

De matigende rechter

Evenredigheid en bestuurlijke boeten

B.W.N. de Waard*

I Wat is evenredig?

De Nederlandse bestuursrechter moet nagaan of punitieve (bestraffende) sancties die door een bestuursorgaan worden opgelegd, in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. Er mag geen onevenredigheid bestaan tussen de ernst van de verweten overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie. Daarover bestaat overeenstemming. Minder duidelijk is waar dit concreet op neerkomt. Wat bepaalt de ernst van de overtreding? Zijn er nog andere factoren dan ernst en verwijtbaarheid waarmee rekening dient te worden gehouden?

Een deel van de onduidelijkheid over de verlangde intensiteit van de rechterlijke toetsing wordt veroorzaakt door onzekerheid over de theorie over de verhouding tussen bestuur en rechter. Bestaat bij bestraffende sancties een zekere beoordelingsvrijheid voor het bestuur, die door de rechter gerespecteerd moet worden? Als dat zo is, is dat dan te rijmen met de omstandigheid dat, in geval van bestuurlijke boeten, de rechter zelf de hoogte van de boete bepaalt als hij de opgelegde boete onevenredig vindt?

In deze bijdrage wordt eerst ingegaan op die laatste, meer theoretische vragen. Daaronder de vraag wat onder de termen 'beoordelingsvrijheid' en 'beoordelingsruimte' dient te worden verstaan. In het tweede deel van dit artikel wordt nader ingegaan op jurisprudentie, om te zien welke criteria de rechter kennelijk hanteert. In het korte bestek van deze bijdrage is het onderzoek beperkt gebleven tot bestuurlijke boeten in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Hoe wordt de evenredigheidstoetsing daar verricht? En hoe sluit dat aan bij hetgeen in het eerste deel van de bijdrage is gevonden?

1.2 Een stukje geschiedenis: van 'willekeur' naar 'evenredigheid'

Sinds de invoering van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), die onder meer een algemene regeling bevat van het onderwerp bestuurlijke boete,¹ is het wel verantwoord om de vraag te stellen hoe 'de' Nederlandse bestuursrechter punitieve sancties dient te beoordelen. Voordien, en met name in

* Prof. mr. B.W.N. de Waard is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Tilburg.

1 Titel 5.4 Awb, in werking getreden op 1 juli 2009.

de periode van vóór de totstandkoming van de nu 15-jarige Awb, was er niet een gezamenlijk normatief kader en was de neiging om over de schuttingen tussen de verschillende rechtsgebieden binnen het bestuursrecht te kijken niet heel groot.

In een historisch perspectief is de factor die zonder twijfel het meest invloedrijk is geweest, het inzicht dat bestuurlijke bestraffende sancties in beginsel² vallen onder de werking van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM). Niet lang na het Öztürk-arrest van het Europese Hof stelde de Hoge Raad vast dat het opleggen van een 100% verhoging moet worden aangemerkt als het instellen van een strafvervolgung in de zin van artikel 6, eerste lid, EVRM.³ In de periode voordat dit arrest werd gewezen was de rechtsbescherming door de belastingrechter uiterst beperkt. De belastinginspecteur kon de 100% boete bij navordering en naheffing (gedeeltelijk) kwijtschelden. Bij de totstandkoming van de betreffende regeling stond de regering aanvankelijk op het standpunt dat de kwijtscheldingsbeslissing niet zou moeten kunnen worden voorgelegd aan de belastingrechter. Op aandrang van de Tweede Kamer werd dit toch mogelijk gemaakt. De belastingrechter diende de beslissing van de inspecteur te toetsen aan toetsingsgronden die overeenkwamen met de destijds algemeen gebruikelijke toetsingsgronden (zoals onder andere opgenomen in de Wet Arob). Tot die criteria behoorde vanzelfsprekend 'strijd met een algemeen verbindend voorschrift'. Verder kwamen de criteria neer op:

- détournement de pouvoir;
- 'willekeur' (het 'niet in redelijkheid hebben kunnen komen tot'-criterium); en
- anderszins in strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Onder de noemer 'strijd met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur' was het in theorie mogelijk geweest te toetsen aan een op sancties toegesneden evenredigheidsbeginsel, zoals dat bijvoorbeeld door de Centrale Raad van Beroep werd gehanteerd.⁴ Gelet op de wetsgeschiedenis was het echter niet vreemd dat de Hoge Raad ervan uitging dat de toetsing beperkt diende te blijven tot een toetsing aan het willekeur-criterium; een marginale toetsing derhalve.⁵ Of, zoals Advocaat-Generaal Van Soest het destijds formuleerde:

2 Voor bestuurlijke boeten lijkt dit in ieder geval wel op te gaan. Ook een lichte boete kan een 'criminal' offence opleveren. Zie EHRM 21 februari 1984 (Öztürk), NJ 1988, 937, besproken door T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, 'Öztürk. Punitieve sancties en EVRM-waarborgen' in: *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 105-123. EHRM 23 november 2006, AB 2007, 51 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (Jussila v. Finland). Het staat niet vast dat alle punitieve sancties onder het begrip 'criminal charge' vallen. Zie F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van punitieve sancties*, Den Haag: BJu, p. 18-19.

3 HR 19 juni 1985, BNB 1986/29 m.nt. J.P. Scheltens.

4 Vgl. art. 58, tweede lid, AW 1929, dat luidde: 'Indien het beroep eene disciplinaire strafoplegging betreft, kan het in elk geval ook worden ingesteld ter zake dat er tusschen de opgelegde straf en de gepleegde overtreding onevenredigheid bestaat.'

5 Art. 27 AWR (oud). Zie voor deze historische ontwikkeling F.J.P.M. Haas, *Bestuurlijke boeten in het belastingrecht*, Deventer: Kluwer (2^e dr.) 2009, p. 3 e.v. De belastingrechter vormde zich overigens wel een eigen oordeel over de vraag welke omstandigheden in aanmerking dienden te worden genomen bij de kwijtscheldingsbeslissing.

‘Het beroep, ingeleid op de wijze, bedoeld in art. 27 AWR, laat blijkens de wetsgeschiedenis van 1959 de door de belastinginspecteur verrichte belangenafweging intact en legt aan de rechter slechts de vraag voor, of de daarbij aan de administratie gestelde grenzen niet zijn overschreden; deze grenzen zijn geformuleerd in de beperkte beroepsgronden, omschreven in art. 27, lid 2, AWR.’⁶

Hoe moest een zaak worden afgedaan, indien de belastingrechter tot het oordeel kwam dat de inspecteur niet in redelijkheid tot het besluit omtrent de kwijtschelding had kunnen komen? De rechter bepaalde dan vervolgens zelf de hoogte van de kwijtschelding. Het komt op de niet-fiscalist een beetje merkwaardig over dat de belastingrechter, die niet zijn eigen waardering van de omstandigheden in de plaats mag stellen van die van de inspecteur, wel zelf in de zaak mag voorzien. Maar zo ging dat wél.⁷ Het houdt verband met wat in het belastingrecht de devolutieve werking van het beroep wordt genoemd: de rechter moet, indien mogelijk, zelf in de zaak voorzien.⁸

Enkele jaren na het arrest waarin werd vastgesteld dat het opleggen van een verhoging een *criminal charge* opleverde, overwoog de Hoge Raad dat onder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, bedoeld in artikel 27, lid 2, sub c⁹ (oud) AWR, een evenredigheidsbeginsel is vevat. Dat evenredigheidsbeginsel biedt de rechter de mogelijkheid om te beoordelen of de verhoging, voorzover door het besluit van de inspecteur in stand gelaten, niet als onevenredig is aan te merken in verhouding tot de gedraging op grond waarvan zij is opgelegd, aldus de Hoge Raad.¹⁰ Nadat de Hoge Raad de boeten in het belastingrecht had aangemerkt als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM werd ook in het overige bestuursrecht erkend dat de rechter bij het toetsen van bestraffende sancties niet mag volstaan met een toetsing die beperkt blijft tot toetsing aan het aloude willekeurcriterium. De rechter dient dergelijke besluiten te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, in die zin dat de rechter de verhouding tussen de ernst van de verweten overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie beoordeelt.¹¹ Men duidt deze toetsing wel aan als

6 Conclusie bij HR 23 mei 1979, BNB 1979/250.

7 HR 8 juni 1977, BNB 1977/169.

8 Zie R.H. Happé, P.M.F. van Loon, J.P.F. Slijpen, *Algemeen fiscaal bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2005 (2^e druk), p. 31.

9 Dat wil zeggen naast het willekeurcriterium dat in dezelfde bepaling, maar dan *sub b*, was beschreven.

10 HR 20 december 1989, BNB 1990/102.

11 Zie ABRvS 4 juni 1996, JB 1996/172 m.nt. E. v.d. Linden; RAwb 1996, 110 m.a. BdeW (‘Keuringsplaats Scheerwolde’). Die uitspraak werd gedaan kort nadat de Afdeling had vastgesteld dat de toetsing aan art. 3:4, tweede lid, Awb, niet intensiever moest zijn dan de toetsing met behulp van de willekeurformule van vóór de Awb, in ABRvS 9 mei 1996 (Maxis en Praxis), JB 1996, 158 m.nt. Stroink; RAwb 1996, 104 m.a. De Waard; Gst. 1997, 7053, 9 m.nt. Teunissen; AAe 1997, p. 43 e.v. m.nt. Van der Vlies. Zie ook B.W.N. de Waard, ‘Maxis en Praxis. Verbod van willekeur’, *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 417-426.

een ‘volledige’, of ‘volle’ toetsing op evenredigheid.¹² Dat gebeurt ongetwijfeld met name om het verschil met de marginale toetsing met behulp van de *willekeurformule* tot uitdrukking te brengen, maar een ander misverstand dreigt, namelijk dat de toetsing geen marginaal karakter mag hebben.

Als men concludeert dat de rechter de evenredigheid tussen overtreding en sanctie moet kunnen beoordelen, is daarmee nog niet gezegd in hoeverre de rechter zich daarbij een eigen oordeel over de hoogte van de sanctie dient te vormen. Er zou nog steeds sprake kunnen zijn van een marginale toetsing, namelijk van een controle waarbij de rechter niet zelf uitmaakt welke sanctie evenredig is, maar pas ingrijpt als de opgelegde sanctie de marge van wat een redelijke sanctie is te buiten gaat. De controle is dan beperkt, met behulp van een – voor marginale toetsing typerende – dubbele ontkenning: de sanctie mag niet onevenredig zijn. Zoals hieronder aan de orde komt is, ook als het gaat om bestraffende sancties, een dergelijke marginale toetsing aanvaardbaar. Het is daarom beter om de verwarrende term ‘volle’ toetsing te vermijden.

2 Evenredigheidsbeginsel: Europese eisen

In een eerder onderzoek concludeerden Michiels en ondergetekende over de eisen die de jurisprudentie van het EHRM en het HvJ EG stellen aan rechterlijke toetsing van punitieve sancties als volgt. De mate van intensiteit van de rechterlijke toetsing die de jurisprudentie van de Europese rechters verlangt kan verschillen, afhankelijk van de aard van de zaak. De jurisprudentie van beide Europese rechterlijke colleges laat echter toe dat de rechter punitieve bestuurlijke sanctiebesluiten terughoudend (marginaal) toetst.¹³ Vast staat wel dat vereist is dat de evenredigheid van de sanctie, in verhouding tot de ernst van de overtreding, aan rechterlijke toetsing onderworpen is.¹⁴ De rechter dient daartoe over een *full jurisdiction* te beschikken. Dat wil in ieder geval zeggen dat aan diens rechtsmacht geen elementen mogen ontbreken die nodig zijn om te kunnen beoordelen of een sanctie onevenredig is. Een tekortschietende rechtsmacht doet zich bijvoorbeeld voor als de betreffende rechter zich geen oordeel mag vormen over de feiten.¹⁵

12 Bijv., wat betreft de eisen van art. 6 EVRM: C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?*, diss. UM, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 244. H. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005, p. 61. Wat het EG-recht betreft, zie P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, ‘Bestuurlijke punitieve sancties in Nederland in het licht van Europeesrechtelijke vereisten’, in: *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006, p. 48.

13 Michiels, De Waard, a.w. (zie noot 2), p. 85 en p. 94.

14 EHRM 10 februari 1983, Series A, Vol. 58; NJ 1987, 315 (Albert en Le Compte). HvJEG 21 juni 1979, zaak 240/78, *Jur.* 2137 (Atalanta).

15 Bijvoorbeeld als de rechter verplicht is (of zich verplicht acht) het oordeel van een andere instantie zonder meer te volgen. Vgl. EHRM 28 juni 1990, Series A, Vol. 179 (Obermeier). In EHRM 23 oktober 1995, Series A, Vol. 328-C (Gradinger) omschrijft het Hof ‘full jurisdiction’ als volgt: ‘the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below’. Albers, a.w. (diss., zie noot 12), p. 244. Zie nog Michiels, De Waard, a.w. (zie noot 2), p. 87 en p. 90. In andere gevallen is de rechtsmacht te beperkt, doordat de rechter zich zonder meer gebonden acht aan een bestuurlijk advies. Zie EHRM 13 februari 2003 (Chevrol), AB 2004, 52 m.nt. De Waard.

2.1 Wetsgeschiedenis Vierde tranche Awb: welke redenering heeft geleid tot de conclusie dat de rechter zelf in de zaak mag voorzien?

Ook in de memorie van toelichting bij het voorontwerp voor de Vierde tranche van de Awb wordt gesproken van een ‘volledige’ toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, als het gaat om de rechterlijke toetsing van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een andere punitieve sanctie. De toelichting vervolgt:

‘Dit wil zeggen dat de rechter zijn eigen oordeel over de hoogte van de boete in de plaats mag stellen van het oordeel van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan heeft bij punitieve sancties geen beleids- maar slechts beoordelingsvrijheid.’¹⁶

Mij overtuigt deze redenering niet zomaar. Nodig is dat de rechter beoordeelt of de sanctie onevenredig is, maar daaruit volgt niet automatisch dat hij zijn eigen oordeel in de plaats mag stellen van dat van het bestuur. In de tweede plaats zie ik niet in dat het bestuursorgaan bij punitieve sancties per definitie geen beleidsvrijheid zou hebben, maar slechts beoordelingsvrijheid.

Van *beleidsvrijheid* wordt doorgaans gesproken als, in een geval waarin is voldaan aan de normcondities, een bestuursorgaan mag kiezen of, en zo ja in welke gevallen, van de bevoegdheid gebruik gemaakt wordt. In veel gevallen – afhankelijk van de wettelijke inkadering – kan het bestuursorgaan bovendien kiezen op welke wijze het van de keuzemogelijkheid gebruik maakt. Ook die keuzeruimte valt onder de beleidsvrijheid.¹⁷ In beginsel bestaat beleidsvrijheid, bij de vraag of een bestraffende sanctie wordt opgelegd, zolang de betreffende wettelijke regeling niet in andere richting wijst. De meeste boetebevoegdheden zijn geformuleerd als ‘kan’-bepaling.¹⁸ Er is geen aanleiding om anders te oordelen waar het betreft het bepalen van de hoogte van de boete,¹⁹ tenzij de hoogte van de boete wettelijk is vastgelegd.²⁰

16 Commissie-Scheltema, *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht. Vierde tranche*, Den Haag 1999, p. 127. Ongewijzigd overgenomen in de memorie van toelichting bij de Vierde tranche, zie Kamerstukken II, 2003-2004, 29 702, p. 141.

17 Zie over de begrippen beleidsvrijheid, beoordelingsvrijheid en beoordelingsruimte onder meer A.P. Klap, ‘Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten?’, *NTB* 2007, p. 183-194; dezelfde in: L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, 3^e dr., Den Haag: BJu 2009, par. 7.4; T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen* (diss. RUL), Den Haag: BJu 2008; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 14^e dr., Den Haag: Elsevier juridisch 2008, hfs. 6, punt 7 e.v. F.C.M.A. Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 5^e dr. 2009, par. 6.2.4.

18 Een voorbeeld: artikel 2, eerste lid, van de WAHV. Zie ook Michiels, De Waard, a.w. (zie noot 2), p. 68.

19 Wat het vaststellen van de hoogte betreft stelt Albers, a.w. (diss.), p. 246, zich op het standpunt dat veelal beleidsvrijheid bestaat. De Hoge Raad huldigt het standpunt dat bij de boeteoplegging sprake is van een discretionaire bevoegdheid van de inspecteur, zie o.m. HR 26 september 2003, *BNB* 2004/63.

20 Ook dan valt er voor het bestuur onder omstandigheden nog wel iets te beslissen. Bij wettelijk vastgestelde boeten dient het bestuursorgaan de boete te matigen, indien deze ‘wegens bijzondere omstandigheden te hoog is’, zo bepaalt art. 5:46 lid 3 Awb. De wettelijk gefixeerde boeten blijven hier korthedshalve buiten behandeling.

Van *beoordelingsvrijheid* wordt gesproken als het bestuursorgaan de mogelijkheid heeft om zelfstandig te beoordelen of aan de wettelijke bevoegdheidscriteria is voldaan. De rechter dient het betreffende bestuurlijke oordeel te respecteren voor zover het niet evident onjuist is.²¹ In een dergelijke situatie wordt ook wel gesproken van ‘subjectieve’ beoordelingsruimte.²² Dit, ter onderscheiding van ‘objectieve’ beoordelingsruimte. Als een regel objectieve beoordelingsruimte bevat, hoeft de rechter niet terughoudend te toetsen. De rechter kan dan zijn eigen oordeel geven over de vraag hoe de regel geïnterpreteerd moet worden en of het bestuursorgaan de feiten in het licht van die regel juist heeft gekwalificeerd.

De term *beoordelingsruimte* kan dus twee betekenissen hebben, namelijk als overkoepelend begrip voor ‘subjectieve’ beoordelingsruimte (= beoordelingsvrijheid) en ‘objectieve’ beoordelingsruimte. Wordt de term zonder nadere toevoeging gebruikt om een contrast met *beoordelingsvrijheid* aan te geven, dan wordt bedoeld op ‘objectieve’ beoordelingsruimte. Als wordt gezegd dat de rechter aan het bestuur beoordelingsruimte dient te laten, dan is duidelijk dat wordt bedoeld op ‘subjectieve’ beoordelingsruimte, beoordelingsvrijheid.

Bij de situatie dat de rechter zijn eigen beoordeling zonder meer in de plaats mag stellen van die van het bestuur past dus niet de term *beoordelingsvrijheid*, maar de term (‘objectieve’) *beoordelingsruimte*. Het moet dan ook wel zo zijn dat de commissie-Scheltema heeft bedoeld te zeggen dat, waar het gaat om het bepalen van de hoogte van een bestraffende sanctie, sprake is van (‘objectieve’) *beoordelingsruimte*.²³ Als deze veronderstelling dat de commissie eigenlijk bedoelde te spreken van (‘objectieve’) *beoordelingsruimte* juist is, dan past bij het standpunt van de commissie heel goed dat de commissie zegt dat eventuele beleidsregels over de hoogte van de boete het karakter hebben van wetsinterpreterende beleidsregels, waaraan de rechter niet is gebonden.

Niet kan worden volgehouden dat een bestuursorgaan als gevolg van de enkele omstandigheid dat de rechter de evenredigheid van een bestraffende bestuurlijke sanctie moet kunnen beoordelen geen door de rechter te respecteren *beoordelingsvrijheid* heeft. Dat betekent voor het vervolg van deze bijdrage twee dingen. In de eerste plaats zal nader moeten worden ingegaan op het onderscheid tussen *beoordelingsvrijheid* en objectieve *beoordelingsruimte* (zie hierna, 2.1.1). En in de tweede plaats zal, voor die gevallen waarin de rechter zich op het standpunt stelt dat aan het bestuur *beoordelingsruimte* dient te worden gelaten, een verklaring gevonden te worden voor de omstandigheid dat de rechter zelf in de zaak mag voorzien (zie hierna, 2.1.3).

21 A.P. Klap, in L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: BJu 3^e dr. 2009, p. 316.

22 J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1983, p. 7. Zie ook A.P. Klap, ‘Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten?’, *NTB* 2007, p. 183-194, p. 184.

23 Ook Albers bekritiseert het feit dat de commissie hier van *beoordelingsvrijheid* spreekt. Albers, a.w. (diss.), p. 246.

2.1.1 Nader over beoordelingsruimte

Het kan in de praktijk lastig zijn om uit te maken of een wettelijke omschrijving beoordelingsvrijheid impliceert of niet. Soms is die duidelijkheid er, doordat de wetgever expliciet een formulering hanteert als 'naar het oordeel van ...'. Maar het is zeker niet altijd zo, dat de wetgever expliciteert dat hij de bedoeling heeft beoordelingsvrijheid toe te kennen. Als de rechter beoordelingsvrijheid aanneemt kan dat verschillende achtergronden hebben. De meest klassieke daarvan duid ik hier kort aan als *het politiek-bestuurlijke argument*. Daarmee doel ik op de situatie dat de wetgever geacht mag worden ruimte te hebben willen laten voor beoordeling op basis van bestuurlijk beleid, dat politiek kan zijn ingekleurd en door vertegenwoordigende organen wordt meebepaald of gecontroleerd.²⁴

Er zijn nog andere situaties waarin de rechter in de praktijk marginaal, afstandelijk, toetst. Daarbij kan men denken aan situaties waarin risico's moeten worden ingeschat of kwaliteiten moeten worden beoordeeld. Soms wordt beoordelingsruimte gelaten in zaken die gespecialiseerde technische kennis vereisen. Bijvoorbeeld in het milieurecht, waar het gaat om het begrip 'beste beschikbare technieken', dat onder meer in artikel 8.10, tweede lid, van de Wet milieubeheer (Wm) voorkomt. In 1998 kwam het op dit punt tot een jurisprudentieomslag, waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak RvS overwoog dat aan het bestuur 'een zekere beoordelingsvrijheid' toekomt bij de toepassing van de artikelen 8.10 en 8.11 Wm.²⁵ Een interessant voorbeeld van een situatie waarin de rechter terughoudend blijkt te toetsen is de beoordeling van de geloofwaardigheid van de door een vluchteling in zijn asielrelaas naar voren gebrachte feiten. In een uitspraak uit 2003 heeft de Afdeling uiteengezet waarom de rechter op dit punt aan de minister een beoordelingsmarge dient te laten. Na uiteen te hebben gezet in welke gevallen de minister een asielrelaas voor waar pleegt aan te nemen, overweegt de Afdeling:

'2.4.6 Bij de toepassing van dit beleid in een concreet geval komt de minister beoordelingsruimte toe. Hij beoordeelt de geloofwaardigheid van het asielrelaas op basis van uitvoerige gehoren en van vergelijking van het relaas met al datgene, wat hij over de situatie in het land van herkomst weet uit ambtsberichten en andere objectieve bronnen en wat hij eerder heeft onderzocht en overwogen naar aanleiding van de gehoren van andere asielzoekers in een vergelijkbare situatie. Dit overzicht stelt hem in staat die beoordeling vergelijkenderwijs en aldus geobjectiveerd te verrichten. De rechter is niet in staat de geloofwaardigheid op vergelijkbare wijze te beoordelen.'²⁶

24 Vgl. Klap, a.w. (zie vorige noot), p. 183-194, p. 188-189. Eenzelfde verklaring geeft Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag (9^e dr.) 2004, p. 258.

25 ABRvS 21 april 1998 (Varkenshouderij Van Gurp, Breda), AB 1998, 199 m.nt. Jurgens, JB 1998/133 m.nt. Stroink en ABRvS 21 april 1998 (Tennispark Boskoop), AB 1998, 200. Leemans, a.w. (zie noot 17), m.n. hfs. 4.

26 ABRvS 27 januari 2003, AB 2003, 286 m.nt. Vermeulen. In de twee overwegingen die volgen op de geciteerde geeft de Afdeling aan dat er ook bij marginale toetsing van het geloofwaardigheidsoordeel nog een belangrijke controlerende taak voor de rechter overblijft, mede doordat uiteraard nog getoetst moet worden aan (andere) beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en de eis van een kenbare motivering.

Deze verschillende voorbeelden kunnen worden samengenomen als gevallen waarin de basis voor het aannemen van beoordelingsvrijheid niet primair ligt in het politiek-bestuurlijke argument, maar kort gezegd in bij het bestuursorgaan aanwezige deskundigheid, ervaring of beschikbaarheid van informatie. Het zijn gevallen waarin een interpreterend oordeel van de rechter niet bij voorbaat beter is dan dat van het bestuur, integendeel. Er is in deze gevallen wel een keuzeprobleem, dat niet volledig opgelost kan worden door inschakeling van een onafhankelijke deskundige. Als voor de besluitvorming gespecialiseerde, niet-juridische kennis nodig is, kan het zijn dat die kennis bij het betreffende bestuursorgaan aanwezig is, of dat via de door het bestuur gehanteerde procedures goede waarborgen bestaan dat van externe kennis wordt geprofiteerd (advisering; hanteren van deskundigenrichtlijnen). Het bestuursorgaan heeft dan een voorsprong op de rechter. En dan niet alleen op niet-juridische, vaktechnische inhoud, maar zelfs op een punt dat doorgaans juist tot de kwaliteiten van de rechter behoort: toezien op een gelijke behandeling. Vgl. het voorbeeld van de geloofwaardigheid van het asielrelaas. Omgekeerd is een situatie waarin weinig garanties bestaan voor geobjectiveerde toepassing een indicatie voor de rechter om juist wel volledig te toetsen. Dat kan zich voordoen als een wettelijke regeling door veel verschillende, niet gespecialiseerde, bestuursorganen wordt toegepast.

In het bovenstaande zijn verschillende voorbeelden gegeven van situaties waarin de rechter beoordelingsvrijheid laat aan het bestuur. Met die voorbeelden is geen volledig beeld nagestreefd.²⁷ De bedoeling van de voorbeelden was om te laten zien dat de achtergrond van het aannemen van beoordelingsruimte voor het bestuur – ook als de wetgever zich daar niet expliciet over heeft uitgesproken – verschillend kan zijn, en met name niet alleen ligt in het politiek-bestuurlijke argument. De achtergrond kan zijn gelegen in verschillende elementen (en regelmatig een combinatie daarvan):

- het politiek-bestuurlijke argument;
- deskundigheid en ervaring; beschikbaarheid van informatie;
- praktische handelingsruimte voor *the man on the spot* is nodig;²⁸
- andere praktische factoren, zoals verwevenheid met beleidsvrijheid.²⁹

27 Zie over het onderwerp, naast de literatuur waarin de voetnoten al naar werd verwezen, het proefschrift van Arnout Klap, *Vage normen in het bestuursrecht* (diss. RUL), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

28 B.W.N. de Waard, *Samenwerkende machten. Wetgeving en rechtspraak, in dienst van het recht* (oratie KUB), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 34.

29 Men denke aan het voorbeeld van het terughoudend toetsen of sprake is van een 'monument'. Klap (in het in noot 22 a.w., p. 189) stelt dat de rechter op dit punt marginaal toetst en schrijft dat die marginale toetsing waarschijnlijk samenhangt met het feit dat een monument als beschermd monument op de monumentenlijst 'kan' worden geplaatst. Dat denk ik ook. Want weliswaar kan puur theoretisch worden verdedigd dat hier een rechterlijke controle in twee stappen mogelijk is (is sprake van een monument? kon het orgaan in redelijkheid over de plaatsing op de lijst beslissen zoals het heeft gedaan?), maar dat zou wel heel gewrongen worden. Het begrip 'monument' draagt in zich dat het moet gaan om iets dat het waard is geconserveerd te worden. En de beslissing of het betrokken object het waard is om via de plaatsing op de lijst bescherming te verkrijgen, is nou juist een beslissing waarbij beleidsvrijheid bestaat.

De zojuist besproken situaties betroffen gevallen waarin de rechter beoordelingsvrijheid ('subjectieve' beoordelingsruimte) heeft aangenomen. Maar ook als geen sprake is van beoordelingsvrijheid en evenmin van beleidsvrijheid, en de rechter dus niet terughoudend hoeft te toetsen, betekent dat nog niet dat de rechter geheel los van de bestuurlijke inzichten zal bepalen hoe een vage norm moet worden uitgelegd en de feiten in het licht van die norm moeten worden beoordeeld. De rechterlijke beoordeling komt niet vanuit het niets,³⁰ maar zal geneigd zijn een verstandige voorzet van het door de wetgever met de uitvoering belaste bestuursorgaan over te nemen.³¹ De omstandigheid dat een orgaan van een ander onderdeel van de trias politica, de uitvoerende macht, al een standpunt heeft ingenomen, heeft betekenis voor de rechter. Als de bestuurlijke stellingname respect verdient, moet zij dat ook krijgen. Het principiële verschil met beoordelingsvrijheid is, dat de rechter *niet verplicht* is het oordeel van het bestuursorgaan als vertrekpunt te nemen.

2.1.2 Conclusies, in het licht van de beoordeling van boetebesluiten

Wat betekenen deze overwegingen voor de rechterlijke toetsing van bestuurlijke boetebesluiten? Het onderscheid tussen beoordelingsvrijheid en 'objectieve' beoordelingsruimte is een nuttig, maar modelmatig hulpmiddel met een enigszins academisch karakter. Het is niet meer dan hulpmiddel. Bij het beantwoorden van de vraag of de rechter beoordelingsruimte moet laten aan het bestuur is niet zonder meer doorslaggevend hoe de wetgever de bestuursbevoegdheid heeft vormgegeven. Uiteindelijk is het de rechter die vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid bepaalt hoe hij zijn rol het best kan vervullen.³² Er zijn situaties waarin de rechter zich op het standpunt blijkt te stellen: 'ik mag, gezien de staatsrechtelijke verhoudingen misschien wel een eigen oordeel geven, maar het bestuur is daar – óók bezien vanuit de rechtsbeschermingsbelangen waar ik als rechter voor sta – beter toe in staat'. Net als bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas kan een geobjectiveerde toepassing daarmee gediend zijn.

Mijns inziens kan bij bestuurlijke boeten in het algemeen van vrijheid voor het bestuur worden gesproken, zowel wat de vraag of een boete moet worden opgelegd als wat de hoogte van de boete betreft (tenzij uit het bijzondere wettelijke kader anders blijkt). Maar ook als boetebesluiten zouden moeten worden gezien als materie waarin in beginsel slechts sprake is van 'objectieve' beoordelingsruimte (zoals de Commissie Scheltema lijkt te zeggen), en de rechter boetebesluiten dus 'volledig', 'integraal', zou mogen toetsen, kan de rechter bestuurlijke richtlijnen en standpunten in het concrete geval bij het beoordelen van boetebesluiten als – op evenredigheid te toetsen – vertrekpunt nemen. Daar is niets op tegen.

2.1.3 Waarop rust de gedachte dat de rechter zelf in de zaak zou mogen – of zelfs moeten – voorzien?

Inmiddels – sinds de invoering van de Vierde tranche – bepaalt de Awb in artikel 8:72a dat de rechter bij vernietiging van een bestuurlijke boetebesluit zelf in de

30 Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, a.w. (zie noot 17), p. 151.

31 Vgl. J.G. Steenbeek, 'Kroonberoep of Arob-beroep?', in: *Hartmans Tijdschrift* 1984, p. 39 e.v. W.H. Schipper, 'Rechter en wetgever', in: *De rechter als dictator*, p. 133-137, p. 133.

32 Zie ook Leemans, a.w. (zie noot 17), p. 48.

zaak dient te voorzien. Als er bij het opleggen van bestuurlijke boeten geen bestuurlijke beleids- of beoordelingsvrijheid bestaat, dan levert die bepaling geen enkele spanning op met de leer. Is de bepaling ook in te passen in de theorie als gezegd moet worden dat door de rechter aan het bestuur wel degelijk een zekere beleids- of beoordelingsvrijheid moet worden gelaten?

Hierboven kwam aan de orde dat de Hoge Raad zich – al in de periode toen deze nog van oordeel was dat boetebesluiten marginaal getoetst moesten worden met behulp van de willekeurformule – op het standpunt stelde dat de belastingrechter zelf de hoogte van de bestuurlijke boete diende vast te stellen, als de rechter de boete te hoog vond. De Centrale Raad van Beroep legde in de jaren negentig van de vorige eeuw ook al zelf vervangende boeten op.³³ Vermoedelijk speelde bij deze benadering een rol dat men vond dat de rechter bij het beoordelen van bestraffende sancties een min of meer strafrechterlijke rol moest aanmeten. Bij die rol past dat het opleggen van de sanctie op ‘voorstel’ van een bestuurlijke autoriteit, als eigen aan de rechterlijke taak wordt gezien. Het voor de hand liggende bezwaar tegen een dergelijke benadering is, dat de wetgever er bij bestuurlijke bestraffende sancties nu eenmaal voor gekozen heeft de sancties te laten bepalen door het bestuur (als de wetgever daar al niet zelf in heeft voorzien) en de rechter alleen een controlerende taak heeft gegeven.

Mij spreekt het veel meer aan om de kwestie zoveel mogelijk te blijven zien binnen het bestel van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming. De vraag wordt dan: als erkend wordt dat aan het bestuur bij het opleggen van bestuurlijke boeten een zekere beoordelingsvrijheid gelaten moet worden, hoe kan dan worden gelegitimeerd dat het aan de rechter is – bij geconstateerde onevenredigheid van de door het bestuur opgelegde boete – de hoogte van de op te leggen boete te bepalen?

Het respecteren van beleids- of beoordelingsvrijheid is niet het enige desideratum waar de bestuursrechter mee te rekenen heeft. Een ander is de behoefte aan rechtszekerheid, het verkrijgen van duidelijkheid over de situatie die na een rechterlijke uitspraak ontstaat, en wel zo spoedig mogelijk. Als het enigszins kan zou de rechter geschillen finaal moeten beslechten. Dat is een standpunt dat de laatste jaren niet alleen vaak in de literatuur wordt ingenomen. Ook in de rechtspraak komt het tot uitdrukking.³⁴ Als de rechter buiten het kader van bestraffende sancties tot de conclusie komt dat het bestuursorgaan het ‘gewone’ evenredigheidsbeginsel heeft geschonden en uitsprekt dat het orgaan ‘in redelijkheid niet tot het bestreden besluit heeft kunnen komen’, dan is doorgaans evident wat het bestuur volgens de rechter wel had moeten doen. Bijvoorbeeld als de rechter van oordeel is dat het orgaan niet in redelijkheid had kunnen afzien van zijn bevoegdheid de informatie, vervat in een bepaald document openbaar te maken. Dan is er weinig bezwaar tegen als de rechter vervolgens zelf in de zaak voorziet.³⁵ Als de rechter een be-

33 CRvB 11 maart 1992, RSV 1992, 258 m.nt. Demeerssman, AB 1992, 462 m.nt. Sinninghe Damsté; CRvB 23 januari 1997, RSV 1997, 108 m.nt. Demeerssman.

34 ABRvS 10 december 2008, JB 2009/39. Zie ook J.E.M. Polak, ‘Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Algemene wet bestuursrecht’, *Trema* 2009, p. 378-383, par. 5. J.A.M. van Angeren, ‘Zelf voorzien in stroomversnelling. Recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak’, *JBplus* 2009, p. 257-266.

35 ABRvS 3 juni 2009, nr. 200806313/1/H3 (Stichting Schiphol Wanbeleid-Luchtverkeersleiding Nederland), genoemd bij Van Angeren, a.w. (zie vorige noot), p. 264.

stuurlijk boetebesluit vernietigt wegens strijd met het voor bestraffende sancties geldende evenredigheidsbeginsel, dan staat daarmee nog niet vast welke boete in de ogen van de rechter de redelijkheidstoets wel zou doorstaan. Zou de rechter het bestuur dan de ruimte laten om opnieuw de hoogte van de boete te bepalen, dan bestaat de kans dat het nieuwe besluit de rechterlijke toetsing opnieuw niet overleeft. Dat is ongewenst. De beboete partij is niet met zo'n situatie gebaat en het bestuur evenmin: ook dat heeft recht op duidelijkheid. Dan kan de rechter beter zelf direct zeggen welke boete rechtens wel aanvaardbaar is, en dan ook beter de zaak naar die maatstaf zelf afdoen. Het leidt tot de paradoxale stelling dat juist omdat het bijna altijd enigszins arbitrair is welke boete zou moeten worden opgelegd, de rechter de beoordelingsruimte die hij aanvankelijk aan het bestuur moest laten, als het ware moet terugnemen als het orgaan de grenzen van die vrijheid in de betreffende zaak heeft overschreden.

De heersende leer houdt in dat de rechter niet dient te treden in beleids- of beoordelingsruimte die aan het bestuur toekomt. Dat de rechter zelf de hoogte van de boete mag en zelfs moet bepalen indien hij een door het bestuur opgelegde boete onevenredig acht, vormt mijns inziens een uitzondering op die leer. Ik meen dat deze uitzondering gelegitimeerd is.³⁶

3 Jurisprudentie over evenredigheid bij bestuurlijke boeten

Welke factoren moeten worden gezien, om te bepalen of een boete niet onevenredig is? Als men de structuur van artikel 5:46 Awb volgt, is een eerste indicatie te vinden via het eerste lid van dat artikel. Het zegt, dat de wet een maximum bepaalt. In dat wettelijke maximum is dan een eerste indicatie gegeven voor de evenredigheid van de betreffende boete, doordat dat maximum iets aangeeft over hoe de wetgever de ernst van de overtreding ziet. Het tweede lid is de kernbepaling, wat de door het bestuur te bepalen hoogte van de boete betreft. Ingevolge deze bepaling dient het bestuursorgaan de hoogte van de boete af te stemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. (Als de overtreding helemaal niet aan de overtreder kan worden verweten, mag geen boete worden opgelegd, zo bepaalt artikel 5:41 Awb.) Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd, zo wordt er in de slotzin van de bepaling aan toegevoegd. Een vraag³⁷ die de laatste formulering oproept is, wat begrepen moet worden onder 'de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd'. Duidelijk is, dat dergelijke omstandigheden – bijvoorbeeld hetgeen aan de overtreding vooraf is

36 Sinds 1 januari 2010 is er voor de rechter een alternatief, in de vorm van de zogenaamde bestuurlijke lus (art. 8:51a e.v. Awb). Verdedigbaar is dat, zolang de rechter het boetebesluit niet vernietigt, hij niet op basis van art. 8:72a Awb verplicht is zelf de hoogte van de boete te bepalen. Hij kan de zaak voor 'herstel' terugleggen bij het bestuur. Denkbaar is dat de rechter daarvoor kiest, ingeval zijn oordeel in de zaak ingrijpende consequenties zou hebben voor het door het bestuur gevoerde sanctiebeleid. Ik laat dat hier verder rusten: de kern van mijn betoog is, dat art. 8:72a weliswaar een uitzondering is op de hoofdregel, maar een aanvaardbare.

37 Naast de vraag wat de woorden 'zo nodig' betekenen.

gegaan³⁸ – invloed kunnen hebben op de mate van verwijtbaarheid. Maar vallen ook de persoonlijke omstandigheden van de overtreder, zoals diens draagkracht, onder deze termen? Op het moment dat deze bijdrage wordt geschreven is het nog te vroeg voor jurisprudentie over deze bepaling. Zoals hieronder zal blijken, kan op basis van jurisprudentie over andere bestuurlijke boeten echter al wel geconcludeerd worden dat met draagkracht rekening gehouden dient te worden.

Wat de jurisprudentie betreft concentreert deze bijdrage zich op boeten voor het tewerkstellen van vreemdelingen zonder daartoe ingevolge de Wet arbeid vreemdelingen vereiste vergunning. Een beperking was om praktische redenen nodig. Gekozen is voor het betreffende terrein, omdat er veel rechterlijke uitspraken over zijn, die bovendien tamelijk recent zijn. Uitspraken die dateren van kort na de vaststelling dat het opleggen van boeten te kwalificeren is als *criminal charge*, wekken de indruk dat de rechter nog sterk zoekende was naar een goede aanpak.

Als voorbeeld kunnen uitspraken van de Centrale Raad van Beroep worden genoemd, over boeten in het kader van het Besluit Administratieve Boeten Coördinatiewet (Coördinatiewet Sociale Verzekering) uit de negentiger jaren van de vorige eeuw. In de zaak van een al genoemde uitspraak van de CRvB uit 1992³⁹ had de bedrijfsvereniging een boete opgelegd van f 32.208,21. De Centrale Raad oordeelde dat ingevolge de toepasselijke criteria eigenlijk een boete had moeten worden opgelegd van f 12.882,48. Echter, nu het gaat om een *criminal charge*, moet de sanctie in evenredigheid met de ernst en verwijtbaarheid van het gesanctioneerde handelen worden vastgesteld, aldus de Raad. Dit betekent dat ‘per geval, gelet op alle van belang zijnde feiten en omstandigheden, binnen de – grenzen van de – in de regelgeving gefixeerde (maximale) percentages telkens nader getoetst dient te worden of de op te leggen verhoging in absolute zin niet tot een onevenredige sanctie leidt’. De Raad verlaagde zelf de boete, tot f 1.000.

Ook in de andere boven al genoemde zaak⁴⁰ was sprake van het niet tijdig doen van jaaropgave. In deze zaak ging het om een derde verzuim. Ingevolge de toepasselijke algemeen verbindende voorschriften moest in een geval als dit een verhoging van 100% worden opgelegd. Naar aanleiding van de zojuist besproken uitspraak van de Raad uit 1992 had de bedrijfsvereniging beleidsregels opgesteld, over de vraag in hoeverre de boeten zouden worden gematigd om de evenredigheid in acht te nemen. Voor een geval als dit (derde verzuim, plus sprake van ‘opzet of grove schuld’) hielden die beleidsregels in dat niet zou worden gematigd. Conform deze regels kwam het bestuur tot een boete van 100% van de ambtshalve vastgestelde premie van f 41.263. De rechtbank had deze boete gematigd tot f 20.000. De CRvB oordeelde dat wel degelijk sprake was van een derde verzuim, en van ‘opzet of grove schuld’, maar vond de boete toch onevenredig. Interessant is, dat de Raad eigenlijk de betref-

38 Bijvoorbeeld: er is sprake van recidive. Of: de overtreder was tevoren al expliciet geïnformeerd dat datgene waar hij voor is beboet niet was toegestaan. Vgl. ABRvS 7 november 2007, AB 2008, 19; ABRvS 25 november 2009, 200901206/1/V6.

39 CRvB 11 maart 1992, RSV 1992, 258 m.nt. Demeersseman, AB 1992, 462 m.nt. Sinninghe Damsté.

40 CRvB 23 januari 1997, RSV 1997, 108 m.nt. Demeersseman.

fende *beleidsregels* waar de boete van was afgeleid onredelijk achtte. De Raad matigde de opgelegde boete van f 41.263 nader, tot hetzelfde bedrag als in de eerder besproken uitspraak, namelijk f 1.000.

Uit deze voorbeelden mag niet afgeleid worden dat de Raad 'altijd' tot een dergelijk bedrag matigde.⁴¹ Wel is duidelijk dat de matiging vaak zeer aanzienlijk was en dat de Raad ook overigens vrij vergaande consequenties verbond aan de omstandigheid dat sprake was van een *criminal charge*. Het stelsel van in regelgeving gefixeerde boeten werd in de jurisprudentie losgelaten en de beleidsregels werden serieus op evenredigheid getoetst. Voor de criteria van evenredigheid is van belang dat de Raad in de uitspraak uit 1997 van oordeel blijkt dat de omstandigheid dat betrokkene geen financieel voordeel van de overtreding heeft gehad, invloed dient te hebben op de hoogte van de boete, en dat moet worden gedifferentieerd tussen (in mijn woorden) ernstige nalatigheid en opzet.

3.1 Wet arbeid vreemdelingen

De Wav kent flinke boeten. De maxima die voor een beboetbaar feit kunnen worden opgelegd bedragen € 11.250 voor een natuurlijk persoon en € 45.000 voor een rechtspersoon (art. 19d, eerste lid Wav). Als boete voor werkgevers die buitenlanders zonder de vereiste tewerkstellingsvergunning aan de slag hebben dacht de regering aanvankelijk aan € 3.500 per overtreding,⁴² maar de Tweede Kamer gaf unaniem aan dat zij de boetehoogte wilde vaststellen op € 4.000 en € 8.000 per illegaal tewerkgestelde vreemdeling door een natuurlijke persoon, respectievelijk een rechtspersoon.⁴³ Dit zijn dan ook de bedragen die terecht zijn gekomen in de beleidsregels.⁴⁴ De onderzochte uitspraken betreffen zaken waar de Vierde tranche van de Awb niet op van toepassing was. Enkele belangrijke uitgangspunten van de Vierde tranche zijn echter ook in deze uitspraken terug te vinden. Als iedere verwijtbaarheid ontbreekt, mag geen boete worden opgelegd.⁴⁵ Het evenredigheidsbeginsel geldt: de rechter dient zich de vraag te stellen of evenredigheid bestaat tussen de ernst van de overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie.⁴⁶ Het evenredigheidsbeginsel brengt mee dat als toepassing van beleidsregels inzake de boeteoplegging wegens bijzondere omstandigheden onevenredig is in verhouding met het doel van de beleidsregels, van de beleidsregels moet worden afgeweken. Aanvankelijk oordeelde de Afdeling dat het dan wel moet gaan om 'in-

41 Dat gebeurde wel in de uitspraak CRvB 29 december 1993, RSV 1994/174 (van f 6.317 naar f 1.000). In CRvB 15 maart 1995, RSV 1995/234 matigde de Raad wat minder (van f 6.593 naar f 1.319,31). Maar in CRvB 19 februari 1996, RSV 1996/144 matigde de Raad tot f 20.000, in plaats van de opgelegde boete van f 27.237,43. Annotator Demeersseman kon er weinig lijn in ontdekken.

42 Kamerstukken II 2003-2004, 29 523 nr. 3, p. 6.

43 Kamerstukken I 2004-2005, 29 523 nr. C, p. 2.

44 'Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen', bijlage bij de Beleidsregels boeteoplegging Wav.

45 ABRvS 12 maart 2008, AB 2009, 111, ABRvS 23 september 2009, AB 2009, 401; conform art. 5:41 Awb.

46 ABRvS 29 augustus 2007, AB 2009, 353 m.nt. O. Jansen.

dividuele omstandigheden met een uitzonderlijk karakter'.⁴⁷ Inmiddels heeft de Afdeling, onder verwijzing naar artikel 6 EVRM, echter overwogen dat het evenredigheidsbeginsel kan meebrengen dat ook buiten het geval dat sprake is van bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 van de Awb (dan wel van het ontbreken van dan wel een verminderde mate van verwijtbaarheid) dient te worden afgeweken van de in de Tarieflijst neergelegde boetenormbedragen.⁴⁸

In veel gevallen betoogden de beboete werkgevers dat zij ten opzichte van de betreffende vreemdeling helemaal niet als werkgever konden worden aangemerkt. Dat verweer is begrijpelijk, want de Wav houdt er een buitengewoon ruim begrip werkgever op na. De Afdeling volgt de bedoeling van de wetgever. Standaardoverweging is dat aard, omvang en duur van de werkzaamheden niet ter zake doen, en dat ook niet van belang is of loon is betaald dan wel het enkel hulp betrof.⁴⁹ Evenmin is instemming met, respectievelijk wetenschap van de arbeid vereist. Het begrip 'arbeid laten verrichten' impliceert ook niet dat een actieve rol nodig is. Het enkel mogelijk maken van het verrichten van arbeid en het niet verhinderen daarvan is ook 'het laten verrichten van arbeid'.⁵⁰ In de zaak waar zojuist naar werd verwezen, leidde dit tot een boete van € 4.000 voor de werkgever die beargumenteerde betoogde dat hij nergens van wist. Het valt op dat de Afdeling in deze uitspraak geen woord wijdt aan de vraag of de aangevoerde argumenten (aangenomen dat zij op waarheid berustten) aanleiding behoorden te zijn tot matiging. De mate van verwijtbaarheid behoort in verband met het evenredigheidsbeginsel toch in de sanctie te worden verdisconteerd? In latere uitspraken blijkt echter, dat het verrichten van werkzaamheden voor korte duur en buiten medeweten van de werkgever wel degelijk kan leiden tot matiging.⁵¹ Standaard lijkt inmiddels een uitdrukkelijke overweging dat aard, intensiteit en duur wel een rol kunnen spelen bij de vraag of en in hoeverre de hoogte van de boete overeenstemt met de ernst van de overtreding.⁵²

De vraag naar de mate van verwijtbaarheid is herhaaldelijk aan de orde geweest in gevallen waarin de werkgever de identiteitspapieren van de vreemdeling wel had gecontroleerd, maar niet had ontdekt dat deze niet klopten. Voor het volledig ontbreken van verwijtbaarheid is nodig dat de werkgever aannemelijk maakt dat hij 'al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was om de overtreding te voorkomen heeft

47 ABRvS 11 juli 2007, AB 2007, 310 m.nt. O. Jansen.

48 ABRvS 17 juni 2009, AB 2009, 350 m.nt. O. Jansen. Herhaald in o.m. ABRvS 16 september 2009, AB 2009, 362 m.nt. O. Jansen.

49 De Afdeling trekt dit uitgangspunt erg ver door. In ABRvS 3 juni 2009, AB 2009, 351 m.nt. O. Jansen stelt de Afdeling zelf vast dat 'de werkzaamheden die de vreemdeling heeft verricht zijn aan te merken als het verlenen om niet van enige hand- en spandiensten in familieverband'. Toch was de boete opgelegd aan een 'werkgever' in de zin van de Wav en waren de omstandigheden niet zo bijzonder dat de rechtbank de boete had mogen matigen tot nihil. De Afdeling stelde de boete zelf vast op € 1.000.

50 ABRvS 11 juli 2007, AB 2007, 284 m.nt. O. Jansen.

51 Zie bijv. ABRvS 25 november 2009, 200806570/1/V6. De Afdeling matigde van € 16.000 tot € 8.000.

52 ABRvS 8 oktober 2008, AB 2009, 352 m.nt. O. Jansen. ABRvS 16 september 2009, AB 2009, 362 m.nt. O. Jansen.

gedaan'.⁵³ Dat daarvan sprake is wordt zeker niet spoedig aangenomen. Een sterk voorbeeld is een zaak waarin de werkgever de valse Griekse paspoorten van vijf buitenlandse werknemers (het bleken Bulgaren) op echtheid had gecontroleerd met behulp van een UV-lamp en het 'Practisch Handboek Vreemdelingen & Arbeid'. Bij die controle was echter niet opgevallen dat in de paspoorten een aantal letters en cijfers een lettertype hadden dat afweek van het in het handboek opgenomen voorbeeld. Een en ander was ook niet opgevallen aan het UWV en de vreemdelingenpolitie, maar de Afdeling deelde het oordeel van de minister dat de werkgever niet de maximale van haar te vergen zorg had betracht. Wel verwijtbaarheid derhalve, maar aanleiding voor een matiging van 50%, tot € 20.000 (5 maal € 4.000).⁵⁴

De omvang van de totale boete in geval van cumulatie is op zichzelf geen reden voor matiging.⁵⁵ Ook niet in relatie tot het bedrijfsresultaat.⁵⁶ Aan argumenten over gebrek aan draagkracht is de Afdeling in het verleden wel voorbij gegaan.⁵⁷ Dit laatste is veranderd, maar de eisen die de Afdeling stelt aan het bestaan en aannemelijk maken van financiële nood zijn hoog.⁵⁸ In de zaak waar de al eerder genoemde uitspraak ABRvS 17 juni 2009, AB 2009, 350 betrekking op had, was door de rechtbank overwogen dat tot de elementen van de door artikel 6 EVRM verlangde evenredigheidsbeoordeling behoort, dat de omstandigheden waarin de overtreder verkeert moeten worden beoordeeld. De Afdeling nam dit over (r.o. 2.4.2) en aanvaardde dat de rechtbank de boete had gematigd (gehalveerd) gelet op de ernst van de overtreding:

'Gezien het vorenstaande, heeft de rechtbank bij haar beoordeling of grond voor matiging bestond, terecht van belang geacht dat de vreemdeling enkel en voor het eerst bij het perceel aanwezig was om te komen kijken welke werkzaamheden hij mogelijk zou kunnen verrichten, de vreemdeling op eigen initiatief een handje zou hebben geholpen bij het recht leggen van ongeveer 50 meter plastic dat van de aspergebed-

53 ABRvS 12 maart 2008, AB 2009, 111; herhaald in bijv. ABRvS 18 november 2009, 200902976/1/V6.

54 ABRvS 26 september 2007, AB 2007, 401 m.nt. O. Jansen ('Protect Diensten B.V.'). ABRvS 11 november 2009, 200807896/1/V6: boete wel gematigd, van € 76.000 tot € 38.000. Evenzo in ABRvS 11 november 2009, 200805146/1/V6.

55 ABRvS 11 november 2009, 200902819/1/V6. Boete van € 1.120.000 was door de rechtbank ten onrechte gematigd tot € 560.000. De wetgever heeft in art. 19a, tweede lid Wav, bewust gekozen voor cumulatie, aldus de Afdeling.

56 Bijv. ABRvS 11 juli 2007, AB 2007, 312 m.nt. O. Jansen: 'Dat, zoals appellante stelt, het boetebedrag de totale jaarwinst van haar onderneming overstijgt, leidt niet tot een ander oordeel'.

57 Bijv. in ABRvS 11 juli 2007, AB 2007, 310 m.nt. O. Jansen, met dezelfde overweging als zojuist geciteerd uit AB 2007, 312.

58 In ABRvS 8 augustus 2007, AB 2007, 394 m.nt. O. Jansen, stelt de Afdeling hoge eisen aan het aannemelijk maken van 'individuele omstandigheden met een bijzonder karakter' in verband met draagkracht. Een gemiddeld genomen flink negatief bedrijfsresultaat over de laatste twee jaren was niet voldoende. ABRvS 10 september 2008, AB 2009, 132 (stelling omtrent financiële positie niet met bescheiden gestaafd) en ABRvS, zelfde datum, AB 2009, 133 (stelling dat het voortbestaan van de stichting acuut in gevaar komt niet met stukken gestaafd). In ABRvS 11 maart 2009, AB 2009, 143 m.nt. O. Jansen aanvaardt de Afdeling dat de rechtbank de boete van € 38.500 matigde tot € 5.775. De minister had niet bestreden dat de beboete persoon een jaarinkomen van € 3.000 had.

den was gewaaid en het met plastic bedekken van de aspergebedden normaal gesproken met machines gebeurt. Voorts heeft de rechtbank terecht van belang geacht dat vreemdeling A tevens aan de inspecteurs heeft verklaard dat de vreemdeling was gekomen om te kijken naar het soort werk. Ten slotte heeft zij terecht van belang geacht dat in het boeterapport geen feiten of omstandigheden zijn gerelateerd waaruit kan worden afgeleid dat de vreemdeling structureel werkzaamheden uitvoerde, althans dat dit de bedoeling was, en dat er meer is gedaan dan een hand toesteken.'

4 Beoordeling / conclusies

In het eerste deel van deze bijdrage werd geconcludeerd dat de omstandigheid dat de rechter in geval van bestraffende bestuurlijke sancties de evenredigheid van de sanctie dient te beoordelen, niet meebrengt dat geen sprake kan zijn van beleids- of beoordelingsvrijheid voor het bestuur. Dat de rechter desondanks, bij geconstateerde onevenredigheid, zelf in de zaak mag voorzien (of zelfs moet, op basis van art. 8:72a Awb) is een uitzondering op de hoofdregel dat de rechter niet mag treden in beleids- of beoordelingsvrijheid van het bestuur. Betoogd werd dat dit een gerechtvaardigde uitzondering is, waar het bestuurlijke boeten betreft.

Bij de evenredigheidsbeoordeling door de rechter dient rekening te worden gehouden met de *omstandigheden waarin de overtreder zich bevindt*, dus ook met draagkracht. In de slotzin van artikel 5:46 lid 2 Awb komt dit onvoldoende tot uitdrukking, nu daar alleen wordt gesproken van *omstandigheden waaronder de overtreiding is gepleegd*.

Het tweede deel van de bijdrage richtte zich op boeten op basis van de Wav. Het boeteregime is fors hoger uitgevallen dan aanvankelijk door de regering bedacht, omdat het mede is bedoeld om uitvoering te geven aan een door de Tweede Kamer aangenomen motie-Dittrich. In die motie was aan de regering gevraagd om een plan om de kosten van illegaal verblijvende en illegaal werkende vreemdelingen aan werkgevers te kunnen doorberekenen.⁵⁹ De beleidsregels en de jurisprudentie geven er nauwelijks blijk van dat rekening wordt gehouden met de vraag of dit 'secundaire' doel in de voorliggende zaak relevant is.

Zoals hierboven besproken, hebben de commissie-Scheltema en de regering in het kader van de totstandkoming van de Vierde tranche van de Awb het standpunt ingenomen dat een bestuursorgaan bij het opleggen van bestuurlijke boeten geen beleidsvrijheid heeft maar slechts beoordelingsvrijheid (lees: 'objectieve' beoordelingsruimte).⁶⁰ Dientengevolge zouden beleidsregels over de hoogte van de boeten moeten worden aangemerkt als wetsinterpreterende beleidsregels, waar de rechter niet aan gebonden is. De Afdeling geeft er in de Wav-jurisprudentie geen blijk van dit standpunt te delen. Zij onderneemt, waar het gaat om de evenredigheid van het beleid, een zogenaamde tweefasentoetsing, zoals die gebruikelijk is bij 'gewone' beleidsregels. En, zoals eveneens gebruikelijk, wordt het beleid op zichzelf niet onredelijk geacht. Een overweging uit een van de hierboven genoem-

59 Kamerstukken II, 2003-2004, 29 523, nr. 3, p. 3.

60 Commissie-Scheltema, *Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht. Vierde tranche*, Den Haag 1999, p. 127. Ongewijzigd overgenomen in de memorie van toelichting bij de Vierde tranche, zie Kamerstukken II, 2003-2004, 29 702, p. 141.

de uitspraken van 11 juli 2007⁶¹ is illustratief: volgens de Afdeling heeft de staatssecretaris bij het vaststellen van de beleidsregels al een afweging gemaakt welke boete bij een bepaalde overtreding evenredig moet worden geacht. De staatssecretaris is daarbij tot een stelsel van uniforme boetebedragen gekomen, waarbij de hoogte van het boetenormbedrag is afgestemd op zowel de zwaarte van de overtreding als de beoogde afschrikwekkende werking, en – uit een oogpunt van een hanteerbaar en consistent sanctiebeleid – in beginsel wordt geabstraheerd van de omstandigheden waaronder de overtreding wordt begaan. De Afdeling overwoog dat niet kan worden geoordeeld dat de staatssecretaris aldus tot een onredelijke beleidsbepaling is gekomen.

Op zichzelf past deze benadering van de Afdeling in het hier verdedigde standpunt dat sprake is van een zekere bestuurlijke vrijheid die de rechter dient te respecteren. Het is echter de vraag of een stelsel met hoge boeten zoals in de Wav – zeker waar cumulatie optreedt – zich überhaupt wel leent voor een benadering waarbij de belangen van afschrikkende werking en van een hanteerbaar sanctiebeleid zó op de voorgrond wordt gesteld dat de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan nauwelijks een rol kunnen spelen.

Men zou kunnen zeggen dat het EHRM een dergelijke afweging van evenredigheid in abstracto heeft aanvaard, als deze door de wetgever geschiedt.⁶² En dat, nu het hier om beleidsregels en een door het bestuur op te leggen sanctie gaat, de mogelijkheid bestaat om af te wijken bij onevenredigheid,⁶³ zodat zich hier vast geen probleem gaat voordoen met artikel 6 EVRM. Daar kan echter tegen in worden gebracht dat het in de betreffende zaken (over een systeem van automatische sancties met toekenning van ‘punten’, die kunnen maken dat men zijn rijbewijs kwijt raakt), gaat om een systeem waarbij een oordeel van de strafrechter aan de automatische sanctie voorafgaat, en dat in dat systeem de overtreder na een eerste sanctie zijn gedrag kan aanpassen, waardoor deze *de facto* nog geen effecten van de sanctie ondervindt. Dat maakt verschil.

Wat is nu het antwoord op de vraag ‘wat is evenredig’? Wat de *hoogte van de boete* betreft blijkt de vraag wat de rechter nog evenredig acht vooralsnog sterk beïnvloed door het betreffende wettelijk kader. Als de rechter reden ziet voor matiging, dan richt de rechter zich naar hetgeen het bestuur, mede onder invloed van de parlementaire geschiedenis, in abstracto evenredig heeft geacht en kiest dan voor een deel daarvan. Dikwijls gaat het om een halvering.

Verschillende factoren die van belang zijn voor evenredigheid komen er in de Wav-jurisprudentie inmiddels wel uit. Een vraag is wel, of zij in het sanctiebeleid zelf voldoende tot hun recht komen, en of zij in individuele zaken leiden tot voldoende matiging.

Wat de *ernst van de overtreding* betreft is komen vast te staan dat aard, intensiteit en duur van de overtreding een rol moeten spelen en dus tot matiging moeten kunnen leiden. Zou niet eigenlijk al op het niveau van de beleidsregels onderscheid gemaakt moeten worden tussen een flink bedrijf dat willens en wetens draait op

61 ABRvS 11 juli 2007, AB 2007, 310 m.nt. O. Jansen.

62 EHRM 23 september 1998, NJCM-Bulletin 2000, p. 873-879 m.nt. Kuijer en Lenos (Malige) en EHRM 2 juli 2002, appl. no. 33402/96 (Göktan).

63 Vgl. ook art. 5:46, derde lid, Awb.

illegale werknemers en een bedrijf dat als puur incident iemand toestaat onbetaald een handje toe te steken?⁶⁴

Wat de *verwijtbaarheid* betreft moet worden gezegd dat de beleidsregels geen ruimte laten om daarmee rekening te houden. De jurisprudentie dwingt er tot nog toe ook weinig toe om dat te doen.⁶⁵

Wat de *zwaarte van de sanctie* betreft: cumulatie kan de boete enorm doen oplopen. Daar kan men vrede mee hebben als een bedrijf willens en wetens illegale werknemers in dienst heeft. De Wav is juist bedoeld om dergelijke toestanden aan te pakken. Maar moet op dezelfde manier worden geoordeeld als een bedrijf heeft geprobeerd de Wav na te leven, maar zich heeft verkeken bij de documentscontrole? In de zaak van de vijf 'Griekse' Bulgaren⁶⁶ zou men kunnen zeggen dat sprake is van één fout, die (vanzelfsprekend) vijf maal is herhaald. De rechter matigde vanwege verminderde verwijtbaarheid, maar liet de vermenigvuldigingsfactor intact. Is het wel evenredig om die ene fout vijf maal te beboeten?

Bij het beoordelen van de *zwaarte van de sanctie* dienen bestuur en rechter rekening te houden met de omstandigheden waarin de overtreder verkeert. In de jurisprudentie is inmiddels erkend dat *omstandigheden waarin de overtreder verkeert* (kort gezegd, nu het boeten betreft: draagkracht) een rol dienen te spelen.⁶⁷ De invloed die de factor draagkracht speelt bij matiging door de rechter is vooralsnog echter niet groot.⁶⁸

De laatste alinea's bevatten retorische vragen. Een bestuursorgaan heeft altijd belang bij een weinig genuanceerde uitvoering. Het past bij de rol van het orgaan om dit belang ook bij de bestuursrechter te verdedigen. Het past bij de rol van de bestuursrechter om, desnoods tegen wetgever en bestuur in, waar nodig het belang van evenredigheid veilig te stellen.

64 Ik herinner aan de zaak waarin de Afdeling overwoog dat 'de werkzaamheden die de vreemdeling heeft verricht zijn aan te merken als het verlenen om niet van enige hand- en spandiensten in familieverband'. De matiging resulteerde in een boete van – nog steeds – € 1.000. ABRvS 3 juni 2009, AB 2009, 351 m.nt. O. Jansen. Vgl. de wijze waarop de CRvB in de besproken uitspraken dwong tot differentiëren tussen opzet en nalatigheid.

65 Ik denk bijv. aan de zaak van de 'Griekse' Bulgaren, ABRvS 26 september 2007, AB 2007, 401 m.nt. O. Jansen.

66 Zie vorige noot.

67 Zie ABRvS 17 juni 2009, AB 2009, 350.

68 Zie de jurisprudentie, hierboven genoemd in noot 58.