bocht is. Veelal worden die maatregelen door de Afdeling als herstelsancties aangemerkt. Het achteraf sluiten van een horecagelegenheid heeft volgens Albers echter niet veel meer van doen met ‘handhaving van de openbare orde’, maar heeft veel meer een bestraffend karakter. Volgens de Afdeling is in het geval van de intrekking van een vergunning in beginsel geen sprake van een bestraffende sanctie omdat dit niet is gericht op het toebrengen van concreet nadeel en niet verder gaat dan herstel van de toestand vóór de verlening van de vergunning. Dit criterium maakt volgens Albers dat een intrekking nooit meer als bestraffend kan worden aangemerkt, omdat dit altijd leidt tot de toestand vóór de verlening van de vergunning. Daar heeft Albers een punt, al is het criterium tweeledig en kijkt de Afdeling ook naar het geleden nadeel. Anderzijds is zij in sommige opzichten wel erg streng en leidt haar benadering tot wat zij de Afdeling verwijt, alleen dan omgekeerd. Haar strenge benadering maakt dat bijna iedere sanctie wel als bestraffend kan worden aangemerkt. Bovendien blijkt uit het Bonda-arrest van het HvJ EU dat zij in 4.5 van haar preadvies bespreekt dat ook het Europese Hof zich soms op dezelfde terughoudende wijze opstelt als de Nederlandse bestuursrechters bij de beoordeling van de vraag of een sanctie bestraffend is. Deze opstelling lijkt mede te zijn ingegeven door pragmatische overwegingen. Dat hoeft niet per definitie verkeerd te zijn en is wellicht ook niet altijd te voorkomen.

In hoofdstuk 5 van haar preadvies gaat Albers vervolgens in op de procesrechtelijke waarborgen die in het bestuursrecht worden geboden bij de oplegging van bestraffende sancties. Zij zet dit af tegen het strafproces. Als in het oog springend onderscheid noemt zij dat de strafrechter doet aan materiële waarheidsvinding en de bestuursrechter de rechtmatigheid van het besluit toetst, hetgeen volgens haar beperkingen met zich brengt en leidt tot een verschil in rechtsbeschermingsniveau. Zoals gezegd, verschilt Albers hier van mening met de wetgever.<sup>4</sup> De wetgever motiveert uitgebreid dat de bestuursrechtelijke handhaving met voldoende waarborgen is omkleed. De wetgever noemt daarbij dat het bestuursrecht hoge eisen stelt aan de voorbereiding van boetebesluiten. De bestuursrechter toetst vol, waarbij het bestuursorgaan volgens de wetgever blijkens de jurisprudentie moet rekenen op een kritische bejegening. De wetgever weersprekt de stelling van Albers dat de bestuursrechter zijn bevoegdheid de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen beperkt opvat. In het bestuursrecht kan een belanghebbende volstaan met een beperkt gemotiveerd beroepschrift. Uit de rechtspraktijk blijkt dat de bestuursrechters er juist toe noopt de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen, hetgeen zij ook doen. Ook Stijnen meent dat de bestuursrechter net zo goed als de strafrechter aan materiële waarheidsvinding doet.<sup>5</sup> Het verschil tussen strafrechter en bestuursrechter is volgens hem dan ook niet zo groot.

De reactie en uitleg van de wetgever is voor Albers geen aanleiding geweest een ander standpunt in te nemen. In haar preadvies stelt zij wederom dat volgens haar de bestuursrechter beperkt gebruik maakt van zijn bevoegdheden en in feite alleen de juridische verstaalslag op grond van artikel 8:69,

---

<sup>4</sup> Zie [www.pgawb.nl](http://www.pgawb.nl), Memorie van antwoord I, 29 702, nr. 3 p. 23-49, zie ook p. 131.

<sup>5</sup> R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer (2011), p. 584.

tweede lid, van de Awb maakt. Zij noemt daarbij enkele oudere uitspraken van de Afdeling. Zij geeft echter geen voorbeelden van recente rechtspraak waaruit blijkt dat de belanghebbende de dupe wordt van het bepaalde in artikel 8:69 Awb en de bestuursrechter zich stringent opstelt over de omvang van het geding. Zij noemt de Wet aanpassing bestuursprocesrecht en de ‘Nieuwe zaaksbehandeling’ als ontwikkelingen waaruit het streven blijkt naar een effectieve, definitieve en tijdige geschilbeslechting en geeft aan dat daarbij van de rechter een actieve houding wordt verwacht. Of de ‘Nieuwe zaaksbehandeling’ zal leiden tot een actievare bestuursrechter is volgens Albers nog de vraag. Vooralsnog is daar volgens haar geen sprake van. Daarbij merken wij overigens op dat de rechtbank Rotterdam, gespecialiseerde rechter als het gaat om handhaving van verscheidene bijzondere wetten, de nieuwe zaaksbehandeling niet direct merkbaar toepast, in ieder geval niet wat de inrichting van het proces ter zitting en de aanloop daar naartoe betreft. Wel moeten de rechters van de rechtbank Rotterdam over het algemeen als zeer actieve rechters worden gezien. Dat waren zij voor de invoering van de ‘Nieuwe zaaksbehandeling’ echter ook al. Albers gaat nog in op de onderdelenfui, grondenfui en bewijsfui en signaleert dat deze, een uitzondering daargelaten voor wat betreft de grondenfui in appel, geen belemmering meer vormen in het bestraffend bestuursrecht, hetgeen de waarheidsvinding vanzelfsprekend ten goede komt.

Anders dan het strafrecht kent het bestuursrecht de vrije bewijsleer. Er zijn geen regels omtrent bewijslastverdeling en er zijn geen wettelijke bewijsmiddelen. Duidelijk is wel dat het aan het bestuursorgaan dat de bestraffende sanctie oplegt, is om de overtreding door de overtreder aan te tonen. De bestuursrechter stelt zich streng op als het gaat om de voorbereiding en motivering van het besluit waarmee de bestraffende sanctie is opgelegd en gehandhaafd. Gelet daarop acht Albers de vrije bewijsleer niet in strijd met de onschuldpresumptie die voortvloeit uit artikel 6 EVRM. Toch vindt zij dat de rechtszekerheid ermee zou zijn gediend enige bepalingen omtrent bewijs in de Awb op te nemen. Zij noemt daarbij met name dat de bestuursrechter in zijn uitspraak onvoldoende inzichtelijk maakt waarop zijn oordeel is gebaseerd. Zij laat in het midden op welke wijze volgens haar de Awb zou moeten worden aangevuld.

Albers gaat uitgebreid in op de bestuurlijke lus bij boetebesluiten. Waar de wetgever uitdrukkelijk aangaf dat de bestuurlijke lus bij boetebesluiten niet zou moeten worden toegepast, maakt de bestuursrechter daar in de praktijk wel gebruik van. Albers plaatst daar kritische kanttekeningen bij en stelt dat hierdoor frictie ontstaat met het ne bis in idem-beginsel. In onze kroniek ‘Handhaving van bestuursrecht’ van 29 november 2012 gingen wij al op deze problematiek in en stelden dat wat ons betreft met de aanvulling of wijziging van een boetebesluit met gebruikmaking van (thans) artikel 6:19 Awb van strijd met het ne bis in idem-beginsel geen sprake is.<sup>6</sup> Daardoor is immers nog geen sprake van het tweemaal beboeten van één overtreding. Wat betreft het door Albers genoemde ‘bestuurtje helpen’, kan dat zeker een beeld zijn dat bij de burger ontstaat bij toepassing van de bestuurlijke lus. Als het bestuursorgaan het echt te bont maakt, dan zal de bestuursrechter de bestuurlijke lus echter in de regel niet toepassen. Hij zal de lus met name toepassen waar hij de overtreding aannemelijk acht, maar waar (mede) gelet op het debat tussen partijen nadere bewijslevering nodig is.<sup>7</sup>

Tot slot gaat Albers in dit hoofdstuk nog in op de verschillende wijze waarop in het strafrecht en bestuursrecht wordt omgegaan met onrechtmatig verkregen bewijs. Strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs mag alleen dan niet worden gebruikt bij de oplegging van een bestuurlijke boete indien dit in strijd zou komen met zeer fundamentele normen en de overtreder daardoor ernstig in zijn belangen zou worden geschaad. Bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs wordt uitgesloten als het is verkregen in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur. Volgens Albers wordt dit bestuursrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs eerder uitgesloten dan strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijs.

In het laatste hoofdstuk van haar preadvies doet Albers aanbevelingen op welke wijze het – volgens haar op onderdelen tekortschietende –rechtsbeschermingsniveau in het bestuursrecht kan worden verbeterd. Dat is nodig omdat volgens haar geen rechtvaardiging bestaat voor het feit dat de strafrechtelijke procedure de overtreder meer waarborgen lijkt te bieden dan de bestuursrechtelijke procedure. In de eerste plaats kan een oplossing worden gevonden in artikel 8:69 Awb zelf. Dit artikel

---

<sup>6</sup> NTB 2012/41.

<sup>7</sup> Vgl. Stijnen in zijn noot bij CRvB 3 augustus 2011, ECLI:NL:CRVB:BR4120, AB 2012/224.

verzet zich volgens Albers geenszins tegen een actievare opstelling van de bestuursrechter. Zo nodig kan in de Awb uitdrukkelijk worden bepaald dat een dergelijke houding van de bestuursrechter bij bestraffende sancties wordt verwacht, al is dat volgens Albers strikt genomen niet nodig. Albers noemt daarnaast de Wet OM-afdoening, waarbij de bestraffende sanctie volledig wordt overgeheveld naar het strafrecht, als oplossing voor het verschil in rechtsbeschermingsniveau tussen bestuursrecht en strafrecht. De strafbeschikkingen op grond van de Wet OM-afdoening betreffen alleen eenvoudige kwesties, zoals rijden onder invloed en overlastfeiten die samenhangen met de plaatselijke afvalstoffenverordening. Daarin zit direct het manco als het bestuursorgaan gebruik moet maken van de strafbeschikking voor overtredingen die op dit moment binnen het bestuursrecht vallen. Natuurlijk zijn er gevallen waarin het bestuursorgaan voor simpele overtredingen een bestuurlijke boete oplegt, maar als bijvoorbeeld wordt gedacht aan toezichthouders als de AFM, DNB, ACM en de NVWA gaat het vaak om complexe materie. De gespecialiseerde bestuursrechtspraak op het gebied van de bestraffende sanctie op deze toezichtsterreinen door de rechtbank Rotterdam en in hoogste instantie het CBb, heeft zich inmiddels sterk ontwikkeld. Van een bestuursrechter die niet op de hoogte is van complexe strafrechtelijke vraagstukken, zoals Albers stelt, is dan niet snel sprake. Niet onbelangrijk is ook dat deze rechters zeer specialistische kennis hebben van het onderliggende materiële recht, zodat het ook gelet daarop zonde zou zijn dit over te hevelen naar de strafrechter. Zeker, er zijn verschillen tussen strafrechter en bestuursrechter, maar het bestuursstrafrecht verschilt ook van het strafrecht waar het bijvoorbeeld gaat om de aard van de overtredingen. Inmiddels is een rechtspraktijk in het bestuursstrafrecht ontwikkeld die goed functioneert en waarin niet blijkt van een onvoldoende rechtsbescherming voor de (vermoedelijke) overtreder. Waar wellicht in eerste instantie toevallige, meer praktische redenen tot de bestuursrechtelijke bestraffende sanctie hebben geleid, heeft het bestuursstrafrecht zijn waarde bewezen. Wij zijn benieuwd naar de mening van de VAR-leden en verwachten dat hierover tijdens de jaarvergadering een levendige discussie zal ontstaan.

### **3 Evenredige bestuurlijke boetes; preadvies van M.L. van Emmerik en C.M. Saris**

Artikel 5:46 van de Awb stelt aan oplegging van bestuurlijke boetes het vereiste van evenredigheid. De hoogte van de bestuurlijke boete moet zijn afgestemd op a) de ernst van de overtreding, b) de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en zo nodig rekening houden met c) de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd (artikel 5:46, tweede lid, van de Awb). In gevallen waarin de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, is het bestuursorgaan verplicht om een lagere boete op te leggen als (door de overtreder aangevoerde) bijzondere omstandigheden maken dat de wettelijk gefixeerde bestuurlijke boete te hoog is (artikel 5:46, derde lid, van de Awb). Over de evenredigheid als leidend beginsel bij het opleggen en toetsen van bestuurlijke boetes gaat het preadvies van Van Emmerik en Saris. De vraag die zij centraal stellen is: *“Hoe wordt de evenredigheid van bestuurlijke boetes gewaarborgd en welke rol spelen wetgever, bestuur en rechter hierbij? Waarbij in het bijzonder aandacht wordt besteed aan de (wettelijke of per beleidsregel) gefixeerde boete.”* Het onderzoek naar het antwoord op die vraag leidt tot handreikingen en suggesties aan wetgever, bestuur, rechter én rechtzoekenden.

De preadviseurs signaleren dat – ondanks de recent gevoerde discussie over (her)invoering van wettelijke minimumstraffen<sup>8</sup> – het evenredigheidsbeginsel een fundamenteel beginsel is, dat maatwerk bij oplegging van bestraffende sancties dicteert. Enerzijds is vereist dat boetes voldoende hoog zijn en zo recht doen aan de ernst van het feit en voldoende afschrikwekkende werking hebben. Anderzijds moeten de belangen van de overtreder worden verdisconteerd in de (oordeelsvorming over de) hoogte van de op te leggen boete. De belangen van de overtreder kunnen aanleiding geven tot matiging van een beoogde of opgelegde boete. De constatering dat er, gelet op het gelijktijdig fundamentele en casuïstische karakter van het evenredigheidsvereiste, weinig eer te behalen valt aan een preadvies over dit thema, maakt nieuwsgierig naar het pad dat Van Emmerik en Saris kiezen voor de beantwoording van de door hen gestelde vragen.

Het resultaat mag er zijn. De preadviseurs presenteren ons de resultaten van een uitvoerig grondig onderzoek naar boeterechtspraak (hoofdstuk 4). Dat onderzoek mondt uit in een aantal aanbevelingen

---

<sup>8</sup> Het daarop betrekking hebbende wetsvoorstel is in februari 2013 ingetrokken (TK 2012-213, 33 151, nr. 10).

aan wetgever, bestuursorganen, bestuursrechter en overtreders (hoofdstuk 5 van het preadvies). De resultaten van het rechtspraakonderzoek worden uitvoerig ingeleid. In drie algemene hoofdstukken beschrijven de preadviseurs de nationale en Europese (EVRM en EU) normenkaders die bepalen wat een evenredige bestuursrechtelijke boete is. Daarin wordt uitvoerig stilgestaan bij de twee basismodellen voor wettelijke verankering van bestuurlijke boetes die in artikel 5:46 van de Awb zijn geregeld, te weten het model waarin de wetgever heeft volstaan met het bepalen van de maximaal op te leggen bestuurlijke boete (lid 1) en het model waarin de hoogte van de op te leggen boete bij wettelijk voorschrift (wet of lager algemeen verbindend voorschrift) is vastgesteld (lid 2).<sup>9</sup> De praktijk laat een grote variatie zien in de wijze waarop vaste boetetarieven bij wettelijk voorschrift zijn uitgewerkt, zonder dat daarvoor overigens een rationele verklaring is te geven.<sup>10</sup> Zo zijn er wetten waarbij de boetetarieven in een bijlage worden geregeld, welke tarieven bij algemene maatregel van bestuur (verder: AMvB) kunnen worden gewijzigd (bijvoorbeeld de Tabakswet). Daarnaast zijn er wetten met daarin de grondslag om de tarieven bij AMvB of een ander algemeen verbindend voorschrift vast te stellen. De preadviseurs stellen vast dat het gekozen systeem ('vrij' of 'gefixeerd') ten dele van invloed is op de manier waarop uiteindelijk de rechter bepaalt of in een concreet geval sprake is geweest van evenredige boeteoplegging. Geconstateerd wordt dat de wettelijke verankering van beide genoemde stelsels onder de aandacht brengt dat voorafgaand aan de inrichting van een boetestelsel goed moet worden nagedacht over de rol die daarin voor alle drie de 'triasactoren' is weggelegd om te borgen dat uiteindelijk evenredige boetes worden opgelegd. In laatste instantie is het aan de rechter om dat te waarborgen en – zo nodig – zelf de hoogte van de op te leggen boete vast te stellen (artikel 8:72a Awb). Terecht signaleren Van Emmerik en Saris dat de bestuursrechter (ook) in het bestraffende bestuursrecht 'balanceert boven nul'. Anders dan de strafrechter is het in het bestuursrecht juist niet de rechter die steeds zelf de straf vaststelt aan de hand van het evenredigheidsvereiste, maar bij toetsing van boeteoplegging in concrete gevallen voortbouwt op eerder in abstracto gemaakte afwegingen van de wetgever en de in concreto door het bestuursorgaan verrichte evenredigheidsbeoordeling.<sup>11</sup>

Het vierde hoofdstuk is het empirische hart van het preadvies waarin verslag wordt gedaan van hoe de drie hoogste bestuursrechters (Afdeling, CBb, CRvB) over een periode van (bijna) vijf jaar de evenredigheid van opgelegde bestuurlijke boetes hebben beoordeeld. Afhankelijk van het besproken boetestelsel is onderzocht of onder meer het oogmerk van de overtreding, het al dan niet moedwillig overtreden van het wettelijk voorschrift, het met de overtreding behaalde voordeel, de vraag of sprake is van een eerste overtreding dan wel recidive, de financiële situatie en draagkracht van de overtreder en diens overige persoonlijke omstandigheden, factoren zijn die invloed hebben op de uiteindelijke boetehoogte. De rechtspraakanalyse bevestigt Van Emmerik en Saris in hun vooronderstelling dat de evenredigheid door de rechter materieel wordt ingevuld aan de hand van een aantal concrete factoren en dat de rolverdeling tussen de drie actoren in de trias – wetgever, bestuur en rechter – bij het bepalen van de evenredigheid van de boete relevant is.

De preadviseurs constateren dat alle hoogste bestuursrechters van oordeel zijn dat het aan de overtreder is om zijn beroep op persoonlijke omstandigheden en zijn (beperkte) financiële draagkracht te onderbouwen, hetgeen ook in lijn is met artikel 5:46, derde lid van de Awb. Wel stellen zij vast dat er tussen de verschillende rechters verschillen zijn voor wat betreft de zwaarte van de bewijslast.<sup>12</sup> Zij constateren dat de boetehoogte over het algemeen niet (expliciet) bij de beoordeling van de evenredigheid wordt betrokken, maar stellen wel vast dat het CBb bij relatief lage gefixeerde boetebedragen afstandelijker lijkt te toetsen. Wij vragen ons af of dit niet veeleer valt toe te schrijven aan de terughoudendheid van de rechter om (in beginsel) niet te treden in de door de wetgever of het bestuur ingenomen ruimte. 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. Eén van de gerapporteerde bevindingen is dat de hoogste bestuursrechtcolleges, evenals de belastingrechter, in het kader van de evenredigheidstoets uitgaan van

<sup>9</sup> Van Emmerik en Saris, p. 124 e.v.

<sup>10</sup> Van Emmerik en Saris, p. 125.

<sup>11</sup> Van Emmerik en Saris, p. 125, p. 194-195.

<sup>12</sup> Van Emmerik en Saris, p. 182.

een *ex nunc* toetsing. Dat lijkt ons, in het licht van de opdracht aan de rechter om zelf in de zaak te voorzien – door, als de bestuurlijke boete de rechterlijke toets niet doorstaat, zelf een rechterlijke boete op te leggen (artikel 8:72a van de Awb) – ook logisch. In die situaties zijn niet alleen de omstandigheden ten tijde van de overtreding van belang zoals de verwijtbaarheid en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd (artikel 5:46, lid 2 Awb), maar ook de feiten zoals die zich in hoger beroep voordoen (als de leeftijd van de overtreder, financiële en relationele omstandigheden).

In het vijfde, afsluitende hoofdstuk houden de preadviseurs de resultaten van hun rechtspraakonderzoek nader tegen het licht. Zij constateren dat er aan de uiterste randen wel overeenstemming bestaat over wat evident onevenredig en wat evident evenredig is. Het is hen echter te doen om meer scherpte in de details, opdat objectieve(re), rationeler ingestoken oordeelsvorming in concrete gevallen makkelijker wordt. Alle actoren, wetgever, bestuur, rechter én overtreder kunnen hun steentje bijdragen om die scherpte in algemene zin en in concrete gevallen te verkrijgen.<sup>13</sup> Zij inventariseren en ordenen de factoren die van belang zijn voor beantwoording van de evenredigheidsvraag en werken die om tot een aantal aanbevelingen aan de actoren. Uit het rechtspraakonderzoek blijkt volgens de preadviseurs dat bij de beantwoording van de evenredigheidsvraag in het bestuursrecht – net als in het strafrecht in ieder geval een rol kunnen spelen:

1. De aard en ernst van de overtreding: duur en omvang van de overtreding, behaald voordeel, benadeling van derden en recidive.
2. De mate van verwijtbaarheid: wel of geen opzet.
3. De persoon van de overtreder: natuurlijke persoon, rechtspersoon, grootte van de onderneming, leeftijd.
4. De persoonlijke omstandigheden van de overtreder: financiële draagkracht, medische toestand, relationele omstandigheden.
5. De omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.
6. Het gelijkheidsbeginsel en een consistente boeteoplegging.<sup>14</sup>

Deze zes elementen zijn vervolgens de rode draad in aanbevelingen van de preadviseurs aan de triasactoren die deze basiselementen als leidende richtsnoeren zouden moeten gebruiken.

#### *Aanbevelingen aan de wetgever*

De wetgever is volgens de preadviseurs het eerst aan zet bij het zoveel mogelijk verzekeren van een evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht. De wetgever bepaalt immers welke feiten bestuurlijk beboetbaar zijn en wat de (maximale) boete moet zijn bij overtreding. De wetgever bepaalt ook, zo willen wij daaraan toevoegen, de wijze waarop boetestelsels worden vormgegeven. De preadviseurs stellen vast dat het zowel in het strafrecht, als in het bestuursrecht gaat om dezelfde factoren en principes die de boetehoogte bepalen. Die principes – en niet het ministerie dat – toevallig – het boetestelsel in wetgeving heeft vervat – zouden maatgevend moeten zijn bij een consistent en rationeel boetewetgevingsbeleid. Op basis van die bevindingen komen de preadviseurs tot de volgende aanbevelingen voor de wetgever.

a) Artikel 5:46 Awb moet worden aangevuld met de algemene (aan het strafrecht en bestuursstrafrecht gemeenschappelijke) factoren waar bestuur en rechter in elk geval rekening mee moeten houden bij het bepalen van de evenredigheid van de boete. Het gaat om hiervoor genoemde algemene (zes) factoren. Aan deze codificatieaanbeveling valt ons op dat de verwijtbaarheid en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd, al in artikel 5:46 van de Awb staan vermeld. Daarnaast geldt dat boetebesluiten (of uitspraken van de bestuursrechter die zelf in de zaak voorziet) hoe dan ook moeten voldoen aan het gelijkheidsbeginsel en een consistente boeteoplegging. Dat hoeft wat ons betreft niet in wetgeving te worden neergelegd.

---

<sup>13</sup> Van Emmerik en Saris, p. 184.

<sup>14</sup> Wat in lijn is met de bevindingen uit eerder (kwantitatief) onderzoek naar bestuursrechtelijke boetestelsels van M. den Uijl, A. Tollenaar, H.E. Bröring, N.J.M. Kwakman en B.F. Keulen, 'Boetes in het strafrecht en het bestuursrecht. De rationaliteit van boetehoogte', *Tijdschrift voor sanctierecht & compliance* (2012), 6 (238-245).

b) De preadviseurs bepleiten het opnemen van een bepaling in de Awb om bij recidive een hogere boete op te kunnen leggen dan bij de eerste overtreding.

c) Daarnaast zien de preadviseurs de Awb graag aangevuld met een verplichting voor het bestuursorgaan om belanghebbenden goede voorlichting te geven over de factoren die op het punt van evenredigheid kunnen worden aangevoerd en wat voor bewijsstukken daarvoor nodig zijn. Ten aanzien van deze aanbeveling vragen wij ons af of hier niet een oplossing wordt voorgedragen voor een probleem dat feitelijk niet bestaat. Overtreders kunnen hun zienswijzen en bezwaren tegen een (voornemen tot oplegging van een) bestuurlijke boete naar voren brengen. Het is dan aan het bestuursorgaan – en de bestuursrechter (op grond van artikel 8:69 van de Awb) om dat op een gepaste wijze te vertalen in een juridisch relevante motivering. Als blijkt dat het aanvankelijk aangedragen bewijs voor beweerdelijke onevenredigheid onvoldoende is, bestaan voldoende mogelijkheden om dat in de volgende fase van de procedure aan te vullen.

d) Zinvol vinden we de laatste aanbeveling aan de wetgever, om zich rekenschap te geven van het feit dat bij de vormgeving van diverse boetestelsels (in het strafrecht dan wel het bestuursrecht) dezelfde factoren een rol spelen. Bij het ontwerpen van een specifieke boeteregeling zal de wetgever met deze factoren rekening moeten houden, juist om een regeling te ontwerpen waarin vooraf met zoveel mogelijk factoren die de evenredigheid van de boeteplegging bepalen rekening wordt gehouden. De preadviseurs doen de suggestie aan de hand om de Aanwijzingen voor de regelgeving en/of het Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK) aan te vullen.<sup>15</sup>

#### *Aanbevelingen aan het bestuur*

Ook voor het bestuur hebben de preadviseurs een aantal aanbevelingen om een bijdrage te leveren aan verdere objectivering en rationalisering van oplegging van evenredige bestuurlijke boetes:

e) In het kader van een consistent boetebeleid moeten zoveel mogelijk de relevante (hiervoor genoemde) basisfactoren in beleidsregels worden verdisconteerd. Vergelijkbare stelsels in het strafrecht (wij denken dat de preadviseurs bijvoorbeeld doelen op de door het OM gehanteerde Polarisrichtlijnen en de daarin opgenomen puntensystemen) kunnen dienen als inspiratiebron.<sup>16</sup>

f) Er dient zoveel mogelijk maatwerk te worden verricht bij de boeteplegging in het concrete geval en zo nodig dient te worden afgeweken van een in wetgeving of beleidsregel gefixeerde boete. Deze aanbeveling lijkt ons niet voor discussie vatbaar.

g) Interessanter vinden wij de aanbeveling om bij de voorbereiding van het boetebesluit goede voorlichting te geven over welke factoren op het punt van evenredigheid door de overtreder kunnen worden aangevoerd en wat voor bewijsstukken daarvoor nodig zijn. Over de omvang van de informatie- en begeleidingsplicht van het bestuursorgaan over de mogelijkheden om bijzondere omstandigheden aan te voeren tegen (een voorgenomen) bestuurlijke boete verwachten we een levendig debat! Een aandachtspunt voor de discussie lijkt ons of de preadviseurs moeten worden gevolgd in de opvatting dat het bestuursorgaan *altijd* de verplichting heeft om de in concreto op te leggen boete zoveel mogelijk toe te spitsen op de individuele omstandigheden van het voorliggende geval, dus ook als geen beroep op bijzondere omstandigheden is gedaan, die matiging van de boetehoogte rechtvaardigen. Dat aanpassing in het variabele systeem mogelijk is door differentiatie in beleidsregels (en het zo nodig daarvan afwijken) is evident. Minder evident is dit naar onze mening in het wettelijk gefixeerde systeem, waarbij de wetgever vooraf een afweging heeft gemaakt en alleen in uitzonderingssituaties (op aangeven van de overtreder) van de anti-hardheidsclausule gebruik gemaakt kan worden. In de memorie van toelichting op (destijds) het ontwerp voor artikel 5:46, derde lid van de Awb heeft de regering immers uitdrukkelijk meegegeven dat de anti-hardheidsclausule niet betekent dat het bestuursorgaan steeds ambtshalve moet nagaan of zich bijzondere omstandigheden voordoen. Het is de overtreder die daarop een voldoende onderbouwd beroep moet doen. Over de

---

<sup>15</sup> Het IAK is via <http://www.kc-wetgeving.nl/kennisbank/integraal-afwegingskader-beleid-en-regelgeving/> als pdf-bestand te downloaden. Binnen het document kan worden doorgelinkt naar andere relevante kennisdocumenten, zoals onder meer de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel van 31 oktober 2008. De Aanwijzingen voor de regelgeving zijn te vinden via <http://wetten.overheid.nl/BWBR0005730/>

<sup>16</sup> Van Emmerik en Saris, p. 195



omvang van de ‘begeleidings-’ en ‘informatieplicht’ van het bestuursorgaan lijkt ons discussie mogelijk. Gaat het niet wat (of zelfs: te) ver om de overtreder daarop in de zienswijzenfase of de bezwarenfase te wijzen (en dit zelfs als verplichting in de Awb op te nemen)?

#### *Aanbevelingen aan de rechter*

De rechter is de laatste schakel in de rij die de evenredigheid van bestuurlijke boetes beoordeelt. Van Emmerik en Saris noemen de rechter de ‘ultieme verzekeraar van evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht’. De rechter zal in eerste instantie moeten afgaan op door de wetgever of het bestuur (in de vorm van beleidsregels) in abstracto gemaakte afwegingen over de evenredigheid ten aanzien van de boetehoogte. De rechter moet echter verder gaan en in concrete casuïstiek alle relevante factoren betrekken bij de evenredigheidsbeoordeling. De preadviseurs noemen de preventieve taak van de rechter binnen het stelsel van *checks and balances* dat met de spreiding der machten in stand gehouden wordt. Door zijn positie is de rechter in staat om zowel wetgever als bestuur een scherp oog te laten houden voor het zo goed mogelijk borgen van de evenredigheid, hetzij in algemene regelingen (wetgeving of beleidsregel), hetzij in het concrete boetebesluit.<sup>17</sup> In het preadvies klinkt door dat de preadviseurs op basis van het door hen verrichte onderzoek menen dat de rechter nochtans onvoldoende en te weinig structureel alle individuele omstandigheden van het geval (waaronder de persoonlijke omstandigheden van de overtreder en de verwijtbaarheid in concreto) naloopt en betreft bij de beoordeling van de evenredigheid. De aanbevelingen van de preadviseurs aan de rechter zijn de volgende:

h) De rechter dient de feiten en omstandigheden waaronder de overtreding is begaan, te bespreken in de uitspraak.

i) De rechter dient de zes basisevenredigheidsfactoren consistent na te lopen en dit gemotiveerd te laten terugkomen in de uitspraak.

j) De preadviseurs adviseren verder om in een zaak met een wettelijke (of bij beleidsregel gefixeerde) boete een conclusie te vragen aan de staatsraad advocaat-generaal over de diverse evenredigheidsfactoren waarmee de rechter rekening moet houden. De staatsraad A-G zou deze evenredigheidsfactoren ‘nader in kaart’ moeten brengen en moeten ingaan op de rol van de diverse spelers (wetgever, bestuur, rechter en overtreder) als het gaat om evenredige boeteoplegging. Vervolgens is het aan de Grote Kamer om daarover een uitspraak te doen. Wij verwachten en hopen dat de preadviseurs zich op de jaarvergadering wat nader zullen uitlaten over welke vragen en aspecten rondom de evenredigheidsthema’s de staatsraad AG concreet zou moeten ingaan en welke knopen de Grote Kamer daarover dan zou moeten doorhakken.

k) Bestuursrechters dienen in het kader van de toepassing van artikel 8:72a Awb oriëntatiepunten ten aanzien van de hoogte van bestuurlijke boetes 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.

#### *Aanbeveling aan de overtreder*

Zij sluiten af met een (in onze optiek wat voor de hand liggend) advies aan de (rechts)persoon die beboet is, om zijn argumenten in het kader van de evenredigheidstoets van bestuurlijke boetes zo veel mogelijk te onderbouwen en te staven met controleerbare gegevens.

Wij beschouwen het preadvies van Van Emmerik en Saris als een bijdrage aan de verdere volwassenwording van het bestraffend bestuursrecht. Aan de met het oog daarop gegeven aanbevelingen lijkt de gedachte ten grondslag te liggen dat wetgever, bestuur en rechter een gedeelde verantwoordelijkheid hebben bij verdere systematisering van de vaststelling en beoordeling van evenredigheid van bestuurlijke boetes. Het is aan alle triasactoren om de andere machten bij de les te houden en te stimuleren tot verbetering en verdere rationalisering van oplegging van evenredige

---

<sup>17</sup> Van Emmerik en Saris, p. 190.

boetes. Met de verzuchting in de inleiding van het preadvies dat er aan het schrijven van een preadvies over evenredigheid weinig eer te behalen valt, hebben de auteurs zichzelf te kort gedaan. Het preadvies nodigt uit tot inhoudelijke discussie. In de eerste plaats over de aanbevelingen. In de tweede plaats over de gewenste groeirichting van het bestraffend bestuursrecht op weg naar volwassenheid. Waar in de aanbevelingen aan wetgever, bestuur en rechter overlap zit in de in aanmerking te nemen elementen, zijn wij met name benieuwd naar de opvattingen van preadviseurs en andere VAR-leden over wie ten aanzien van welke elementen het voortouw moet nemen. Ook zijn wij benieuwd naar de opvattingen van de preadviseurs en andere VAR-leden over de vraag of we in een volwassen bestraffend bestuursrecht wel behoefte hebben aan twee modellen voor oplegging van bestuurlijke boetes en zo ja, of een algemene voorkeur kan worden aangewezen voor het model waarin de wetgever de boetehoogte heeft voorgeschreven, dan wel het model waarin het aan het bestuur is om, alle omstandigheden van het geval afwegend, een passende boetehoogte vast te stellen.

#### **4 Fiscale boeten; preadvies van F.J.P.M. Haas**

Het derde preadvies neemt de lezer mee in de wereld van het fiscale boeterecht. Haas begint zijn preadvies met de vaststelling dat hoewel het belastingrecht deel uitmaakt van het bestuursrecht, een kloof lijkt te bestaan tussen het fiscale recht en het overige bestuursrecht. Fiscalisten en beoefenaren van het algemeen bestuursrecht lijken slechts bij uitzondering kennis te nemen van rechtspraak over en ontwikkelingen in het rechtsgebied van de ander. En dat is volgens Haas zonde omdat de rechtsgebieden in ieder geval op het gebied van het bestuursprocesrecht steeds meer naar elkaar toe groeien. De invoering van de vierde tranche van de Awb op 1 juli 2009 is daarbij een belangrijke stap geweest, mede omdat daardoor allerlei bepalingen en regels over de bestuurlijke boete voor het gehele bestuursrecht uniform zijn geregeld. Deze omstandigheden maken volgens Haas dat het voor de bestuursrechtjurist interessant is om kennis te nemen van hoe in het belastingrecht, waar de bestuurlijke boete al sinds mensenheugenis wordt toegepast, wordt omgegaan met het opleggen en toetsen van fiscale boetes. Haas heeft zich met zijn preadvies dan ook ten doel gesteld de gang van zaken in het fiscale boeterecht voor het voetlicht te brengen in de hoop dat andere bestuursrechters – en naar wij hopen ook andere bestuursrechtjuristen – daar hun voordeel mee kunnen doen. In het bijzonder heeft Haas daarbij aandacht voor het bewijs (hoofdstuk III) en de wijze waarop de rechter de juistheid van opgelegde boetes beoordeelt (hoofdstuk IV).

In deze opzet is Haas bijzonder goed geslaagd. Het preadvies geeft een mooi en uitstekend leesbaar overzicht van de stand van het fiscale boeterecht. In het eerste deel van het preadvies benoemt Haas een aantal aspecten van het fiscale boeterecht. Haas gaat in op het onderscheid tussen verzuim- en vergrijpboeten. Verzuimboeten worden opgelegd voor relatief lichtere overtredingen, terwijl vergrijpboeten zijn voorbehouden voor vergrijpen waarbij opzettelijk of door grove schuld fiscale verplichtingen niet zijn nagekomen. Haas bespreekt vervolgens dat de begrippen opzet en grove schuld in het fiscale recht niet anders worden uitgelegd dan in het strafrecht. Achttende de belastingrechter voorheen nog mogelijk dat opzet en schuld van een door de belastingplichtige ingeschakelde derde aan de belastingplichtige werd toegerekend, sinds 2006 is tegen de achtergrond van de onschuldpresumptie net als in het strafrecht de lijn dat alleen van opzet of grove schuld sprake kan zijn als de betreffende geestesgesteldheid bij de belanghebbende persoonlijk aanwezig is geweest.<sup>18</sup>

Voorts bespreekt Haas het in het fiscale recht ontwikkelde leerstuk van het pleitbaar standpunt. Een pleitbaar standpunt is een standpunt dat onjuist is, maar waarvan redelijkerwijs verdedigd kon worden dat het niet onjuist was. Is sprake van een pleitbaar standpunt, dan staat dat aan grove schuld of opzet in de weg. Haas constateert dat de belastingrechter en strafrechter een andere invulling geven aan dit begrip. Waar de belastingrechter uitgaat van een objectieve benadering (is het standpunt naar de stand van het recht verdedigbaar), lijkt de strafrechter veelal te kiezen voor een subjectieve benadering (meende de verdachte fiscaal juist te handelen). Haas bestempelt dit verschil – begrijpelijk – als

---

<sup>18</sup> HR 1 december 2006, BNB 2007, 151 waarin de Hoge Raad verwijst naar het IJzerdraadarrest, HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378.

onwenselijk en onder verwijzing naar een arrest van de strafkamer van de Hoge Raad<sup>19</sup> doet hij een voorstel voor een invulling die het verschil in benadering van de belastingrechter en bestuursrechter opheft: van een pleitbaar standpunt zou sprake moeten zijn indien 1) de gedraging destijds objectief bezien naar de stand van het recht redelijkerwijs verdedigbaar was en 2) een dergelijk standpunt ook daadwerkelijk door de belanghebbende/verdachte is ingenomen. Het eerste deel van het preadvies sluit af met een bespreking van strafuitsluitingsgronden en de verschillende vormen van overtrederschap in het fiscale recht.

Het derde hoofdstuk handelt over het bewijs in fiscale boetezaken. Haas gaat daarbij in op de bewijslastverdeling, het nemo tenetur beginsel, de omkering van de bewijslast en de omgang met onrechtmatig verkregen bewijs in het fiscale recht.<sup>20</sup> In het vierde hoofdstuk bespreekt Haas de toetsing van de fiscale boete door de belastingrechter. In lijn met het destijds geldende wettelijk systeem hield de belastingrechter er aanvankelijk een (zeer) marginale toetsing op na. Lichte verhogingen waren zelfs in het geheel niet aan een rechterlijke toets onderworpen. Onder invloed van de rechtspraak van het EHRM is hier medio jaren tachtig van de vorige eeuw verandering in gekomen.<sup>21</sup> Het EVRM en de rechtspraak van het EHRM fungeerden daarbij als drijvende kracht. Zo nodig deed de belastingrechter inspiratie op bij de strafrechter. Naar het oordeel van Haas is de belastingrechter er in de loop der tijd in geslaagd voor de beoordeling van fiscale boetes een stelsel te ontwikkelen waarmee aan de door de mensenrechtenverdragen gegarandeerde rechten op bevredigende wijze wordt vormgegeven. Algemeen beeld bij ons is, gelet op de in het preadvies besproken rechtspraak, dat de benadering van belastingrechter zowel ten aanzien van het bewijs als de toetsing in de kern genomen niet wezenlijk verschilt van die van de bestuursrechter. Daarbij past wel het voorbehoud dat wij onvoldoende weten hoe indringend de belastingrechters een fiscale boete in de praktijk toetsen. Dat zou op de VAR-vergadering aan de orde kunnen komen.

Haas sluit zijn preadvies af met een aantal slotopmerkingen. Hij doet een aantal positieve en een aantal negatieve observaties over de stand van zaken van het fiscale boeterecht en brengt een tweetal stellingen naar voren. De eerste stelling luidt dat de bestuursrechter in boetezaken zich in essentie niet anders dient op te stellen dan de strafrechter, in het bijzonder als het gaat om de verdeling van bewijslast en het bepalen van de strafmaat. De tweede stelling luidt dat de inspecteur met de mogelijkheid boeten op te leggen aan mededaders<sup>22</sup> een machtig wapen heeft gekregen in de strijd tegen fiscaal wangedrag en dat de inspecteur dit wapen daadwerkelijk moet benutten.

Wij begonnen deze bespreking met de opmerking dat Haas bijzonder goed in zijn opzet is geslaagd in het preadvies de stand van het fiscale boeterecht voor het voetlicht te brengen. Maar dit compliment is ook direct onze (enige) kanttekening bij zijn preadvies. Haas brengt de kennis van het fiscale boeterecht voor het voetlicht maar wat brengt hij over het voetlicht? De slotopmerkingen en stellingen hadden wellicht wat nader kunnen worden uitgewerkt. Haas sluit zijn preadvies weliswaar af met twee stellingen, maar of die stellingen in hun algemeenheid veel stof tot discussie zullen opleveren weten wij niet. Interessanter is eigenlijk de opmerking van Haas voorafgaand aan zijn stellingen dat het vanuit de optiek van de rechtsbescherming geen probleem is dat de wetgever in toenemende mate kiest voor sanctionering door middel van bestuurlijke boeten in plaats van strafrechtelijke vervolging, mits de bestuursrechter bij de beoordeling van de bestuurlijke boete volledig toetst of sprake is van een overtreding en zo ja, of de hoogte van de boete juist is, een en ander met dezelfde attitude als de strafrechter. Daarover lijkt verschil van mening te bestaan, zo leiden wij af uit het preadvies van Albers.

---

<sup>19</sup> HR 6 maart 2012, NJ 2012/176, ECLI:NL:HR:2012:BQ8596.

<sup>20</sup> Helaas is de ruimte voor een bespreking te beperkt om op al deze onderwerpen in te gaan. Toch een korte opmerking in een voetnoot. Wat betreft het nemo tenetur-beginsel stelt Haas de vraag of de Hoge Raad het onderscheid tussen wils-afhankelijk en wils-onafhankelijk materiaal niet ten onrechte terugbrengt tot verklaringen enerzijds en overig bewijsmateriaal anderzijds. Haas oppert of niet veeleer de mate van uitgeoefende druk bepalend zou moeten zijn. Toeval of niet inmiddels heeft het gerechtshof Amsterdam in een arrest van 25 februari 2014, vanwege de mate van dwang (een substantiële dwangsom) ook bankafschriften als wils-afhankelijk materiaal bestempeld (ECLI:NL:GHAMS:2014:501).

<sup>21</sup> HR 19 juni 1985, BNB 1986/29 en HR 20 december 1989, BNB 1190/102.

<sup>22</sup> Hiermee is bedoeld: medeplegers, uitlokkers, doen plegers, medeplichtigen, feitelijk leidinggevend en opdrachtgevers.

De eerste stelling dat de bestuursrechter in boetezaken zich in essentie niet anders dient op te stellen dan de strafrechter, in het bijzonder als het gaat om de verdeling van bewijslast en het bepalen van de strafmaat is in zijn algemeenheid een beetje een open deur. In het licht van artikel 6 EVRM zal hier in de kern genomen weinig tegen in te brengen zijn. Tegen de achtergrond van de (door Haas als positief geduide) observaties dat 1) het fiscale boeterecht is georiënteerd op de mensenrechtenverdragen en de daaruit voortvloeiende rechten van de beboete op grond van artikel 6 EVRM, 2) dat de ‘burden of proof’ duidelijk op de inspecteur ligt, 3) dat sprake is van een toenemende oriëntatie op het strafrecht en de volle toetsing door de rechter van zowel overtreding als hoogte van de boete, is de vraag welke implicaties deze stelling heeft voor de huidige stand van het (fiscale) boeterecht. Uit de eerdere hoofdstukken van het preadvies komt naar voren dat Haas dan in ieder geval het oog heeft op drie onderwerpen.

In de eerste plaats betoogt Haas dat in het fiscale boeterecht de bewijslast ter zake van de toepasselijkheid van een strafuitsluitingsgrond veelal bij de belanghebbende wordt gelegd en dat dit ten onrechte is.<sup>23</sup> Hij wijst er op dat de stelplicht dat sprake is van een strafuitsluitingsgrond weliswaar bij de belanghebbende ligt, maar dat dit niet betekent dat de bewijslast van de ter onderbouwing van een beroep op een strafuitsluitingsgrond gestelde feiten en omstandigheden volledig op de belanghebbende rust. Net als in het strafrecht zou de bestuursrechter zelf actiever moeten onderzoeken of de gestelde feiten in het licht van het dossier en hetgeen overigens is aangevoerd aannemelijk zijn geworden. Wij zijn dit met Haas eens. Ons inziens is hier bovendien niet alleen een taak weggelegd voor de bestuursrechter maar ook voor het bestuursorgaan alvorens het tot boetelegging overgaat. Het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel brengen naar ons oordeel mee dat ingeval een gemotiveerd beroep wordt gedaan op een strafuitsluitingsgrond op het bestuursorgaan de verplichting rust dit verweer in ogenschouw te nemen. Zo nodig zal in het boetebesluit moeten worden gemotiveerd waarom eventueel aangedragen gegevens niet aan het opleggen van een boete in de weg staan.<sup>24</sup>

In de tweede plaats pleit Haas voor een actievere opstelling van de belastingrechter bij de beoordeling of sprake is van persoonlijke omstandigheden – waaronder begrepen de financiële situatie – die van invloed kunnen zijn op de hoogte van de boete. De belastingrechter zou hier – net als de strafrechter – actief naar moeten informeren. Haas betoogt dat artikel 8:69, derde lid Awb de rechter daarvoor de ruimte geeft omdat de juistheid van de opgelegde boete – ook wat betreft hoogte daarvan – tot de rechtsstrijd behoort. Het is evenwel de vraag of dat ook het geval is indien de belanghebbende de hoogte van een boete bij de rechter in het geheel niet aan de orde stelt. Wij zijn benieuwd of uit een arrest van de Hoge Raad van 28 maart 2014 niet moet worden afgeleid dat wel als voorwaarde geldt dat de beslissing van een bestuursorgaan over de hoogte van een boete door de overtreder aan de orde wordt gesteld.<sup>25</sup>

In de derde plaats stelt Haas zich de vraag of de bestuursrechter zich bij de omgang met onrechtmatig verkregen bewijs niet meer zou moeten aansluiten bij het strafrecht. Volgens Haas komt het minst genomen merkwaardig over dat de consequentie die verbonden wordt aan het onrechtmatig verkrijgen van bewijsmateriaal afhankelijk is van de omstandigheid of een overtreding strafrechtelijk of bestuursrechtelijk wordt afgedaan. Dit mag zo zijn maar zonder nadere toelichting lijkt ons dit onvoldoende voor de conclusie dat de bestuursrechter zich dan maar moet aansluiten bij de strafrechter. Voor zover het gaat om strafrechtelijk verkregen onrechtmatig verkregen bewijs is het bovendien de vraag of het zo merkwaardig is dat de rechter daar ten aanzien van de inspecteur of het bestuursorgaan andere gevolgen aan verbindt dan ten aanzien van de officier van justitie. De officier heeft immers leiding gegeven aan het strafvorderlijk onderzoek waarin het bewijs op onrechtmatige wijze is vergaard. Dit sluit ook aan bij de observatie van Albers dat in een bestuursrechtelijke procedure door het bestuursorgaan onrechtmatig verkregen bewijs eerder wordt uitgesloten dan bewijs

---

<sup>23</sup> Ook in het overige bestuursrecht wordt er vaak van uitgegaan dat de belanghebbende aannemelijk moet maken dat sprake is van een strafuitsluitingsgrond, bv. ABRS 6 februari 2008, LJN: BC3592, rov. 2.4.1 en ABRS 9 februari 2005, LJN: AS5521, rov. 2.6.

<sup>24</sup> Vgl. bijvoorbeeld de memorie van toelichting bij de wijziging van de Meststoffenwet, TK 29930, nr. 3, p. 69. Anders dan in de memorie van toelichting bij de vierde tranche, neemt de wetgever daar niet als uitgangspunt dat de bewijslast voor de toepasselijkheid van een strafuitsluitingsgrond volledig bij de belanghebbende ligt.

<sup>25</sup> HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:685, rov. 3.4.2.

dat strafrechtelijk onrechtmatig is verkregen. En voor zover het gaat om door het bestuursorgaan onrechtmatig verkregen bewijs is te meer de vraag waarom aansluiting gezocht zou moeten worden bij de strafrechter. Waarom verdient de benadering van de strafrechter de voorkeur?

De tweede stelling luidt dat de inspecteur met de mogelijkheid boeten op te leggen aan mededaders<sup>26</sup> een machtig wapen heeft gekregen in de strijd tegen fiscaal wangedrag en dat de inspecteur dit wapen daadwerkelijk moet benutten. Deze stelling sluit aan bij paragraaf II.10 van het preadvies. Haas bespreekt in die paragraaf dat met de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb het aantal potentieel beboetbare personen aanzienlijk is toegenomen, maar dat in de fiscale praktijk nog nauwelijks van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt. Haas wijst er op dat door het aanpakken van mededaders kan worden opgetreden tegen personen die bij de belastingontduiking door de belastingplichtige een wezenlijke rol spelen. Met Haas zijn wij van mening dat de omstandigheid dat het bij beboetbare fiscale feiten veelal om kwaliteitsdelicten gaat hier niet aan in de weg staat. Voor overtrederschap is geen voorwaarde dat de mededader (eveneens) over de vereiste kwaliteit beschikt. Evenmin is, zoals Haas onder verwijzing naar HR 6 maart 2012, NJ 2012, 176 opmerkt, voor het opleggen van een vergrijpboete aan een medepleger zonder de vereiste kwaliteit – bijvoorbeeld de belastingadviseur – vereist dat de belastingplichtige zelf opzet of grove schuld kan worden verweten. Maar in welke gevallen vindt Haas dan dat de inspecteur van dit wapen gebruik moet maken? Haas merkt op dat het denkbaar is dat belastingadviseurs die beseffen dat de door een klant aangeleverde gegevens niet juist kunnen zijn maar ter zake geen actie ondernemen en op basis van die gegevens adviseren of een te lage aangifte doen als medeplegers kunnen worden beboet. Maar is dat ook wenselijk? Wat betreft de hoogte van de boete voor mededaders wijst Haas er op dat anders dan waarvan in de parlementaire behandeling van de vierde tranche Awb is uitgegaan, het niet zonder meer voor de hand ligt dat wordt aangesloten bij het bedrag van de ten onrechte niet of te laag geheven belasting. Voor mededaders hoeft het profijt van het fiscale wangedrag niet gelijk te zijn aan de in het geding zijnde belasting. Hoewel de in het geding zijnde belasting naar onze opvatting ook in relatie tot de mededaders een belangrijke aanwijzing zal zijn voor de ernst van de gedraging, zijn wij met Haas eens dat ook andere factoren een rol zouden kunnen spelen. Maar welke factoren zijn dat dan? Wij zijn benieuwd hoe Haas hier tegen aan kijkt. Misschien dat Haas op de VAR-vergadering zijn stelling op deze punten nog nader kan toelichten.

## 5 Ter afsluiting

Hiervoor hebben wij drie mooie preadviezen besproken die aanzetten tot nadenken. Dat geldt bijvoorbeeld voor het criterium dat Albers hanteert voor de beoordeling of een sanctie als bestraffend dient te worden gekwalificeerd. Zij leggen ook tegenstellingen bloot, zoals het verschil van mening tussen Albers en Haas over de vraag of het bestuursstrafrecht dezelfde mate van rechtsbescherming biedt of kan bieden als het strafrecht. Dat is direct ook de meest principiële vraag die in de preadviezen aan de orde is gekomen en die naar onze verwachting de rode draad in de discussie tijdens de jaarvergadering op 23 mei a.s. zal vormen. Vinden de VAR-leden met Albers dat het bestuursstrafrecht naar het strafrecht zou moeten worden overgeheveld, bijvoorbeeld via de Wet Omafdoening? Of neigen zij meer naar het standpunt van Haas dat de overtreder bij de bestuursrechter evengoed af is? Het zou goed zijn in dat verband de verschillen tussen strafrechter en bestuursrechter, die er natuurlijk zijn, wat verder met elkaar uit te diepen. Het bewijsrecht in het bestuursrecht zou daarbij aan de orde kunnen komen. Wellicht kan Albers toelichten op welke wijze zij de Awb op dit punt aangepast zou willen zien. Haas kan toelichten waarom hij de wijze waarop de strafrechter omgaat met onrechtmatig verkregen bewijs de voorkeur geeft boven de wijze waarop de bestuursrechter dat doet. Ook artikel 8:69 Awb verdient in dat verband aandacht; biedt dit artikel de bestuursrechter volgens de VAR-leden niet al voldoende mogelijkheden voor een actieve opstelling? Over het evenredigheidsbeginsel en de wijze van toetsing door de bestuursrechter blijkt, anders dan Van Emmerik en Saris in eerste instantie dachten, nog veel te zeggen. Interessant vinden wij de gedachte dat bestuursorganen een begeleidings- en informatieplicht zouden moeten hebben, vastgelegd

---

<sup>26</sup> Hiermee is bedoeld: medeplegers, uitlokkers, doen plegers, medeplichtigen, feitelijk leidinggevenden en opdrachtgevers.

in de Awb, om de overtreder te wijzen op de bijzondere omstandigheden die hij in het kader van het beginsel van evenredigheid zou kunnen aanvoeren. Maar gaat dat niet wat ver? En is het nu echt nodig om in artikel 5:46 van de Awb alle factoren op te nemen waarmee bij de toets aan het evenredigheidsbeginsel rekening moet worden gehouden? Verder zijn wij benieuwd wat de VAR-leden vinden van het voorstel een conclusie te vragen aan de staatsraad advocaat-generaal over de diverse evenredigheidsfactoren waarmee de rechter rekening moet houden. De preadviezen geven aldus voldoende stof tot nadenken en discussie tijdens de VAR-jaarvergadering. Wij kijken er naar uit!