

MASTER'S THESIS

De evenredigheidstoets bij wettelijk gefixeerde boetestelsels.

Toetsen de Afdeling van de Raad van State en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven de hoogte van de boete op vergelijkbare wijze bij wettelijk gefixeerde boetestelsels?

Bronnewasser - De Roo, A.

Award date:

2017

Awarding institution:

Department Private law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 24. Apr. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



De evenredigheidstoets bij wettelijk gefixeerde boetestelsels

Toetsen de Afdeling van de Raad van State en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven de hoogte van de boete op vergelijkbare wijze bij wettelijk gefixeerde boetestelsels?



Annet Bronnewasser – de Roo

Studentnummer: 838501872

april 2017

Inhoud

0.	Samenvatting	4
1.	Inleiding	5
1.1.	Aanleiding	5
1.2.	Onderzoeksvraag	6
1.3.	Opzet onderzoek	6
1.3.1.	De keuze van de jurisprudentie	7
1.3.1.1.	ABRvS, de Hvw	7
1.3.1.2.	CBb	7
1.3.2.	Het toetsingskader	7
1.4.	Uitwerking	8
2.	De bestuurlijke boete	9
2.1.	De definitie van bestuurlijke boete in de Awb	9
2.2.	Het begrip bestraffend in internationaal perspectief	9
2.2.1.	'Criminal charge'	9
2.3.	De waarborgen van artikel 6 en 7 EVRM	10
2.4.	De boetestelsels	11
2.4.1.	Vrije boetestelsel	11
2.4.2.	Bij beleidsregel gefixeerd boetestelsel	11
2.4.3.	Wettelijk gefixeerd boetestelsel	12
2.4.4.	Samenvatting boetestelsels	12
3.	De evenredigheidstoets	13
3.1.	Het evenredigheidsbeginsel in internationaal perspectief	13
3.1.1.	Inleiding	13
3.1.2.	Intensiteit van de toetsing	13
3.1.3.	De bestuursrechter vernietigt de boete of past de hoogte van de boete aan	15
3.2.	Het evenredigheidsbeginsel volgens de wetgever	15
3.3.	De rechterlijke toetsing van de evenredigheid in theorie	16
3.3.1.	De rol van de bestuursrechter	16
3.3.2.	Rechterlijke toetsing bij het vrije boetestelsel	17
3.3.2.	Rechterlijke toetsing bij beleidsregels gefixeerde boetestelsel	18
3.3.2.1.	Inherente afwijkingsbevoegdheid verruimd	18
3.3.2.2.	Toetsing aan alle omstandigheden van het geval	19
3.3.4.	Rechterlijke toetsing bij het wettelijk gefixeerd boetestelsel	19
3.3.5.	Samenvatting rechterlijke toetsing	20
4.	Literatuuronderzoek evenredigheidstoets bestuursrechter	21
4.1.	Inleiding	21

4.2.	Case studie VAR-reeks 152 door Van Emmerink en Saris	21
4.2.1.	Vergelijking van de bestuursrechters	21
4.2.2.	De evenredigheidsfactoren	22
4.3.	(JBplus 2015,) Toepassing van de evenredigheidsfactoren	23
5.	Een jurisprudentieonderzoek naar de evenredigheidstoets	24
5.1.	Inleiding jurisprudentieonderzoek	24
5.2.	ABRvS: Huisvestingswet	24
5.2.1.	De Huisvestingswet, de overtredingen en het boetestelsel in het kort	24
5.2.2.	Evenredigheidstoets van de ABRvS inzake de Hvw	25
5.2.2.1.	Huisvestingsverordening in abstracto evenredig, uitspraak 26 februari 2014	25
5.2.2.2.	Nadrukkelijke uitsluiting van artikel 5:46 lid 2 Awb, uitspraak 15 juli 2015	27
5.2.2.3.	Volledige evenredigheidstoets, een koerswijziging?, uitspraak 11 mei 2016	27
5.2.2.4.	De afdeling pakt de marginale evenredigheidstoets weer op, uitspraak 10 augustus 2016	28
5.2.2.5.	De in geding gebrachte omstandigheden, diverse uitspraken	28
5.2.3.	Toepassing evenredigheidsfactoren door de ABRvS	29
5.2.4.	Conclusie jurisprudentieonderzoek Hvw	30
5.3.	CBb	31
5.3.1.	Eerdere bevindingen met betrekking tot de evenredigheidstoets door het CBb	31
5.3.2.	CBb, de lijn van vóór de vierde tranche	31
5.3.3.	De periode 2009 tot en met 2012, geannoteerde uitspraken	32
5.3.3.1	Inleiding	32
5.3.3.2.	Wet toezicht effectenverkeer, uitspraken 6 november 2009 en 12 februari 2012	32
5.3.3.3.	Wet toezicht kredietwezen o.a. gelijkheidsbeginsel, uitspraak 12 januari 2010	33
5.3.3.4.	Wet toezicht trustkantoren volledige evenredigheidstoets, uitspraak 1 september 2011	33
5.3.3.5.	Meststoffenwet geen verschil met vrije boetestelsel, uitspraak 28 februari 2012	34
5.3.4.	De periode 2013-2014 in vakbladen gepubliceerde uitspraken	35
5.3.4.1.	Inleiding	35
5.3.4.2.	Wet financiële dienstverlening verzwarende omstandigheid en gelijkheidsbeginsel, uitspraak 26 maart 2013	35
5.3.4.3.	Meststoffenwet geen financieel voordeel, niet verwijtbaar, uitspraak 21 mei 2013	35

5.3.4.4. Wet op het financieel toezicht ambtshalve toetsing, uitspraak 28 november 2013	35
5.3.4.5. Wet op het financieel toezicht geen concrete omstandigheden, uitspraak 28 november 2013	36
5.3.4.6. Meststoffenwet marginaal getoetst, uitspraken 28 maart 2014 en 30 april 2014	36
5.3.4.7. Tabakswet afweging factoren, uitspraak 11 september 2014	36
5.3.5. De periode 2015-2016	37
5.3.5.1. Inleiding	37
5.3.5.2. Meststoffenwet marginale of volledige toetsing, uitspraak 15 juli 2016	37
5.3.5.3. Toetsen van de draagkracht uitbreider	38
5.3.6. Toepassing evenredigheidsfactoren door het CBb	38
5.3.7. Conclusie jurisprudentieonderzoek CBb	39
6. Conclusie en aanbevelingen toetsing door CBb en ABRvS	41
6.1. Inleiding	41
6.2. Verschillende uitgangspunten bij de toetsing	41
6.3. Is de toets van het CBb en de ABRvS EVRM-proef?	43
6.4. Aanbevelingen	43
7. Literatuurlijst	45
8. Jurisprudentie	48
Bijlage 1: schematische weergave evenredigheidsfactoren	50
meststoffenwet	50
Financiële wetgeving	51

0. Samenvatting

Deze scriptie bevat een onderzoek naar de vraag of de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State (ABRvS) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) de evenredigheid van de hoogte van de bestuurlijke boete voortvloeiend uit een wettelijk gefixeerd boetestelsel op vergelijkbare wijze toetsen. Het antwoord op deze vraag is ontkennend.

Het wettelijk gefixeerd boetestelsel houdt in dat de wetgever de hoogte van de boetes per overtreding in een wettelijk voorschrift vastlegt. De wetgever stelt bij het wettelijk gefixeerd boetestelsel dat de wetgever zelf de afweging heeft gemaakt welke boete voor een bepaalde overtreding als evenredig moet worden beschouwd. Bestuur en rechter hebben dan in beginsel geen vrijheid meer om een andere boete op te leggen.¹ De ABRvS sluit aan bij deze lijn en toetst marginaal. Het CBB zet haar lijn van voor de codificatie van de bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) voort. Het CBB toetst een individuele casus aan omstandigheden die niet door de wetgever in het wettelijk voorschrift met boetes is verdisconteerd. Zij stelt dat ondanks dat er sprake is van een gefixeerd boetesysteem de rechter op grond van artikel 6 EVRM een volledige toets moet uitvoeren.

Uit de onderzochte jurisprudentie, met name de jurisprudentie die betrekking heeft op de Meststoffenwet (Msw) en financiële toezichtwetgeving, blijkt dat het CBB veel ruimte voor omstandigheden ziet bij de afweging of de hoogte van de boete evenredig is. Daarbij betreft zij verschillende evenredigheidsfactoren zoals aard en ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid, de persoon van de overtreder, de persoonlijke omstandigheden van de overtreder en het gelijkheidsbeginsel en een consistente boeteoplegging in haar afweging.

Daarentegen ziet de ABRvS bij de toetsing van de onderzochte jurisprudentie over de Huisvestingswet (Hvw) geen enkele ruimte voor de omstandigheden van het individuele geval. Alleen financiële draagkracht betreft zij als bijzondere omstandigheid in de evenredigheidstoets. Dit is conform de toelichting van de wetgever.² De huisvestingsverordening met de bestuurlijke boetes voor overtredingen van de Hvw houdt geen rekening met de ernst en stelselmatigheid van de gedraging. In de toelichting op de Huisvestingswet is dit wel als een omstandigheid die invloed heeft op de hoogte van de boete aangegeven. Wanneer de ABRvS de lijn van het CBB zou toepassen biedt dit ruimte om in concreto³ de hoogte van de boete te toetsen. De door belanghebbenden aangegeven omstandigheden zien vaak op de ernst en stelselmatigheid van de gedraging. Voorbeelden daarvan zijn: de overtreding is ongedaan gemaakt, er is onbewust overtreden, de woning is gelijk ontruimt, er is alsnog een vergunning verkregen en de overtreding is van korte duur. De toets die de ABRvS nu hanteert bij de Huisvestingswet vind ik te marginaal. Er wordt mijn inziens niet voldaan aan de eis van 'full jurisdiction' uit artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de mens (EVRM). Wanneer de ABRvS de systematiek van het CBB, zou toepassen is er wel sprake van het gebruik van volle toetsingsbevoegdheid.

¹ *Kamerstukken II 2003/2004*, 29702, nr. 3, p. 142.

² *Kamerstukken II 2003/2004*, 29702, nr. 3, p. 142.

³ In abstracto wil zeggen dat de regeling in zijn algemeenheid wordt getoetst. In concreto wil zeggen dat de feitelijke omstandigheden van het individuele geval wordt getoetst.

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

In het Algemeen Overleg Scheepvaart wordt de Minister van Infrastructuur en Milieu geconfronteerd met klachten uit de branche over de hoogte van de bestuurlijke boete voor overtredingen van de Binnenvaartwet (Bvw).⁴ De proportionaliteit van de bestuurlijke boetes wordt in twijfel getrokken door leden van de vaste commissie voor Infrastructuur en Milieu. In het ongevraagd advies van de Raad van State⁵ WO2.15.0138/II wordt als het meest in het oog springend aangegeven het feit dat tegenwoordig (-anders dan oorspronkelijk de bedoeling van de bestuurlijke boete was- zware, complexe overtredingen bedreigd worden met hoge boetes en dat) hoge boetes worden gesteld op relatief lichte overtredingen. In de wetenschappelijke literatuur krijgt de vraag of de boete evenredig is ook de nodige aandacht. De VAR-reeks 152 is in zijn geheel aan de bestuurlijke boete gewijd. In de bijdrage van Van Emmerink en Saris staat de evenredigheid van de bestuurlijke boete centraal⁶. Daarnaast zijn er diverse artikelen in juridische vakbladen aan gewijd⁷. Door deze discussies over de hoogte van de boete besloot ik mijn scriptie te schrijven over de evenredigheidstoets door de hoogste bestuursrechters.

Artikel 5:46 Awb heeft betrekking op de hoogte van de bestuurlijke boete. Dit artikel maakt onderscheid in boetes die per wettelijk voorschrift zijn vastgesteld en boetes die niet bij wettelijk voorschrift zijn vastgesteld. Artikel 5:46 lid 3 Awb heeft betrekking op boetes die bij wettelijk voorschrift zijn vastgesteld, het zogenaamde gefixeerde stelsel. In deze bepaling wordt aangegeven dat er alleen van het wettelijk tarief kan worden afgeweken, indien de overtreder aannemelijk maakt dat de bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is. Wanneer er geen sprake is van het wettelijk gefixeerd systeem moet het bestuursorgaan, op grond van artikel 5:46 lid 2 Awb de boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Ik werk veel met de Binnenvaartwet. Deze wet kent een wettelijk gefixeerd boetestelsel. De hoogste bestuursrechter voor deze wet is de ABRvS. Mijn interesse gaat daarom uit naar de evenredigheidstoets bij het wettelijk gefixeerd boetestelsel door de ABRvS. Er zijn verschillende vergelijkende onderzoeken gedaan naar de evenredigheidstoets van de bestuurlijke boete door de hoogste bestuursrechters.⁸ In deze onderzoeken worden de toetsen door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb) en de Centrale Raad van Beroep (CRvB) van wettelijk gefixeerde boetes vergeleken met de toetsen van de Afdeling Bestuursrecht van de Raad van State (ABRvS) van bij beleidsregels gefixeerde boetes. Vergelijking van de ABRvS met de twee andere hoogste bestuursrechters met betrekking tot wettelijk gefixeerde boetes heeft nog niet plaatsgevonden.

⁴ *Kamerstukken II*, 2015/16, 31 409, nr. 120, p. 23.

⁵ *Stcrt.* 2015, 30280.

⁶ Van Emmerink en Saris, 2014, Olivier 2014, Van Emmerink en Saris 2015.

⁷ Olivier 2014, Van Emmerink en Saris 2015, Melle 2015.

⁸ Van Emmerink en Saris, 2014, Olivier 2014, Van Emmerink en Saris 2015.

1.2. Onderzoeksvraag

In mijn onderzoek beperk ik mij tot een vergelijking van de evenredigheidstoets van wettelijk gefixeerde boetes. Het CbB en het CRvB doen al jaren uitspraken over wettelijk gefixeerde boetes. Het CRvB behandelt met name boetezaken over sociale zekerheidswetgeving waarbij meestal de inlichtingenplicht centraal staat. Sinds 2013, toen de eerste zaken over overtredingen van de Hvw aan de ABRvS werden voorgelegd, behandelt de ABRvS ook boetezaken over wettelijk gefixeerde boetes. Ik ben nieuwsgierig of de ABRvS daarbij dezelfde werkwijze hanteert als het CbB en het CRvB. Door de beperkte omvang van de scriptie heb ik mij echter in de vergelijking moeten beperken tot één van de andere bestuursrechtelijke instanties. Ik heb hierbij voor het CbB gekozen en niet voor het CRvB. Alhoewel de bijzondere wetten onderling sterk inhoudelijk verschillen heb ik gemeend dat er tussen de Hvw en de Msw en financiële toezichtwetten meer raakvlakken zijn dan tussen de Hvw en de sociale zekerheidswetgeving.

De hoofdvraag van het onderzoek luidt: "Toetsen de Afdeling van de Raad van State en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven de hoogte van de boete op vergelijkbare wijze bij wettelijk gefixeerde boetestelsels?". Het vergelijken van de werkwijze van uitspraken van de ABRvS en van het CbB met betrekking tot het wettelijk gefixeerde boetestelsel is nog niet in de literatuur beschreven. Dit onderzoek draagt bij aan de discussie over de vraag of de bestuursrechters een volledige evenredigheidstoets uitvoeren bij wettelijke gefixeerde boetestelsels. De volledige evenredigheidstoets vloeit voort uit het feit dat de bestuurlijke boete een bestraffende sanctie is waardoor artikel 6 en 7 EVRM van toepassing is, zie verder hoofdstuk 2. Naast de vergelijking van de wijze van toetsen tussen het CbB en de ABRvS wordt nagegaan of er sprake is van een volledige evenredigheidstoets. Met andere woorden "Is de door de verschillende bestuursrechters uitgevoerde evenredigheidstoets EVRM-proef?".

1.3. Opzet onderzoek

Eerst wordt ingegaan op de bestuurlijke boete en de te onderscheiden boetestelsels. Daarna komt het evenredigheidsbeginsel aan de orde. Centraal hierin staat de vraag "Wat zijn de eisen voor de bestuursrechter bij het toetsen van de evenredigheid van de bestuurlijke boete?". Nadat dit kader van de onderzoeksvraag is geschetst wordt ingegaan op de vraag zelf: "Toetsen de Afdeling van de Raad van State en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven de hoogte van de boete op vergelijkbare wijze bij wettelijk gefixeerde boetestelsels?".

Het onderzoek bestaat uit een literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Het literatuuronderzoek is gericht op de uitvoering van de evenredigheidstoets. De focus van het literatuuronderzoek is gericht op de vraag "Welke conclusies zijn in de vakliteratuur te vinden over de uitvoering van de evenredigheidstoets door de verschillende bestuursrechters?". In het jurisprudentieonderzoek zijn de uitspraken van de ABRvS over de Hvw en uitspraken van het CbB over de Msw en de financiële toezichtwetgeving betrokken. De selectie van de jurisprudentie heeft plaatsgevonden in Rechtspraak.nl. Uitsluitend jurisprudentie met betrekking tot het wettelijk gefixeerde boetestelsel is in het onderzoek betrokken. In de volgende paragraaf wordt uitgebreider op de selectiewijze van de jurisprudentie ingegaan.

1.3.1. De keuze van de jurisprudentie

1.3.1.1. ABRvS, de Hvw

1 juli 2009 kunnen overtredingen van de Hvw op grond van artikel 85a van de Hvw met een bestuurlijke boete worden bestraft. De Hvw kent een wettelijk gefixeerd boetestelsel. In de periode 1 januari 2013 tot en met 1 november 2016 zijn er 59 uitspraken gedaan over de Hvw. Bij 28 uitspraken komt de evenredigheid van de bestuurlijke boete aan de orde. Naar mijn mening geeft de periode van bijna 4 jaar en het aantal uitspraken over de evenredigheid een representatief beeld van de uitvoering van de evenredigheidstoets door de ABRvS. De meeste andere wetten waarvoor de ABRvS de hoogste bestuursrechter is kennen een bij beleidsregel gefixeerd systeem.

1.3.1.2. CBb

In tegenstelling tot de ABRvS doet het CBb uitspraak over verschillende wetten met een wettelijk gefixeerd boetestelsel. Er is gekozen om een selectie in Rechtspraak.nl op basis van de zoektermen "bestuurlijke boete" en "evenredig" te maken. In het onderzoek betrek ik over de periode 1 januari 2009 tot en 31 december 2012 geannoteerde jurisprudentie met betrekking tot wettelijk gefixeerde boetestelsels. Voor de periode 1 januari 2013 tot en met 31 december 2014 de in vakbladen gepubliceerde jurisprudentie al dan niet met annotatie. Voor de periode 1 januari 2015 tot 1 november 2016 worden alle zoekresultaten in het onderzoek betrokken. Deze selectie levert 48 uitspraken op waarbij in 44 uitspraken sprake is van een evenredigheidstoets. Van deze 44 uitspraken hebben 24 uitspraken betrekking op een wettelijk gefixeerd boetestelsel. Naast de analyse van deze 24 uitspraken wordt ingegaan op de lijn van het CBB van vóór de vierde tranche van de Awb. De selectie op basis van de gebruikte zoektermen levert niet alle jurisprudentie over de evenredigheidstoets met betrekking tot de hoogte van de bestuurlijke boete op, maar geeft gezien de periode en het aantal uitspraken een representatief beeld van de evenredigheidstoetsing door het College voor dit vergelijkend onderzoek. In het onderzoek betrek ik over de periode 1 januari 2009 tot en 31 december 2012 geannoteerde jurisprudentie met betrekking tot wettelijk gefixeerde boetestelsels. Voor de periode 1 januari 2013 tot en met 31 december 2014 de in vakbladen gepubliceerde jurisprudentie al dan niet met annotatie. Voor de periode 1 januari 2015 tot 1 november 2016 worden alle zoekresultaten in het onderzoek betrokken.

1.3.2. Het toetsingskader

In het jurisprudentieonderzoek wordt nagegaan of de rechters de hoogte van de boete vol toetsen en of zij hierbij de door Van Emmerink en Saris geformuleerde evenredigheidsfactoren⁹ betrekken. De volle toetsing vloeit voort uit de in het EVRM gestelde eisen. Alleen bij volle toetsing kan gesteld worden dat er EVRM-proef wordt getoetst, zie hoofdstuk 3. De door Van Emmerink en Saris geformuleerde evenredigheidsfactoren bieden een kapstok voor analyse en vergelijking, zie hoofdstuk 4.

⁹ Van Emmerink en Saris, 2014: Zij onderscheiden: 1) de aard en ernst van overtreding, 2) de mate van verwijtbaarheid, 3) de persoon van de overtreder, 4) de persoonlijke omstandigheden van de overtreder, 5) de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en 6) het gelijkheidsbeginsel, zie verder paragraaf 4.2.1.

1.4. Uitwerking

In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de bestuurlijke boete en de verschillende boetestelsels. Hoofdstuk 3 gaat over het evenredigheidsbeginsel. Hoofdstuk 4 bevat een beknopte analyse van de literatuur over de rechterlijke toetsing van het evenredigheidsbeginsel door de drie hoogste bestuursrechters. Het jurisprudentieonderzoek wordt in hoofdstuk 5 beschreven. Hoofdstuk 6 vormt de conclusie van het onderzoek en geeft antwoord op de vraag: "Toetsen de Afdeling van de Raad van State en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven de hoogte van de boete op vergelijkbare wijze bij wettelijk gefixeerde boetestelsels?". In dit hoofdstuk wordt ook ingegaan op de vraag of de bestuursrechters EVRM-proef toetsen.

2. De bestuurlijke boete

2.1. De definitie van bestuurlijke boete in de Awb

De bestuurlijke boete wordt in de Awb gedefinieerd als "bestraffende sanctie inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom". De bestraffende sanctie is gedefinieerd in artikel 5:2 lid 1 onderdeel c Awb als "een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen". De bestuurlijke sanctie is in artikel 5:2 lid 1 onderdeel a Awb gedefinieerd als "een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak". Tot slot is een overtreding in artikel 5:1 lid 1 Awb gedefinieerd als "een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift". De bestuurlijke sanctie wordt middels een boetebeschikking opgelegd (artikel 5:52 Awb). Er is derhalve sprake van een besluit ingevolge artikel 1:3 lid 1 en 2 Awb. Het bestuursorgaan moet bij het opleggen van boetes naast de bijzondere bepalingen uit hoofdstuk 5 Awb, de algemene normen van hoofdstuk 3 en titel 4.1 Awb, alsmede de ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur naleven.¹⁰ Samengevat kan gesteld worden dat de bestuurlijke boete een bestraffende sanctie is die wordt opgelegd naar aanleiding van een overtreding met het doel om leed toe te voegen.

2.2. Het begrip bestraffend in internationaal perspectief

De kwalificatie bestraffend wordt niet alleen door het nationaal recht ingevuld. Internationaal recht speelt hierbij ook een rol. De internationale kwalificatie als bestraffende sanctie of 'criminal charge' betekent dat alle waarborgen die in artikel 6 EVRM besloten liggen in acht moeten worden genomen. De uitleg die het EHRM aan het begrip 'criminal charge' geeft, is dus van groot belang.

2.2.1. 'Criminal charge'

In de juridische literatuur wordt de bestuurlijke boete gekwalificeerd als een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM. Bröring concludeert dat de bestuurlijke boete een strafkarakter heeft, er is sprake van strafvervolging.¹¹ In H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a. wordt gesteld dat bestraffende bestuurlijke sancties zijn gericht op bestraffing en daarom is er veelal sprake van 'criminal charge' als bedoeld in artikel 6 EVRM.¹² Ook Albers 2014 geeft aan dat de bestuurlijke boete moet worden aangemerkt als een 'criminal charge' (strafvervolging) in de zin van artikel 6 EVRM.¹³ De conclusie dat de bestuurlijke boete aangemerkt kan worden als 'criminal charge' is gebaseerd op de jurisprudentie van het EHRM.

In het arrest Engel komt naar voren dat het begrip 'criminal charge' autonoom wordt uitgelegd door het EHRM.¹⁴ Het Hof hanteert drie criteria. Allereerst moet worden bepaald of de normschending door nationaal recht als strafbaar feit wordt aangemerkt. Ten tweede is de aard van de overtreding van belang en als derde de aard en de zwaarte van de sanctie. Deze criteria zijn voor het eerst toegepast in het arrest Engel¹⁵. In het arrest Öztürk¹⁶ geeft het Hof deze drie

¹⁰ Bröring, de Graag e.a. e.a. 2016, p. 662.

¹¹ Bröring 2005, p. 60.

¹² Bröring, de Graag e.a. e.a. 2016, p. 663.

¹³ Albers 2014, p. 9.

¹⁴ EHRM 8 juni 1976, NJ 1978 (Engel).

¹⁵ EHRM 8 juni 1976, NJ 1978 (Engel).

¹⁶ EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (Öztürk).

criteria weer. Ieder van de criteria afzonderlijk is voldoende om aan te tonen of er sprake is van een bestraffende sanctie in de zin van artikel 6 EVRM.

Als op grond van één van de criteria afzonderlijk niet aangetoond kan worden dat sprake is van een 'criminal charge', kan een cumulatieve toets aan criteria wel leiden tot het bestempelen van een sanctie als 'criminal charge'.¹⁷ In Nederland is de bestuurlijke boete gedefinieerd als "bestraffende sanctie inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom". De bestraffende sanctie is gedefinieerd in artikel 5:2 lid 1 onderdeel c Awb als "een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt de overtreder leed toe te voegen". Hieruit volgt dat de wetgever de bestuurlijke boete bedoelt als 'criminal charge'. Dit blijkt ook expliciet uit de toelichting op de vierde tranche: "*Inmiddels is in Nederland namelijk onomstreden, dat het opleggen van een bestuurlijke boete in (zo goed als) alle gevallen een «criminal charge» oplevert. Ook de nationale jurisprudentie gaat daar van uit (zie voor de fiscale boete HR 22 juni 1988, NJ 1988, 955; voor de verkeersboeten HR 10 november 1992, NJ 1993, 181).*"¹⁸

Door de uitspraak van het EHRM in de zaak Morel t. Frankrijk¹⁹ van 3 juni 2003 bestond er echter lange tijd onduidelijkheid over de vraag of een geringe hoogte van een bestuurlijke boete het 'criminal charge' karakter van de bestuurlijke boete kan ontnemen. In de uitspraak Jussila²⁰ maakt het EHRM een einde aan de onduidelijkheid hierover en geeft aan dat ook lichte (op leedtoevoeging gerichte) bestuurlijke boetes een 'criminal charge' in de zin van art. 6 EVRM zijn. Het hof voegt hier echter aan toe dat bij minder ingrijpende bestuurlijke boetes niet alle (procedurele) 'criminal charge' garanties van artikel 6 EVRM ten volle hoeven te gelden.

2.3. De waarborgen van artikel 6 en 7 EVRM

Omdat de bestuurlijke boete gekwalificeerd is als 'criminal charge' zijn de waarborgen van artikel 6 en 7 EVRM van toepassing op de sanctieprocedure. Dit betekent dat er rekening moet worden gehouden met de waarborgen die uit artikel 6 en 7 EVRM voortvloeien zoals het legaliteitsbeginsel, het zwijgrecht en de cautie, de verwijtbaarheid, het ne bis in idem-beginsel: de overtreder mag niet tweemaal voor dezelfde overtreding worden gestraft, het 'fair trial'- en het evenredigheidsbeginsel. Met de codificatie van de bestuurlijke boete is in 2009 geprobeerd invulling te geven aan de waarborgen die artikel 6 en 7 EVRM verbinden aan strafvervolgning.²¹ In deze scriptie staat de evenredigheidstoets door de bestuursrechter centraal. De bestuursrechter toetst aan het evenredigheidsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat bestraffend overheidsoptreden evenredig moet zijn met het oog op de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid en de overige omstandigheden van het geval. In hoofdstuk 3 wordt uitgebreid ingegaan op het evenredigheidsbeginsel.

¹⁷ Albers, 2002 p.114.

¹⁸ *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 702, nr.3, p. 123

¹⁹ EHRM 3 juni 2003, appl. nr. 54559/00I.

²⁰ EHRM 23 november 2006, AB 2007 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerink.

²¹ Albers 2014, p. 10.

2.4. De boetestelsels

Er wordt in de Awb onderscheid gemaakt tussen verschillende boetestelsels. Er wordt onderscheid gemaakt in boetes die zijn vastgelegd in een wettelijk voorschrift en boetes waarbij alleen de maximale hoogte van de boetes zijn opgenomen in de wet. Het boetestelsel bepaalt mede de beoordeling van de boete op evenredigheid door de bestuursrechter.

Artikel 5:46 lid 1 Awb schrijft voor dat de wet de hoogte dient te bepalen waarvoor de bestuurlijke boete kan worden opgelegd. Deze bepaling is ontleend aan artikel 89 Grondwet. Deze grondwettelijke bepaling moet aldus worden uitgelegd dat de wetgever uitsluitend het maximum van de op te leggen boete hoeft aan te geven. Deze eis vergt niet dat per overtreding het maximum moet worden opgelegd.²²

Artikel 5:46 Awb

1. De wet bepaalt de bestuurlijke boete die wegens een bepaalde overtreding ten hoogste kan worden opgelegd.
2. Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.
3. Indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, legt het bestuursorgaan niettemin een lagere bestuurlijke boete op indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is.
4. Artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.

2.4.1. Vrije boetestelsel

Als de wetgever uitsluitend een maximum heeft bepaald, moet het bestuursorgaan bij iedere overtreding beoordelen welk boetebedrag passend is.²³ We spreken dan van het vrije boetestelsel. Voor dit vrije boetestelsel geldt artikel 5:46 lid 2 Awb op grond waarvan de bestuurlijke boete moet worden afgestemd op de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan.

2.4.2. Bij beleidsregel gefixeerd boetestelsel

Het bestuursorgaan kan in een vrij boetestelsel de boetes regelen in een beleidsregel. Dan wordt ook wel gesproken van een bij beleidsregel gefixeerd boetestelsel. Het bestuursorgaan kan ook door de wetgever worden verplicht om de boetes in een beleidsregel vast te leggen.²⁴ Bij het bepalen van de boetehoogte in verhouding tot de onrechtmatige gedraging moet het bestuursorgaan het evenredigheidsbeginsel toepassen. Naast het vrije boetestelsel bestaat er ook een stelsel met wettelijk gefixeerde boetes.

²² Bröring 2005, p. 198.

²³ *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 702, nr. 3, p. 140.

²⁴ Van Houten 2011/2012, p. 64 en art. 10.7 lid 6 Arbeidstijdenwet.

2.4.3. Wettelijk gefixeerd boetestelsel

Het wettelijk gefixeerd boetestelsel houdt in dat voor elke overtreding een bedrag in de wet is opgenomen. Artikel 5:46 lid 3 Awb heeft betrekking op dit gefixeerde stelsel. In deze bepaling wordt aangegeven dat er alleen van het wettelijk tarief kan worden afgeweken, indien de overtreder aannemelijk maakt dat de bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is. Dit is het belangrijkste verschil ten opzichte van het vrije boetestelsel en het bij beleidsregel gefixeerde boetestelsel waarbij het bestuursorgaan steeds moet afwegen of de boete overeenkomt met de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder is te wijten. De gefixeerde boetestelsels kunnen in een bij Algemene Maatregel van Bestuur te wijzigen bijlage bij de wet worden opgenomen of op basis van een wettelijke grondslag in de wet in een Algemene Maatregel van Bestuur of een ander algemeen verbindend voorschrift zoals een ministeriële regeling of een gemeentelijke verordening worden opgenomen. De boetes in deze voorschriften zijn gemaximaliseerd in de wet. Dit vloeit voort uit artikel 5:46 lid 1 Awb. Doorgaans wordt het maximale bedrag bepaald door te verwijzen naar één van de categorieën bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht. Soms wordt er per groep overtredingen een categorie bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht aangegeven.

2.4.4. Samenvatting boetestelsels

Samenvattend zijn er drie stelsels mogelijk. Ten eerste het vrije boetestelsel waarbij in de wet alleen het maximum boetebedrag is opgenomen. Daarnaast een variant op het vrije boetestelsel waarbij het bestuursorgaan per overtreding een boetebedrag vaststelt in een beleidsregel. Deze variant wordt aangeduid als het bij beleidsregel gefixeerde boetestelsel. Wanneer er sprake is van het vrije boetestelsel vindt er, zo lijkt het, altijd een nadere invulling plaats in een beleidsregel of een verordening²⁵. Voorbeelden hiervan zijn de Wet Consumentenbescherming, de Mededingingswet, de Arbeidstijdenwet, de Wet Arbeidsvreemdelingen en de sociale zekerheidswetgeving. Tot slot het wettelijk gefixeerde boetestelsel waarbij de boetebedragen per overtreding in een wettelijk voorschrift zijn opgenomen. Voorbeelden hiervan zijn de Huisvestingwet, de Binnenvaartwet, de Meststoffenwet en de Wet Financieel toezicht. Het gekozen stelsel heeft grote invloed op de toetsing van de evenredigheid door de bestuursrechter. In het volgende hoofdstuk wordt dit nader uitgewerkt.

²⁵ Alhoewel ik veel bijzondere wetten heb geraadpleegd om na te gaan welk boetestelsel van toepassing is, heb ik geen enkele bijzondere wet met het vrije boetestelsel gevonden waarbij er niet een nadere uitwerking in een beleidsregel was. Het is echter onmogelijk om voor alle bijzondere wetten na te gaan welk boetestelsel in de wet is opgenomen.

3. De evenredigheidstoets

3.1. Het evenredigheidsbeginsel in internationaal perspectief

3.1.1. Inleiding

Bestraffend overheidsoptreden moet evenredig zijn met het oog op de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid en de overige omstandigheden van het geval. Anders dan andere beginselen (zoals gelijkheid of rechtszekerheid), vooronderstelt evenredigheid een nadere waardering of afweging van wat evenredig is.²⁶ Een bestuurlijke boete wordt opgelegd middels een boetebeschikking en is een besluit in de zin van de Awb. Artikel 3:4 lid 2 Awb (: "De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.") geldt dus ook voor bestuurlijke boetes.²⁷ Deze bepaling vergt volgens de wetgever van de bestuursrechter dat hij bij bestraffende sancties volledig aan het evenredigheidsbeginsel toetst. Deze volledige toetsing bij sancties volgt volgens de wetgever ook uit artikel 6 EVRM.²⁸

3.1.2. Intensiteit van de toetsing

Het beginsel van een evenredige verhouding tussen de zwaarte van de straf en het strafbare feit is niet als zelfstandige norm in het EVRM opgenomen. De vraag of uit artikel 6 EVRM het evenredigheidsbeginsel kan worden afgeleid en in het bijzonder dan de verplichting voor de rechter om de evenredigheid vol te toetsen staat centraal in de Nederlandse doctrine.²⁹ De intensiteit van de toetsing door de bestuursrechter speelt in deze discussie de belangrijkste rol.

'Full jurisdiction' is in de jurisprudentie van het EHRM erkend als recht. De nationale rechter moet de bevoegdheid hebben alle voor het geschil relevante kwesties betreffende de feiten en het recht te onderzoeken. Daarbij wordt uitdrukkelijk geen onderscheid gemaakt tussen rechtsvragen en feitelijke vragen, die zijn beide cruciaal voor de uitkomst van het geschil.³⁰ Het EHRM benadrukt dat de vraag of de rechterlijke beoordeling voldoet aan de eisen van 'full jurisdiction' in de zin van artikel 6 EVRM in belangrijke mate afhangt van de omstandigheden van het voorliggende geval. Beperkingen van rechterlijke controle op de bestuurlijke feitenvaststelling kunnen op gespannen voet staan met artikel 6 EVRM maar zijn niet zonder meer ongeoorloofd. Dit blijkt onder andere uit *Bryan t. Verenigd Koninkrijk*³¹. In deze zaak ging het om een handhavingsbesluit op grond waarvan Bryan twee van zijn huizen moest slopen en verwijderen. Na tevergeefs beroep aangetekend te hebben bij het verantwoordelijke bestuursorgaan, ging hij in beroep bij de rechter. In die procedure kon echter de juistheid van de feiten zoals door het bestuursorgaan vastgesteld slechts beperkt worden betwist. Het EHRM besliste dat het voldoende was dat de rechter beschikte over de bevoegdheid het besluit te vernietigen op één van de klassieke gronden van onrechtmatigheid in het Engelse recht. Belangrijke rol in de overwegingen van het EHRM speelde de aard van het rechtsgebied en de daaraan verbonden discretionaire bevoegdheden van het bestuur, het

²⁶ Van Emmerink en Saris 2014, p. 115.

²⁷ Bröring, 2015, p. 200.

²⁸ *Kamerstukken II 2003/2004*, 29702, nr. 3, p. 128.

²⁹ Van Emmerink en Saris 2014, p. 131-135.

³⁰ EHRM 13 juni 1981, NJ 1982/602, par. 51. (*Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België*).

³¹ EHRM 22 november 1995, nr. 19178/97, par. 47 (*Bryan v. Verenigd Koninkrijk*).

gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling en de met semi-rechtelijke waarborgen omklede voorafgegane bestuurlijke fase.

Het EHRM vindt in de Nederlandse zaak *Terra woningen*³² het feit dat de kantonrechter geen eigen oordeel geeft over de bodemverontreiniging maar helemaal afgaat op het oordeel van Gedeputeerde Zaken in strijd met (het recht uit) artikel 6 EVRM. De bestuursrechter mag dus niet blind varen op het bestuurlijk oordeel. In de jurisprudentie speelt vaak de vraag in hoeverre de bestuursrechter zich dan wel mag verlaten op het oordeel van het bestuur. Het EHRM waagt zich niet aan algemene uitspraken over de precieze eisen van het recht op volledige rechtsmacht.

In de uitspraken van het EHRM *Malige tegen Frankrijk*³³ en *Göktan tegen Frankrijk*³⁴ heeft het EHRM uitgesproken dat zij een systeem van wettelijk vastgestelde bestraffende sancties niet uitsluit en het bestuur en de rechter in beginsel van de door de wetgever gemaakte vaststellingen dienen uit te gaan, mits de wettelijke bepalingen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand zijn gekomen.

Albers stelt in haar bijdrage in de VAR-reeks 152 dat uit de rechtspraak van het EHRM wordt afgeleid dat de eis van 'full jurisdiction' met zich meebrengt dat de bestuursrechter de hoogte of zwaarte van bestraffende bestuursrechtelijke sancties indringend moet toetsen aan het evenredigheidsbeginsel uit artikel 3:4 tweede lid Awb. De bestuursrechter moet steeds afvragen of er evenredigheid bestaat tussen de ernst van de overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie.³⁵ Voor wat betreft de bestuurlijke boete is de hoogte van de bestuurlijke boete de representant van de zwaarte van de opgelegde sanctie.

In het arrest *Jussila t. Finland*, waar in een belastingzaak een verhoging van € 308,80 is opgelegd, neemt het EHRM het standpunt in dat ook lichtere straffen vallen onder het begrip 'criminal charge' echter kunnen minder ingrijpende 'criminal charges' toe met minder rechtsbescherming.³⁶ In de zaak *Jussila t. Finland* vindt het EHRM het niet houden van een hoorzitting geen inbreuk op artikel 6 EVRM. Uit latere jurisprudentie blijkt dat er niet getoerd wordt aan de eis van 'full jurisdiction'.³⁷ De nationale rechter moet de bevoegdheid hebben alle voor het geschil relevante kwesties betreffende de feiten en het recht te onderzoeken.

³² EHRM 17 december 1996, NJCM Bulletin 1997, p. 617 e.v. m.nt. M.L.W.M. (*Terra Woningen BV t. Nederland*).

³³ EHRM 23 september 1998, nr. 27812/95 (*Malige tegen Frankrijk*).

³⁴ EHRM 2 juli 2002, nr. 33402/96 (*Göktan tegen Frankrijk*).

³⁵ Albers 2014, p. 33.

³⁶ EHRM 23 NOVEMBER 2006, JUSSILA T. FINLAND, NJCM-Bulletin, jrg. 32 (2007), nr. 2 m.nt Marina den Houdijker

³⁷ Zie bijv. EHRM 21 juli 2011, *EHRC* 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen (*Sigma Radio Television Ltd. t. Cyprus*) en EHRM 27 september 2011, *AB* 2012/9, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, *EHRC* 2012/7, m.nt. A.M.L. Jansen (*Menarini Diagnostics S.R.L. t. Italië*). Vgl. in EU-context HvJ EG 21 januari 1999, zaak C-120/97 (*Upjohn*).

3.1.3. De bestuursrechter vernietigt de boete of past de hoogte van de boete aan

In het kader van de rechterlijke procedure moet een debat gevoerd kunnen worden over de juistheid van het bestuurlijke feitenoordeel en de wijze waarop dat tot stand is gekomen. Hierover bestaat overeenstemming binnen de Nederlandse doctrine. Specifiek met betrekking tot 'criminal charge'-zaken in de zin van het artikel 6 EVRM overwoog het EHRM in het arrest Schmutz t. Oostenrijk dat het vereiste van 'full jurisdiction' meebrengt dat de rechterlijke instantie beschikt over 'the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below' zodat de bevoegdheid om het bestreden besluit te vernietigen voldoende lijkt.³⁸ Hetzelfde arrest is echter ook in het Frans uitgesproken. In de Franse tekst wordt gesproken over 'le pouvoir de réformer', hetgeen duidt op een hervorming of aanpassingsbevoegdheid van de rechter. In Nederland is bij de codificatie hiervan in artikel 8:72a Awb bepaald dat de bestuursrechter na vernietiging van een boetebesluit de zaak zelf afdoet. Hierdoor is de linguïstische uitleg van dit arrest, Schmutz t. Oostenrijk, voor de Nederlandse doctrine niet meer relevant.

3.2. Het evenredigheidsbeginsel volgens de wetgever

In de memorie van toelichting bij de vierde tranche Awb wordt ingegaan op de evenredigheidstoets met betrekking tot het vrije boetestelsel en het bij wettelijk voorschrift gefixeerde boetestelsel.³⁹ Daarin stelt de wetgever dat de bestuursrechter de besluiten tot het opleggen van bestuurlijke boetes bij het vrije boetestelsel volledig aan het evenredigheidsbeginsel moet toetsen.⁴⁰ Over het bij beleidsregels gefixeerde boetestelsel merkt de wetgever in de memorie van toelichting op dat het bestuursorgaan bij bestraffende sancties geen beleids-, maar slechts beoordelingsvrijheid heeft. Dit betekent ook, dat eventuele beleidsregels over de hoogte van de boete het karakter hebben van wet interpreterende beleidsregels, waaraan de bestuursrechter in beginsel niet is gebonden.⁴¹

Over het wettelijk gefixeerd boetestelsel wordt in de memorie van toelichting opgemerkt dat de wetgever dan zelf de afweging heeft gemaakt welke boete voor een bepaalde overtreding als evenredig moet worden beschouwd. Bestuur en bestuursrechter hebben dan in beginsel geen vrijheid meer om een andere boete op te leggen.⁴² De hardheidsclausule die het bestuursorgaan de mogelijkheid biedt om een boete in bijzondere omstandigheden te matigen, biedt volgens de memorie van toelichting voor concrete gevallen waarbij de boete onredelijk zou zijn voldoende ruimte om de mede door artikel 6 EVRM vereiste evenredigheid te waarborgen.⁴³ Hierbij verwijst de wetgever naar de uitspraak van het CBb van 29 april 2004.⁴⁴ Het CBb beslist hier dat ondanks dat artikel 48d van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 de hoogte van de bestuurlijke boetes voorschrijft en ondanks dat uit de toelichting van de wetgever blijkt dat hij toepassing van lid 4 ("Onze Minister kan het bedrag van de boete lager stellen dan in de bijlage is bepaald, indien het bedrag van de boete in een bepaald geval op grond van bijzondere omstandigheden onevenredig hoog is.") slechts van toepassing acht 'bij uitzondering in het individueel geval' en een

³⁸ EHRM 23 oktober 1995, Schmutz t. Oostenrijk, Series A-328A, par. 36.

³⁹ Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 140-143.

⁴⁰ Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 141.

⁴¹ Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 141.

⁴² Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 142.

⁴³ Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3, p. 143.

⁴⁴ CBB 29 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:A09910, AB 2004 met annotatie van I.C. van der Vlies.

evenredigheidstoets door de bestuursrechter moet kunnen plaatsvinden. Het CBb beslist dat gezien het feit dat er sprake is van een punitieve sanctie, artikel 6 EVRM met zich meebrengt dat de rechter dient te toetsen of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. Albers merkt op dat de Nederlandse bestuursrechters hiermee ook bij deze 'wettelijk gefixeerde boetes' invulling proberen te geven aan de verdragsrechtelijke eis van 'full jurisdiction'.⁴⁵

Kern van de onderzoeksvraag van deze scriptie is de vraag of uit de praktijk van de rechtspraak de toetsing van een boete uit het wettelijk gefixeerd boetestelsel door de ABRvS en het CBb op gelijke wijze worden uitgevoerd. Voordat de praktijk van de bestuursrechters met betrekking tot de evenredigheidstoets bij het wettelijk gefixeerd boetestelsel wordt onderzocht, zal in de volgende paragraaf ingegaan worden op de rechterlijke toetsing in theorie.

3.3. De rechterlijke toetsing van de evenredigheid in theorie

3.3.1. De rol van de bestuursrechter

In veruit de meeste zaken die aan de bestuursrechter worden voorgelegd, voert de bestuursrechter een marginale toets uit. De bestuursrechter heeft de taak om het geschil te beslechten. De partijen geven zelf de punten van geschil aan. Deze punten van geschil vormen de omvang van het geding.⁴⁶ Het EVRM dwingt niet tot een ambtshalve toets op evenredigheid door de rechter, de klager zal hier derhalve uitdrukkelijk een beroep op moeten doen.⁴⁷ Buiten de strekking van artikel 8:69 eerste lid Awb valt de ambtshalve toetsing aan bepalingen die van 'openbare orde' zijn. In dat kader moet in het bijzonder gedacht worden aan regels die zien op bevoegdheid en ontvankelijkheid.⁴⁸

Het is aan de bestuursrechter om te beoordelen over de rechtmatigheid van het door het bestuursorgaan genomen besluit. Het is echter niet de taak van de bestuursrechter om de besluitvorming overnieuw te doen. De bestuursrechter gaat enkel na of het bestuursorgaan redelijkerwijs tot deze beslissing heeft kunnen komen. Inzake de belangenafweging, het al dan niet opleggen van een boete door het bestuur, moet de bestuursrechter zich bij de toetsing 'terughoudend' opstellen. Volgens de regering behoort de bestuursrechter bij toetsing aan artikel 3:4 tweede lid Awb alleen tot vernietiging over te gaan, indien het bestuursorgaan redelijkerwijs niet kon menen dat er sprake was van een evenredigheid tussen doel en de gevolgen van het aangewende middel.⁴⁹

De bestuursrechter moet indringender toetsen als het beroep is gericht tegen een besluit over de oplegging van een bestraffende sanctie. De evenredigheid van de bestraffende sanctie wordt door de bestuursrechter volledig, 'integraal' getoetst.⁵⁰ Zoals eerder opgemerkt, dwingt het EVRM niet

⁴⁵ Albers 2014, p. 35.

⁴⁶ Marseille, Tolsma e.a. e.a. 2016, p. 244.

⁴⁷ Van Emmerink en Saris 2014, p. 133 Er wordt hierbij verwezen naar het volgende arrest: EHRM 22 november 1995, Series A. vol. 335A (Bryan t. Verenigd Koninkrijk).

⁴⁸ Albers 2014, p. 73.

⁴⁹ Marseille, Tolsma e.a. e.a. 2016, p. 267.

⁵⁰ Marseille, Tolsma e.a. e.a. 2016, p. 267.

tot een ambtshalve toets op evenredigheid door de rechter. De klager zal hier derhalve uitdrukkelijk een beroep op moeten doen.⁵¹

Wat betreft de toetsing op evenredigheid van boetebesluiten door de bestuursrechter dient onderscheid gemaakt te worden tussen de eerder besproken boetestelsels. Daarom wordt hier nader op ingegaan. Eerst wordt besproken hoe de bestuursrechter het vrije stelsel dient te toetsen als er geen beleidsregels zijn opgesteld. Ten tweede wordt de variant van het vrije stelsel waarbij de boetebedragen zijn vastgelegd in een beleidsregel besproken, het zogenaamde bij beleidsregels gefixeerde boetestelsel. Tot slot komt het wettelijk gefixeerd stelsel aan bod. Hierbij staat de verhouding tussen de opgelegde boete aan de hand van het wettelijk gefixeerd stelsel en de eis tot 'full jurisdiction' uit artikel 6 EVRM centraal.

3.3.2. Rechterlijke toetsing bij het vrije boetestelsel

In het vrije boetestelsel bevat de wet uitsluitend een maximumbedrag van de boete. Het bestuursorgaan moet overeenkomstig artikel 5:46 lid 1 en 2 Awb het boetebedrag afstemmen op het evenredigheidsbeginsel. In lid 2 is aangegeven dat het bestuursorgaan rekening moet houden met de ernst van de overtreding en de mate waarin de overtreder dit kan worden verweten. Indien er in het geheel geen sprake is van verwijtbaarheid kan er geen boete worden opgelegd op grond van artikel 5:41 Awb. Deze bepaling beoogt het beginsel «geen straf zonder schuld» ook voor bestuurlijke boetes te codificeren.⁵²

Voorts is in lid 2 aangegeven dat het bestuursorgaan zo nodig rekening houdt met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Artikel 5:46 lid 2 Awb geeft derhalve de belangrijkste maatstaven waaraan het bestuursorgaan en de bestuursrechter moet toetsen. Dit wordt in de literatuur aangeduid als het afstemmingsgebod.

De bestuursrechter moet de boete vol toetsen op evenredigheid. Dit volgt reeds uit een uitspraak uit 1996, Huisman APK. Hierin overweegt de ABRvS "*dan dient de bestuursrechter [...] artikel 3:4 Awb aldus toe te passen dat hij beoordeelt of evenredigheid bestaat tussen de ernst van de verweten overtreding en de zwaarte van de opgelegde sanctie.*"⁵³ Dit houdt voor de huidige rechtspraak in, dat de bestuursrechter de opgelegde boete vol toetst op evenredigheid aan de hand van de in artikel 5:46 lid 2 Awb neergelegde eisen. Deze eisen lijken te zijn beperkt tot de ernst van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid. De omstandigheden waaronder de overtreding is begaan, lijken slechts 'zo nodig' te moeten worden meegewogen en over de persoonlijke omstandigheden van de overtreder is niets bepaald.⁵⁴ In de toelichtende stukken heeft de regering aangegeven dat ook de draagkracht moet worden meegewogen.⁵⁵ Uit de jurisprudentie blijkt ook dat de persoonlijke omstandigheden moeten worden meegewogen.⁵⁶ In beginsel gaat het hier om omstandigheden die door de overtreder onderbouwd moeten worden aangevoerd.

⁵¹ Van Emmerink en Saris 2014, p. 133 Er wordt hierbij verwezen naar het volgende arrest: EHRM 22 november 1995, Series A. vol. 335A (Bryan t. Verenigd Koninkrijk).

⁵² *Kamerstukken II 2003/2004*, 29702, nr. 3, p. 134.

⁵³ ABRvS 4 juni 1996, JB 1996/172, m.nt. E.C.H.J. van der Linden (Huisman APK).

⁵⁴ Jansen 2012, par. 4.4.

⁵⁵ *Kamerstukken II 2003/2004*, 29702, nr. 3, p. 141.

⁵⁶ ABRvS 11 maart 2009, AB 2009 financiële omstandigheden en Rb. Rotterdam 10 maart 2011, LJN BP7350 psychische omstandigheden.

3.3.2. Rechterlijke toetsing bij beleidsregels gefixeerde boetestelsel

Met grote regelmaat legt het bestuursorgaan de door haar te hanteren boetes neer in een beleidsregel. Indien het bestuursorgaan boetes in beleidsregels opneemt, zijn deze in beginsel bindend. Maar het bestuur moet zich telkens blijven afvragen of er in een concreet geval redenen zijn om van de zichzelf gestelde beleidsregels af te wijken. Op basis van artikel 4:84 Awb, zo luidde tot voorkort het adagium, kan door het bestuur alleen in bijzondere omstandigheden afgeweken worden van de beleidsregel.⁵⁷ Dit adagium is echter in de uitspraak van 26 oktober 2016 van de ABRvS losgelaten⁵⁸. Gezien het belang van deze uitspraak wordt eerst nader op deze uitspraak ingegaan.

3.3.2.1. Inherente afwijkingsbevoegdheid verruimd

Met de uitspraak van 26 oktober 2016 heeft de ABRvS de eis dat er sprake moet zijn van een bijzondere omstandigheid welke niet in de beleidsregel is verdisconteerd en dat de negatieve of positieve gevolgen van het handelen overeenkomstig de beleidsregel onevenredig zouden zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen losgelaten. De uitspraak gaat over het volgende. Bij een mevrouw met drie kinderen zijn 721 XTC-pillen aangetroffen. Vanuit de woning werden XTC-pillen verhandeld hetgeen echter geen overlast veroorzaakte. Er is hier sprake van een overtreding van artikel 2 van de Opiumwet. In een beleidsregel heeft de gemeente vastgelegd wat de gevolgen zijn voor de handel van harddrugs vanuit een woning. In deze casus betekent dit dat de woning voor drie maanden wordt gesloten. Mevrouw wordt hierdoor dakloos en komt op de zwarte lijst waardoor zij niet makkelijk een nieuwe huurwoning vindt. Deze gevolgen worden beschouwd als in de beleidsregel verdisconteerde gevolgen. Daarnaast is zij alleenstaand moeder van drie jonge kinderen en heeft de hele familie last van de psychische gevolgen. Deze omstandigheden worden als bijzonder beschouwd. Volgens de ABRvS had de burgemeester de omstandigheden dat zich geen overlast heeft voorgedaan en dat mevrouw op de zwarte lijst komt te staan niet bij voorbaat buiten beschouwing mogen laten. *Ook al gaat het om in de beleidsregels verdisconteerde omstandigheden: wanneer de omstandigheden in het concrete geval onevenredig uitpakken, moet van de beleidsregel worden afgeweken.* Hiermee lopen de twee elementen van de inherente afwijkingsbevoegdheid, bijzondere omstandigheden en onevenredige gevolgen, in elkaar over. Dit betekent dat omstandigheden die niet bijzonder zijn omdat er rekening mee is gehouden bij het opstellen van de beleidsregel toch kunnen leiden tot de conclusie dat er van de beleidsregel kan worden afgeweken als de gevolgen onevenredig hoog zijn in samenhang met de omstandigheden. Deze uitspraak heeft gevolgen voor de bestuursrechtelijke toetsing van de evenredigheid van de boete gebaseerd op een beleidsregel boeteoplegging.

⁵⁷ Boon, Brouwer en Schilder 2005. P. 117.

⁵⁸ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring.

3.3.2.2. Toetsing aan alle omstandigheden van het geval

Bij de beoordeling van een op een beleidsregel gebaseerd besluit volgt de bestuursrechter doorgaans een driestappentoets: toetsing van de beleidsregel zelf, daarna van de toepassing van de beleidsregel in het concrete geval en in de derde plaats van het gebruik van de inherente afwijkmogelijkheid. Bröring en Naves wijzen erop dat in geval van de bij beleidsregel gefixeerde boete de bestuursrechter doorgaans een afwijkende benadering kiest door via een marginale toetsing van de beleidsregels over de hoogte van de boete als het ware 'met een boogje om de beleidsregels' heen te lopen. Op deze manier stoot de bestuursrechter direct door naar stap 3 de omstandigheden van het geval en volgt hij volgens hen de aanpak van zijn strafrechtelijke collega.⁵⁹ Voor de uitspraak van 26 oktober 2016 gold het adagium dat de bestuursrechter dan zal beoordelen of het bestuursorgaan voldoende rekening heeft gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval. In het bijzonder zal hier gekeken worden naar factoren die (nog) niet in de beleidsregel zijn verdisconteerd. Uiteindelijk dient de bestuursrechter te bezien of de boete in het licht van alle feiten en omstandigheden passend is.⁶⁰ In het licht van de uitspraak van 26 oktober 2016 betekent dat de bestuursrechter in stap 3 alle omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dient te betrekken en dient te bezien of deze op zichzelf dan wel tezamen met andere omstandigheden, moeten worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 van de Awb die maken dat het handelen overeenkomstig de beleidsregel gevolgen heeft die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

3.3.4. Rechterlijke toetsing bij het wettelijk gefixeerd boetestelsel

Indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, moet de boete worden opgelegd ter hoogte van het wettelijk voorgeschreven bedrag.⁶¹ Er is in dat geval in beginsel geen ruimte voor de toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Bij een gefixeerd boetestelsel heeft de wetgever zelf de afweging gemaakt welke boete voor een bepaalde overtreding als evenredig dient te worden beschouwd. Het evenredigheidsbeginsel zit indirect besloten in de hoogte van de boete. Zowel het bestuursorgaan als de bestuursrechter heeft dan in beginsel geen vrijheid meer om een andere boete op te leggen.⁶²

De bestuursrechter dient echter ook in geval van een wettelijk gefixeerde boete op evenredigheid te toetsen. In geval van wettelijk gefixeerde boetes dient de bestuursrechter in de eerste plaats na te gaan in hoeverre het wettelijke gefixeerde boetestelsel op zichzelf in overeenstemming met de (evenredigheids)eisen van artikel 6 EVRM is. Mocht de bestuursrechter tot de conclusie komen dat de wettelijke regeling in abstracto⁶³ in strijd komt met het EVRM dan dient hij de wettelijke regeling op grond van artikel 94 EVRM buiten toepassing te laten. In de praktijk lijken bestuursrechters echter geen gebruik te maken van deze vergaande bevoegdheid (laat staan van de nog verdergaande mogelijkheid van het onverbindend verklaren van de betrokken wettelijke regeling). Bestuursrechters lijken een voorkeur te hebben voor een ruim gebruik van de hardheidsclausule uit artikel 5:46, derde lid Awb om zo tot een verdragsconform resultaat te

⁵⁹ Bröring & Naves 2010, p. 461-462.

⁶⁰ Van Emmerink en Saris 2014, p. 129.

⁶¹ Bröring 2005, p. 142.

⁶² *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 142.

⁶³ In abstracto wil zeggen dat de regeling in zijn algemeenheid wordt getoetst. In concreto wil zeggen dat de feitelijke omstandigheden van het individuele geval wordt getoetst.

komen.⁶⁴ In de toelichtende stukken wordt de uitleg van de regering van de matigingsbevoegdheid van artikel 5:46, derde lid, Awb op de uitspraak van 29 april 2004 van het CbB⁶⁵ inzake de Wet Toezicht effectenbeheer 1995 gebaseerd, zie ook paragraaf 3.2. Dat betekent ook dat het uitgangspunt is dat de bestuursrechter de matigingsbevoegdheid zo nodig 'oprekt' om aan het gebod van de volle toetsing uit artikel 6 EVRM te voldoen. In het bijzonder zullen de bestuursrechters kijken naar factoren die (nog) niet voldoende verdisconteerd zijn in het gefixeerd stelsel.⁶⁶

3.3.5. Samenvatting rechterlijke toetsing

Boetebesluiten moeten door de bestuursrechter vol worden getoetst. De bestuursrechter moet steeds afvragen of er evenredigheid bestaat tussen de ernst van de overtreding en zwaarte van de opgelegde straf. De zwaarte van de opgelegde straf is bij bestuurlijke boetes de hoogte van de boete. Afhankelijk van het boetestelsel vormt de rechter een oordeel over de hoogte van de bestuurlijke boete. Bij het vrije boetestelsel vindt er een volle toets plaats. Bij het bij beleidsregels gefixeerde boetestelsel is de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb van belang. Tot de uitspraak van 26 oktober 2016⁶⁷ luidde het adagium dat alleen in bijzondere omstandigheden afgeweken kon worden van de beleidsregel. Na deze uitspraak geldt dat alle omstandigheden in de beoordeling moeten worden betrokken. De ABRvS geeft als reden hiervoor dat het betrokken bestuursorgaan bij het opstellen van de beleidsregel deze omstandigheden bezien, het daarmee niet heeft kunnen voorzien of deze omstandigheden alleen of tezamen in een concreet geval niettemin tot onevenredige gevolgen leiden. Bij het wettelijk gefixeerd boetestelsel kan de bestuursrechter de wettelijke regeling op grond van artikel 94 EVRM buiten toepassing laten indien de opgelegde boete in strijd is met het een bepaling uit het EVRM. In het laatste geval geeft de bestuursrechter de voorkeur aan het oprekken van de hardheidsclausule indien de boete onevenredig wordt bevonden.

⁶⁴ Van Emmerink en Saris 2014, p. 128.

⁶⁵ CBB 29 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:A09910, AB 2004 met annotatie van I.C. van der Vlies.

⁶⁶ Van Emmerink en Saris 2014, p. 129.

⁶⁷ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring.

4. Literatuuronderzoek evenredigheidstoets bestuursrechter

4.1. Inleiding

In de VAR-reeks 152 hebben Van Van Emmerink en Saris een studie naar de vergelijking van de drie hoogste rechters gepubliceerd.⁶⁸ Van Van Emmerink en Saris onderzoeken jurisprudentie van het CBb over de financiële toezichtwetgeving en de Tabakswet, van het CRvB over schending van de inlichtingenplicht van diverse wetten inzake sociale zekerheid en van de ABRvS over de Wet arbeidsvreemdelingen (Wav) op basis van tussen 1 januari 2009 en 1 november 2013 gepubliceerde uitspraken. De casestudies naar de jurisprudentie van het CBb en het CRvB betreffen wettelijk gefixeerde boetestelsels. De jurisprudentie van het ABRvS betreft een bij beleidsregel gefixeerd boetestelsel. In hun slotbeschouwing⁶⁹ geven zij een materiële invulling van de evenredigheid. Zij geven 6 factoren die de evenredigheid inkleuren. Zij komen tot het advies aan de bestuursrechter om deze evenredigheidsfactoren consistent na te lopen en dit gemotiveerd te laten terugkomen in hun uitspraak. In dit hoofdstuk geef ik de conclusies van Van Emmerink en Saris weer.

4.2. Case studie VAR-reeks 152 door Van Emmerink en Saris

4.2.1. Vergelijking van de bestuursrechters

Van Emmerink en Saris behandelen in hun advies drie casestudies die inzicht geven in hoe de drie hoogste bestuursrechters, het CBb, het CRvB en de ABRvS, in de praktijk de evenredigheid van gefixeerde boetes beoordelen. Hiervoor hebben zij verschillende wetten geselecteerd waarvan de tussen 1 januari 2009 tot en met 1 november 2013 gepubliceerde uitspraken zijn onderzocht. De keuze van deze wetten baseerden zij op het aantal uitspraken. De vergelijking van de evenredigheidstoets in de praktijk van de drie hoogste bestuursrechters vindt plaats op grond van:

- ABRvS: Wet Arbeidsvreemdelingen, bij beleidsregel gefixeerd boetestelsel;
- CBb: Financiële toezichtwetgeving en Tabakswet, beide wettelijk gefixeerde boetestelsels
- CRvB: diverse wetten inzake sociale zekerheid, wettelijk gefixeerde boetestelsels.

Op basis van hun onderzoek komen Van Van Emmerink en Saris tot de volgende conclusie:

"Uit de geanalyseerde jurisprudentie blijkt dat de hoogste bestuursrechtelijke colleges de hoogte van bij wet of beleidsregel gefixeerde boetes vol op evenredigheid toetsen. Als de opgelegde boete niet evenredig wordt geacht, wordt zij ex artikel 8:72a Awb gematigd of op nihil gesteld. Dat uitgangspunt laat onverlet dat er in de onderzochte zaken een duidelijk verschil is te onderscheiden tussen de wijze waarop enerzijds het CBb en de Centrale Raad de hoogte van wettelijk gefixeerde boetes in concrete situaties beoordelen en anderzijds de (vreemdelingenkamer van de) Afdeling (in Wav-zaken) de bij beleidsregel gefixeerde boete. Het CBb en de Centrale Raad zijn van oordeel dat juist niet in de wet, het besluit of eventueel de beleidsregel betrokken of genoemde omstandigheden een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de hoogte van de boete. Dat betekent dat het CBb en de Centrale Raad een andere invulling dan de Afdeling (in Wav-zaken) geven aan het 'zonder terughoudendheid' toetsen van de evenredigheid van boetes. Die omstandigheden worden dan als 'bijzondere omstandigheden' ex artikel 5:46, derde lid, Awb

⁶⁸ Van Emmerink en Saris

⁶⁹ Van Emmerink en Saris 2014, p. 184 - 200.

aangemerkt. Factoren als opzet, grootte van de onderneming, het niet of beperkt behaalde voordeel, een kortdurende en beperkt in omvang zijnde overtreding die bovendien voor de eerste keer is begaan, worden (al dan niet in onderling verband gezien) in de boetehoogte van wettelijk gefixeerde boetes verdisconteerd. Daarmee volgen het CBb en de Centrale Raad de lijn van de belastingrechter en de strafrechter bij punitieve sancties. Die aanpak kan tot (aanzienlijke) matiging van een gefixeerde boete leiden of soms een boetebedrag dat onder het wettelijk gefixeerde minimumboetebedrag ligt. Voor de (vreemdelingenkamer van de) Afdeling in Wav-zaken geldt dat de hiervoor genoemde omstandigheden geacht worden reeds in de wet en het boetebeleid te zijn verdisconteerd en derhalve niet afdoen aan onder meer de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding en dus geen reden voor matiging zijn. Factoren zoals het moedwillig in strijd met de Wav handelen, het al dan niet met de overtreding behaalde voordeel en de grootte van de onderneming merkt de Afdeling (vooralsnog) evenmin als bijzondere omstandigheden aan (artikel 5:46, tweede lid, Awb en artikel 4:84 Awb). Wel houdt de Afdeling rekening met de financiële situatie van de overtreder, terwijl dit (nog) niet in de Beleidsregel Wav is verdisconteerd. Daarmee ontstaat het beeld dat de Afdeling nog steeds tamelijk afstandelijk toetst en alleen in (zeer) bijzondere omstandigheden afwijkt van het gefixeerde boetebeleid."⁷⁰

Op basis van het door Van Emmerink en Saris uitgevoerde onderzoek kan geconcludeerd worden dat de Afdeling in tegenstelling tot het College of de Raad terughoudend op evenredigheid toetst. De Afdeling houdt wel rekening met de financiële situatie van de overtreder maar niet met andere omstandigheden.

4.2.2. De evenredigheidsfactoren

De Awb geeft in artikel 5:46 Awb aan dat ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid en zo nodig de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan de evenredigheid bepalen. Van Emmerink en Saris combineren dit met de factoren die bij straftoemeting in het strafrecht een rol spelen en de factoren uit het onderzoek van Bröring e.a. (Referentiekader geldboetes 2011)⁷¹ met hun bevindingen uit de analyse van de jurisprudentie.

Bij straftoemeting door de strafrechter wordt er gekeken naar:

1. de ernst van het gepleegde feit,
2. de persoon van de dader en
3. de persoonlijke omstandigheden van de dader.⁷²

⁷⁰ Van Emmerink en Saris 2014, p.180 – 181.

⁷¹ Bröring, den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2011, p. 1-3.

⁷² Van Emmerink en Saris 2014, p. 186.

De onderzoekers naar het referentiekader geldboetes komen tot de conclusie dat de factoren die de hoogte van de boete bepalen in essentie dezelfde zijn, namelijk:

1. de aard van de overtreding, ofwel het betrokken rechtsgoed,
2. de aard van de overtreder,
3. het behaalde profijt, het herstel van de gevolgen en de samenhang met andere sanctiemogelijkheden,
4. recidive.⁷³

Door combinatie van eerdergenoemde factoren met de factoren uit de jurisprudentie komen Van Emmerink en Saris tot het volgende beeld van potentieel relevante factoren⁷⁴:

1. De aard en ernst van de overtreding: duur en omvang van de overtreding, behaald voordeel, benadeling van derden, recidive;
2. De mate van verwijtbaarheid: wel of geen opzet;
3. De persoon van de overtreder: natuurlijke persoon, rechtspersoon, grootte onderneming, leeftijd;
4. De persoonlijke omstandigheden van de overtreder: financiële draagkracht, medische toestand, relationele omstandigheden;
5. De omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd: het lijkt erop dat het hier om verschillende factoren kan gaan, die ook al genoemd zijn onder aard van de overtreding (zie 1) en de persoonlijke omstandigheden van de overtreder (zie 4).
6. Het gelijkheidsbeginsel en een consistente boeteoplegging.

4.3. (JBplus 2015,) Toepassing van de evenredigheidsfactoren

In hun bijdrage in JBplus (2015 aflevering 4) gaan Van Emmerink en Saris na in hoeverre de hoogste bestuursrechters hun advies om expliciet aan de door hun geformuleerde evenredigheidsfactoren te toetsen, wordt toegepast.⁷⁵ Zij concluderen dat bij het vergelijken van de verschillende bestuursrechters nog moeilijk te verklaren en te rechtvaardigen verschillen bestaan. Zij zijn van mening dat alle bestuursrechters de in de vorige paragraaf besproken evenredigheidsfactoren consistent moeten nalopen en daarbij ook bezien in hoeverre per factor de evenredigheid in concreto is verzekerd, ook in geval de wetgever dan wel beleidsregelgever deze factoren al in abstracto hebben verdisconteerd.⁷⁶ In het volgende hoofdstuk ga ik aan de hand van een jurisprudentieonderzoek na in hoeverre de bestuursrechters de evenredigheidsfactoren toepassen.

⁷³ Van Emmerink en Saris 2014, p. 186.

⁷⁴ Van Emmerink en Saris 2014, p. 186.

⁷⁵ Van Emmerink en Saris 2015.

⁷⁶ Van Emmerink en Saris 2015, p. 238.

5. Een jurisprudentieonderzoek naar de evenredigheidstoets

5.1. Inleiding jurisprudentieonderzoek

Centraal in het onderzoek staat de vraag of de bestuursrechter vol toetst en de evenredigheidsfactoren⁷⁷ betreft bij de evenredigheidstoets. In paragraaf 5.2. wordt de jurisprudentie van de ABRvS over de Hvw besproken. In paragraaf 5.3. wordt ingegaan op de jurisprudentie van het CBB met name de Tabakswet en de financiële toezichtwetten. Op elke uitspraak wordt kort ingegaan. De oudste uitspraken worden eerst behandeld. Aan het slot van de paragrafen staan de belangrijkste bevindingen en de conclusie van het jurisprudentieonderzoek voor de betreffende bestuursrechtelijke instantie.

5.2. ABRvS: Huisvestingswet

5.2.1. De Huisvestingswet, de overtredingen en het boetestelsel in het kort

De bestudeerde jurisprudentie heeft betrekking op de Hvw (op 1 januari 2015 vervangen door de Hvw 2014). Vanaf 1 oktober 2010 kunnen voor overtredingen van de Hvw bestuurlijke boetes worden opgelegd door de gemeenten. Bij de analyse van jurisprudentie wordt steeds uitgegaan van het op dat moment geldend recht. Op grond van de Hvw 2014 zijn nog geen uitspraken door de Afdeling gedaan. Alle jurisprudentie heeft dus betrekking op de Hvw.

De Hvw ziet onder andere op het reguleren van de woningvoorraad. Een gemeente kan bij verordening bepalen dat bepaalde woningen uitsluitend met een huisvestingsvergunning verhuurd kunnen worden. Daarnaast kan het onttrekken van woningen en het splitsen van woningen zonder vergunning verboden worden. Indien een gemeente een vergunningstelsel voor bepaalde woningen eist, is het niet naleven hiervan een overtreding. Artikel 85a Hvw bevat de maximumbedragen voor de bestuurlijke boetes. Artikel 85a lid 3 Hvw bepaalt dat de gemeenteraad in de huisvestingsverordening het bedrag moet vaststellen van de bestuurlijke boete die voor de verschillende overtredingen kan worden opgelegd. Er is derhalve sprake van een wettelijk gefixeerd boetestelsel. In de toelichting op de Hvw is aangegeven met welke criteria de gemeenteraad rekening kan houden bij het bepalen van de hoogte van de boete. In de toelichting staat dat bijvoorbeeld met de lokale situatie, krapte op de woningmarkt, samenstelling van de woningmarkt, ernst van de gedraging, stelselmatigheid van de gedraging en recidive rekening kan worden gehouden.⁷⁸

⁷⁷ Van Emmerink en Saris, 2014: Zij onderscheiden: 1) de aard en ernst van overtreding, 2) de mate van verwijtbaarheid, 3) de persoon van de overtreder, 4) de persoonlijke omstandigheden van de overtreder, 5) de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en 6) het gelijkheidsbeginsel, zie verder paragraaf 4.2.1.

⁷⁸ *Kamerstukken II 2007/2008*, 31 556, nr. nr. 3, p.8.

5.2.2. Evenredigheidstoets van de ABRvS inzake de Hvw

5.2.2.1. Huisvestingsverordening in abstracto evenredig, uitspraak 26 februari 2014⁷⁹

In één van haar eerste uitspraken inzake de Hvw van 26 februari 2014 stelt de Afdeling dat art. 4.8. van de huisvestingsverordening met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand is gekomen. Er is door de gemeente een boete opgelegd van € 4.000 voor het verhuren van een woning onder de huurprijsgrens aan een persoon zonder huisvestigingsvergunning. De Rechtbank heeft dit bedrag gematigd naar € 2.000. De gemeente gaat tegen deze uitspraak in beroep.

De afdeling gaat eerst in op de vraag of een wettelijk gefixeerd boetestelsel in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. De afdeling beantwoordt deze vraag bevestigend, verwijzend naar de arresten Malige t. Frankrijk en Göktan t. Frankrijk.

"5.1. De op te leggen boetebedragen zijn bij de Huisvestingsverordening vastgesteld. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer uitspraak van 23 oktober 2013 in zaak nr. 201301126/1/A3⁸⁰), volgt uit de arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 23 september 1998, Malige tegen Frankrijk, nr. 27812/95 en 2 juli 2002, Göktan tegen Frankrijk, nr. 33402/96 (www.echr.coe.int) dat artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden een systeem van wettelijk vastgestelde bestraffende sancties niet uitsluit en het bestuur en de bestuursrechter in beginsel van de door de wetgever gemaakte vaststelling dienen uit te gaan, mits de wettelijke bepalingen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand zijn gekomen."

Vervolgens toetst de Afdeling of de wettelijke bepaling met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand is gekomen. De Afdeling kijkt hiervoor naar de wetsgeschiedenis en concludeert dat het boetestelsel met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand is gekomen.

"5.2. Ingevolge artikel 85a, eerste lid, van de Huisvestingswet kan de bestuurlijke boete voor overtreding van artikel 7, tweede lid, van deze wet niet hoger zijn dan € 18.500. Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Huisvestingswet, waarbij de mogelijkheid van het opleggen van een bestuurlijke boete voor enkele overtredingen is ingevoerd (Kamerstukken II 2007/08, 31 556, nr. 3), dient het bevoegde bestuur de hoogte van de boete in zijn huisvestingsverordening vast te leggen, mits het in artikel 85a, eerste lid, van de Huisvestingswet geregelde maximumbedrag niet wordt overschreden. Bij het vaststellen van de hoogte kan onder meer rekening worden gehouden met de lokale situatie, krapte op de woningmarkt, samenstelling van de woningmarkt, ernst en stelselmatigheid van de gedraging en recidive, aldus die passage.

De gemeenteraad heeft bij het vaststellen van de hoogte van de boete gekozen voor een systematiek, waarin bij herhaling van de overtreding steeds zwaarder wordt gestraft en overtredingen bij bedrijfsmatige exploitatie zwaarder worden beboet dan wanneer de exploitatie niet bedrijfsmatig plaatsvindt. Er is geen reden om de in de Huisvestingsverordening geregelde

⁷⁹ ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:622, AB 2014/319 met annotatie van R. Stijnen.

⁸⁰ Dit betreft een uitspraak in het kader van de Wegenverkeerswet.

boetes onredelijk hoog te achten, nu onrechtmatige bewoning een urgent maatschappelijk probleem is en de hoogte van de boete een afschrikwekkend effect beoogt te hebben.

Artikel 4:8, tweede lid, van de Huisvestingsverordening is met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand is gekomen."

De door de rechtbank toegepaste matiging op grond van door de wederpartij bij de Rechtbank gestelde omstandigheden wordt door de Afdeling teruggedraaid.

"5.3. Ingevolge artikel 5:46, derde lid, van de Awb legt het bestuursorgaan, indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, niettemin een lagere bestuurlijke boete op, indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is. De door [wederpartij] bij de rechtbank gestelde omstandigheden, dat hij de Huisvestingsverordening niet bewust heeft overtreden met het oog op financieel gewin, de woning recent in eigendom heeft verkregen, het zijn eerste overtreding is in een gebied waarin een huisvestingsvergunning is vereist en na de inspectie een huisvestingsvergunning is verleend, zijn niet bijzonder in de zin van artikel 5:46, derde lid, van de Awb en konden daarom niet tot matiging van de boete leiden."

Net als Stijnen in zijn annotatie stelt, vind ik dat artikel 5:46 lid 3 Awb enig maatwerk niet in de weg staat. De Afdeling ziet echter geen ruimte voor toepassing van de hardheidsclausule. De door de appellante naar voren gebrachte omstandigheden zijn specifiek voor zijn situatie. Het is mijns inziens de vraag of met het evenredig verklaren van de verordening in abstracto voldoende recht wordt gedaan aan de voorliggende zaak nu door de appellante voor hem specifiek geldende omstandigheden naar voren zijn gebracht die alle, zonder inhoudelijke bespreking, als niet bijzonder worden gekwalificeerd.

De Afdeling stelt weliswaar dat de gemeente in haar verordening rekening houdt met recidive en of er al dan niet sprake is van bedrijfsmatige verhuur om de hoogte van de boete te bepalen maar de Afdeling gaat er aan voorbij dat de ernst en de stelselmatigheid van de gedraging geen plek in de verordening(en) heeft gekregen. Onder de ernst en stelselmatigheid van de gedraging past het om te kijken naar de duur en omvang van de overtreding, behaald voordeel en benadeling van derden. Stelselmatigheid kan hier mijns inziens worden opgevat als de mate van verwijtbaarheid waarin de Afdeling ook geen bijzondere omstandigheden ziet. Dit biedt ruimte voor een meer inhoudelijke toets. De Afdeling volgt de theoretische lijn die door de wetgever is aangegeven.⁸¹ In haar navolgende uitspraken wijst de Afdeling met regelmaat terug naar deze uitspraak.⁸²

⁸¹ Kamerstukken II 2003/04, nr. ?, p. 142.

⁸² O.a. ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1042, ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4704.

5.2.2.2. Nadrukkelijke uitsluiting van artikel 5:46 lid 2 Awb, uitspraak 15 juli 2015⁸³

In haar uitspraak van 15 juli 2015⁸⁴ stelt de Afdeling expliciet dat artikel 5:46 lid 2 Awb niet van toepassing is nu er sprake is van een gefixeerd boetestelsel.

"Nu de hoogte van de boetes voor overtreding van artikel 30 van de Huisvestingswet bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, is het tweede lid van artikel 5:46 van de Awb anders dan [appellant] stelt niet van toepassing. De hoogte van de boetes dient getoetst te worden aan artikel 5:46, derde lid, van de Awb, waarin is bepaald dat het bestuursorgaan, indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, niettemin een lagere bestuurlijke boete oplegt, indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is. Voor een afzonderlijke evenredigheidstoetsing op grond van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb is geen plaats. Nu [appellant] geen bijzondere omstandigheden als bedoeld in artikel 5:46, derde lid, van de Awb heeft aangevoerd, heeft de rechtbank terecht geen aanleiding gezien voor matiging van de boetebedragen."

5.2.2.3. Volledige evenredigheidstoets, een koerswijziging?, uitspraak 11 mei 2016⁸⁵

In haar uitspraak van 11 mei 2016⁸⁶ lijkt de Afdeling toch in verwarring te zijn met betrekking tot het wettelijk gefixeerde boetestelsel nu zij de verordening op grond van artikel 3:4 lid 2 Awb buiten beschouwing laat met de redenering dat de Huisvestingsverordening een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is. In dezelfde overweging (6.2.) geeft zij echter aan dat er sprake is van een algemeen verbindend voorschrift waardoor artikel 1.3. Awb niet van toepassing kan zijn. In tegenstelling tot eerdere uitspraken overweegt de Afdeling vervolgens:

"De Afdeling dient echter tevens te beoordelen of de opgelegde boete in het voorliggende geval passend en evenredig is, gelet op het punitieve karakter van het besluit en alle relevante omstandigheden van het geval."

De Afdeling matigt de boete van € 12.000 naar € 3.000. Bij het boetebedrag voor de door de appellant begane overtreding, het zonder vergunning omzetten van een zelfstandige woning, is geen onderscheid gemaakt in wel of niet bedrijfsmatige exploitatie. De Afdeling matigt de boete conform de verhouding tussen de boete voor het verhuren zonder vergunning bij bedrijfsmatige en niet bedrijfsmatige exploitatie. De financiële draagkracht wordt daarnaast meegewogen bij de bepaling van de hoogte van de boete. De Afdeling merkt op dat de verordening in zijn algemeenheid niet als onevenredig is te beschouwen. Gezien de redenering van de Afdeling lijkt zij hier te willen voorkomen dat zij de hardheidsclausule oprekt. Zij laat de verordening, weliswaar op onjuiste juridische gronden, buiten beschouwing.

⁸³ ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2200.

⁸⁴ ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2200.

⁸⁵ ABRvS 11 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1277, AB 1016/301 met annotatie van O.J.D.M.L. Jansen.

⁸⁶ ABRvS 11 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1277, AB 1016/301 met annotatie van O.J.D.M.L. Jansen.

5.2.2.4. De afdeling pakt de marginale evenredigheidstoets weer op, uitspraak 10 augustus 2016⁸⁷

Op 10 augustus 2016 pakt de afdeling weer de eerdere redeneerlijn op. Zij verwijst naar artikel 5:46 lid 3 Awb en concludeert dat er geen sprake is van bijzondere omstandigheden omdat de financiële situatie niet is onderbouwd. De uitspraak van 11 mei 2016⁸⁸ betekent dus niet dat er een nieuwe weg ingeslagen is. In zijn annotatie bij de uitspraak van 11 mei 2016 vraagt Jansen zich af of de lijn van de Afdeling met deze afspraak verlaten was. Mijn conclusie is dat dit niet het geval is. De Afdeling vindt de verordening(en) in abstracto evenredig en ziet uitsluitend ruimte om de bijzondere omstandigheid financiële draagkracht in concreto in de toets te betrekken.

5.2.2.5. De in geding gebrachte omstandigheden, diverse uitspraken

De Afdeling toetst met uitzondering van de eerder aangehaalde uitspraak op 11 mei 2016 terughoudend. Zij kijkt alleen naar bijzondere omstandigheden op grond van artikel 5:46 lid 3 Awb. De meeste in geding gebrachte omstandigheden worden als niet bijzonder afgedaan. De financiële draagkracht lijkt als enige factor een rol te spelen als bijzondere omstandigheid maar wordt doorgaans buiten beschouwing gelaten wegens onvoldoende onderbouwing.

De overtreders brengen onder andere de volgende omstandigheden in die de Afdeling classificeert als niet bijzonder:

- Vooruitlopend op de vergunning verhuurd (vergunning niet gekregen), enkele dagen na weigering vergunning was er al een inspectie waardoor de overtreding nog niet ongedaan gemaakt was;⁸⁹
- Financiële en psychische belasting door boete (de Afdeling ging hier niet in op het aannemelijk maken van de financiële en psychische omstandigheden);⁹⁰
- De overtreding werd ongedaan gemaakt;⁹¹
- De overtreding was van korte duur;⁹²
- Niet van de illegale bewoning op de hoogte zijn. De woning werd gelijk ontruimt. De Afdeling stelde dat de verhuurder de plicht had om toezicht te houden.⁹³
- Draagkracht als gevolg van onder andere bijstandsuitkering, maar financiële situatie niet inzichtelijk gemaakt.⁹⁴
- Geen financieel gewin.⁹⁵

⁸⁷ ABRvS 10 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2176.

⁸⁸ ABRvS 11 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1277, AB 1016/301 met annotatie van O.J.D.M.L. Jansen.

⁸⁹ ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:624.

⁹⁰ ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:742.

⁹¹ o.a. ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3854.

⁹² o.a. ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2199.

⁹³ ABRvS 8 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1912.

⁹⁴ o.a. ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4704.

⁹⁵ o.a. ABRvS 15 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3956.

5.2.3. Toepassing evenredigheidsfactoren door de ABRvS

Het ongedaan maken van de overtreding door uitzetting huurder, het ongedaan maken van de overtreding door alsnog vergunning te verkrijgen, de duur van de overtreding, geen financieel voordeel en de verwijtbaarheid van de overtreder worden niet als bijzondere omstandigheid meegewogen. Eenmaal is er gematigd omdat de overtreding ongedaan was gemaakt voordat de overtreder op de hoogte van de inspectie was gesteld. De huisvestingsverordening vermeldt niet of niet expliciet factoren met betrekking tot de aard en ernst van de overtreding. De genoemde omstandigheden vallen juist vaak onder deze categorie. De Afdeling heeft met betrekking tot de Hvw dus wel de ruimte om deze factoren mee te wegen in de beoordeling van de hoogte van de boete. De wetgever heeft hier immers geen rekening mee gehouden bij het vaststellen van de boete terwijl de toelichting op de wet hier wel nadrukkelijk over aangeeft dat dit aspecten zijn om mee te wegen bij het bepalen van de hoogte van de boete.⁹⁶

Van Emmerink en Saris pleiten in hun VAR-advies 152 dat de evenredigheidstoets steeds expliciet plaatsvindt waarbij de Bestuursrechter net als zijn collega in het Strafrecht steeds actief de evenredigheidsfactoren afloopt.⁹⁷ Uit de jurisprudentie over de Hvw blijkt dat de motivering van de bestuursrechter echter eerder afneemt. Kortheidshalve wordt volstaan met verwijzing naar het geding bij de Rechtbank en eerdere uitspraken van de Afdeling waarin de omstandigheden niet als bijzonder zijn beoordeeld. De Afdeling volstaat met het uitsluitend herhalen van de omstandigheden die in het geding zijn gebracht om daar direct achter te vermelden dat zij niet bijzonder zijn. De Afdeling onderbouwt niet waarom de omstandigheden niet bijzonder zijn: *"In hetgeen [appellant] heeft aangevoerd, heeft de rechtbank terecht geen grond gezien voor het oordeel dat het college aanleiding had moeten zien voor matiging van de boete als bedoeld in artikel 5:46, derde lid, van de Awb. Zoals de Afdeling eerder heeft geoordeeld is de omstandigheid dat geen geldelijk gewin is verkregen geen bijzondere omstandigheid als bedoeld in die bepaling (zie de uitspraak van 26 februari 2014 in zaak nr. 201302197/1/A3). Ook het betoog van [appellant] dat de boete onevenredig zwaar op zijn bijstandsuitkering drukt, leidt niet tot dat oordeel (vergelijk de uitspraak van 5 maart 2014 in zaak nr. 201303733/1/A3). Evenmin is het betoog van [appellant] dat de bewoners nog geen twee weken bij hem verbleven een bijzondere omstandigheid waarin het college aanleiding tot matiging van de boete had moeten zien."*⁹⁸

De evenredigheidsfactoren zoals geformuleerd door Van Emmerink en Saris spelen geen rol in de beoordeling van de evenredigheid van de hoogte van de boete bij de Hvw door de Afdeling. De Afdeling classificeert de verordening(en) in abstracto als evenredig. In concreto wordt er niet getoetst aan de door Emmerink en Saris genoemde evenredigheidsfactoren. Alleen de factor persoonlijke financiële omstandigheden wordt als bijzondere omstandigheid in de toetsing betrokken.

⁹⁶ Kamerstukken II 2007/2008, 31 556, nr. 3, p.8.

⁹⁷ Van Emmerink en Saris 2014, p. 191-193.

⁹⁸ ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4704.

Albers merkt in haar bijdrage in de VAR-reeks 152 op: *“Voor zover het de procedure bij de rechter betreft, hoeft volgens de regering alleen een lagere boete opgelegd te worden in die gevallen waarin de overtreder gemotiveerd heeft aangegeven dat de boete in het concrete geval onevenredig is en de rechter deze mening deelt. Er moeten dan door de overtreder bijzondere omstandigheden gesteld worden. Volgens de regering is dit uitgangspunt niet in strijd met het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht op ‘full jurisdiction’. Ik ben daar niet helemaal zeker van. Ik sluit niet uit dat de mogelijkheid om de boete te matigen – als deze wordt ingevuld conform de uitleg van de regering in de toelichting op artikel 5:46, derde lid, Awb – te beperkt is om te kunnen spreken van een ‘volle toetsingsbevoegdheid.’”*⁹⁹ Op basis van de onderzochte jurisprudentie ben ik van mening dat de ABRvS te marginaal toetst waardoor mijns inziens voorbij wordt gedaan aan de eis van ‘full jurisdiction’ waarop elk individu recht heeft daarom kan worden afgevraagd of de werkwijze van de Afdeling wel EVRM-proef is.

5.2.4. Conclusie jurisprudentieonderzoek Hvw

De Afdeling toetst de hoogte van de boete in concrete gevallen niet op evenredigheid. De Afdeling volgt de theoretische lijn die door de wetgever is aangegeven.¹⁰⁰ Zij ziet een omstandigheid niet snel als bijzonder. Financiële draagkracht geldt wel als bijzondere omstandigheid maar wordt vaak onvoldoende onderbouwd door de belanghebbende. De Afdeling weegt de zorgplicht en verantwoordelijkheid van de verhuurder zwaar mee. De omstandigheid van de verhuurder laat hij daarbij buiten beschouwing. Het maakt geen verschil of de overtreder een particulier is die één huis verhuurt of dat er sprake is van een exploitant die meerdere huizen verhuurt.¹⁰¹ Er is geen sprake van het oprekken van de hardheidsclausule.¹⁰² In feite toetst de Afdeling alleen in abstracto en niet in concreto waardoor er mijn inziens geen recht wordt gedaan aan de uit het EVRM voortvloeiende eis van ‘full jurisdiction’. Of de werkwijze van de ABRvS EVRM-proef is kan mijn inziens op basis van dit onderzoek betwijfeld worden. Naar mijn mening is de wijze van toetsen van het ABRvS niet EVRM-proef in de onderzochte jurisprudentie.

⁹⁹ Albers 2014, p. 34.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2003/04*, 29702, nr. 3, p. 142.

¹⁰¹ ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2853.

¹⁰² Van Emmerink en Saris 2014, p. 128.

5.3. CBb

5.3.1. Eerdere bevindingen met betrekking tot de evenredigheidstoets door het CBb

Emmerink en Saris hebben de boete-uitspraken uit de periode 1 januari 2009 tot en met 1 november 2013 over de financiële toezichtwetgeving en de Tabakswet als casestudie onderzocht.¹⁰³ Zij concluderen dat het CBb de (hoogte) van de boetes vol toetst aan het evenredigheidsbeginsel, tenminste als de wetgever niet heeft voorzien in een bepaalde omstandigheid die hij bij de bepaling van de boete reeds heeft betrokken.¹⁰⁴ In dit hoofdstuk ga ik in op de jurisprudentie met betrekking tot de hoogte van de boete bij het gefixeerd boetestelsel over de periode 2009 tot november 2016. Alvorens verslag te doen van het jurisprudentieonderzoek wordt ingegaan op de lijn van het CBb met betrekking tot in wetten vastgelegde boetebedragen voor de invoering van de vierde tranche van de Awb

5.3.2. CBb, de lijn van vóór de vierde tranche

In de toelichtende stukken wordt de uitleg van de regering van de matigingsbevoegdheid van artikel 5:46 lid 3 Awb op de uitspraak van het CBb van 29 april 2004¹⁰⁵ gebaseerd. Deze uitspraak wordt als standaarduitspraak beschouwd indien boetetarieven in een algemeen verbindend voorschrift zijn vastgelegd. In dat geval geldt de hardheidsclausule van artikel 5:46 lid 3 Awb.¹⁰⁶

Het college overwoog ondermeer: *"De onderhavige bestuurlijke boete is aan te merken als punitieve sanctie. Artikel 6 EVRM brengt mee, dat de rechter dient te toetsen of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. De omstandigheid dat artikel 48 lid 1 en 2 van de wet voorschrijven dat het bedrag van de boete wordt bepaald door de bijlage bij de wet, kan hier niet aan afdoen. Overigens – zo overweegt het college mede in reactie op hetgeen in het verweerschrift hieromtrent naar voren is gebracht – is het college van oordeel dat de wettekst – ook voor de toezichthouder zelf – niet uitsluit dat evenbedoelde evenredigheidstoets wordt voltrokken binnen het door lid 4 van art. 48d gegeven wettelijk kader. Weliswaar getuigt de toelichting op deze bepaling van een beperkte opvatting van de wetgever, waar zij toepassing van dit artikellid slechts geraden acht 'bij uitzondering in een buitengewoon individueel geval' en waar zij de bewijslast van de uitzonderlijkheid geheel bij de overtreder legt, de redactie van de bepaling zelf staat er niet aan in de weg de evenredigheid volledig te toetsen. Dit betekent dat het bestuursorgaan steeds gehouden is van de hem in artikel 48 lid 4 gegeven bevoegdheid gebruik te maken, zodra sprake is van onevenredigheid tussen de hoogte van de boete enerzijds en de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding anderzijds."*

Reeds uit deze uitspraak blijkt dat het College een andere opvatting heeft dan de Afdeling over het toetsen van de hoogte van boetes uit een wettelijk gefixeerd boetestelsel.

¹⁰³ Emmerink en Saris 2014, p. 112 - 200.

¹⁰⁴ Emmerink en Saris 2014, p. 159.

¹⁰⁵ CBb 29 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:A09910, AB 2004 met annotatie van I.C. van der Vlies.

¹⁰⁶ Jansen 2012, par. 4.4.

5.3.3. De periode 2009 tot en met 2012, geannoteerde uitspraken

5.3.3.1 Inleiding

Over de periode 2009 tot en met 2012 is het onderzoek beperkt tot geannoteerde uitspraken uit de selectie. Uit de onderzochte uitspraken blijkt dat de lijn van voor de vierde tranche wordt voortgezet door het CBb. Dit betekent dat het CBb vol toetst. De uitspraken uit deze periode worden uitgebreid besproken om zodoende goed in kaart te brengen hoe het CBb zich heeft opgesteld na de invoering van de vierde tranche.

5.3.3.2. Wet toezicht effectenverkeer, uitspraken 6 november 2009 en 12 februari 2012

Rechtbank haalt standaarduitspraak aan

In de uitspraak van 6 november 2009 komt het College met betrekking tot marktmanipulatie door ICC niet toe aan de beoordeling van de hoogte van de boete.¹⁰⁷ De kern van deze uitspraak ziet op het inzicht geven door het bestuursorgaan in verschillende door IMC gevraagde documenten. Toch is deze uitspraak in verband met de evenredigheidstoets interessant omdat uit de uitspraak blijkt dat de Rechtbank de hoogte van de boete vol heeft getoetst met verwijzing naar de uitspraak van het college van 29 april 2004.¹⁰⁸ De Rechtbank betreft de aard en ernst van de overtreding, mate van verwijtbaarheid, de financiële draagkracht van de onderneming en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. De hoogte van de boete lag vele malen hoger dan de winst die behaald was met de marktmanipulatie van aandelen Wereldhave. Ondanks dat de financiële draagkracht van IMC voldoende is vindt de Rechtbank de boete te hoog. Verder betreft zij het feit dat het om nieuwe regelgeving ging in haar oordeel. Voorts schat zij de herhaling van de overtreding laag in met het oog op wijziging van de Euroonext. Uit deze uitspraak blijkt dat de Rechtbank de evenredigheidsfactoren voor zover van belang in de toets meeneemt. Het College heeft elke verdere beslissing in deze zaak aangehouden nu zij van mening was dat de documenten wel aan IMC beschikbaar gesteld moesten worden. Pas op 22 februari wordt uitspraak gedaan over het overige in geding gebrachte.

College verhoogt boete op grond van volle evenredigheidstoets

Met de uitspraak van 22 februari 2012 van het CBb is na meer dan vijf jaar een einde gekomen aan de juridische procesvoering tussen IMC en AFM.¹⁰⁹ Nu toetst het College de hoogte van de boete ook. De IMC-zaak begon in 2006 met de oplegging van een boete van € 87.125 vanwege overtreding van het verbod van transactiemanipulatie. De Rechtbank heeft de boete gematigd naar € 20.000. Het College vindt deze matiging te hoog maar ziet wel grond voor matiging. Bij de bepaling van de boete neemt het CBb, naast de ernst van de overtreding en het genoten voordeel, twee andere punten in aanmerking. Ten eerste het door de AFM afgegeven signaal over eventuele sancties en ten tweede de redelijke termijn. Het CBb houdt rekening met het feit dat IMC telefonisch met de AFM heeft gesproken over de intensiteit van een eventuele reactie van de AFM,

¹⁰⁷ CBb 6 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK2641, JOR 2010/18 met annotatie van mr. drs. M. Nelemans, AB 2010/215 met annotatie van O.J.D.M.L. Jansen, NJB 2009, 2277, RF 2010, 14.

¹⁰⁸ CBb 29 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:A09910, AB 2004 met annotatie van I.C. van der Vlies.

¹⁰⁹ CBb 22 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV6713, JOR 2012/146 met annotatie van mr. C. Bruil en mr. dr. M. Nelemans.

waarbij de AFM meldde: "Je hoeft geen angst te hebben voor een kind met een mitrailleur." Mede om die reden acht het CbB een boete van € 50.000 "passend en geboden".

5.3.3.3. Wet toezicht kredietwezen o.a. gelijkheidsbeginsel, uitspraak 12 januari 2010

Het College toetst in haar uitspraak van 12 januari 2010¹¹⁰ in het kader van de Wet toezicht kredietwezen de evenredigheid vol. Het betreft hier het overtreden van het bemiddelingsverbod. De DNB heeft hiervoor een boete opgelegd van € 45.120. De Rechtbank matigt de boete naar € 10.000: *"Met betrekking tot de hoogte van de boete overweegt de rechtbank dat appellante ten minste enig, doch geen bovenmatig verwijt kan worden gemaakt van de overtreding, dat zij slechts korte tijd als bemiddelaar actief is geweest, dat haar bemiddelingsactiviteiten uiteindelijk slechts in twee gevallen hebben geleid tot het verkrijgen van opvorderbare gelden en dat zij uit eigen beweging met de activiteiten is gestopt."*

In het hoger beroep brengt appellant twee brieven in waaruit blijkt dat er voor dezelfde overtreding een waarschuwing en een lagere boete is gegeven. Het College beoordeelt op het gelijkheidsbeginsel maar komt tot de conclusie dat er geen sprake is van gelijke gevallen omdat appellante meer provisie heeft ontvangen dan de opgelegde boete van € 10.000. Daarnaast heeft DNB bij de door appellant aangedragen gevallen de draagkracht van de bemiddelaars meegewogen in de hoogte van de boete. Appellant heeft niet gesteld dat zij de boete niet kan dragen en om die reden is er al geen sprake van gelijke gevallen. Het College ziet geen aanleiding om de boete verder te matigen. Zij komt gezien de overweging van de Rechtbank tot de conclusie dat de door de Rechtbank vastgestelde boete evenredig is. In deze uitspraak zijn diverse evenredigheidsfactoren doorlopen. De Rechtbank neemt de evenredigheidsfactor aard en ernst van de overtreding, de duur en het behaalde voordeel in aanmerking. De factor mate van verwijtbaarheid is ook in de beschouwing meegenomen. Het College beoordeelt het gelijkheidsbeginsel op basis van de door appellante overlegde stukken. De volledige toetsing is ook terug te vinden in de uitspraak van 24 april 2012¹¹¹ inzake de Wet op het financieel toezicht.

5.3.3.4. Wet toezicht trustkantoren volledige evenredigheidstoets, uitspraak 1 september 2011

In haar uitspraak van 1 september 2011¹¹² inzake de Wet toezicht trustkantoren overweegt het College dat de onderhavige bestuurlijke boete is aan te merken als een punitieve sanctie.¹¹³ Artikel 6 EVRM brengt mee dat de rechter dient te toetsen of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. Het College ziet net als de Rechtbank geen reden om de boete te matigen: *"In het bijzonder acht het College van belang dat D zich in de periode van 2 september 2005 tot 5 september 2007 ervan bewust waren dat zij stelselmatig handelden in strijd met de Wtt en geen enkele haast hebben gemaakt hieraan een einde te maken, zelfs niet nadat zij bij brief van DNB van 24 januari 2007 werden geconfronteerd met een nader onderzoek."* Ook de hoogte van het met de overtreding behaalde

¹¹⁰ CbB 12 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3127, JOR 2010/100 met annotatie van Mr. R.A. Stegeman, RF 2010, 49, JE 2010, 195, JE 2010, 275.

¹¹¹ CbB 24 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3574, JOR 2012/220 met annotatie van mr. J.A. Voerman en mr. A.J.P. Tillema, Ondernemingsrecht 2012/86 met annotatie van Roan Lamp, RF 2012/54, JONDR 2012/1090, Rechtspraak.nl.

¹¹² CbB 1 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BS7874, AB 2011/310 met annotatie van O.J.D.M.L. Jansen.

¹¹³ CbB 1 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BS7874, AB 2011/310 met annotatie van O.J.D.M.L. Jansen.

voordeel — zelfs indien uitgegaan zou moeten worden van het door D berekende voordeel — is niet zodanig dat het zou moeten leiden tot het matigen van de opgelegde boete."

Ook uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat verschillende evenredigheidsfactoren worden nagelopen op basis waarvan het College tot zijn uitspraak om niet te matigen komt. Het CBB verlaat door de codificatie van de bestuurlijke boete in de Algemene Wet Bestuursrecht dus niet de ingeslagen weg bij de evenredigheidstoets van de hoogte van de bestuurlijke boete. Het CBB volgt de beperkte opvatting van de wetgever over de evenredigheidstoets bij gefixeerde boetes, artikel 5:46 lid 3 Awb, niet. Hetgeen Jansen ook aangeeft.¹¹⁴ In de uitspraak van 15 juni 2012¹¹⁵ over de Wet toezicht trustkantoren wordt ook volledig getoetst.

5.3.3.5. Meststoffenwet geen verschil met vrije boetestelsel, uitspraak 28 februari 2012

Op 28 februari 2012¹¹⁶ doet het CBB uitspraak inzake de Meststoffenwet. Er zijn wegens overtreding van artikel 7 en 8 van de Meststoffenwet twee bestuurlijke boetes opgelegd van in totaal € 34.439,50. Het College toetst ook hier de boete vol op evenredigheid. Albers merkt in haar annotatie op dat het verschil tussen het toetsen van boetes voortvloeiend uit een wettelijk gefixeerd boetestelsel of vrij boetestelsel door het CBB nauwelijks verschil maakt.¹¹⁷

Ook in deze uitspraak betreft het CBB verschillende evenredigheidsfactoren zoals het verkregen voordeel: *"De vraag is, gelet op de matigingsbevoegdheid als bedoeld in artikel 59 Msw (oud), of de omstandigheden van dit geval van dien aard zijn, dat zij een onverkort vasthouden aan de boetehoogte, ook bij een economisch voordeel dat beduidend geringer is dan het voordeel waarvan de wettelijke boetebedragen uitgaan, rechtvaardigen.De aard en ernst van de overtreding wordt meegewogen: Daarnaast heeft het College in zijn overwegingen betrokken dat het een eenmalige overtreding betreft en appellant direct nadat hem is gebleken dat hij in overtreding was maatregelen heeft getroffen. Dit duidt er naar het oordeel van het College niet op dat appellant stelselmatig en heimelijk zich aan de bepalingen van de Msw heeft gepoogd te onttrekken. Tot slot betreft het College de financiële omstandigheden in de afweging om te matigen. Voorts acht het College van belang dat appellant, gegeven zijn beperkte reguliere inkomen, bestaande uit een AOW-uitkering voor appellant en diens echtgenote ten bedrage van € 1.420,-- per maand, in financieel opzicht zwaar door de boetes wordt getroffen. Ten slotte heeft het College in zijn overwegingen betrokken dat blijkens het verhandelde ter zitting appellant zijn bedrijfsuitoefening nagenoeg beëindigd heeft."*

Het College matigt de boete van € 34.439,50 naar € 15.000.

¹¹⁴ CBB 1 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BS7874, AB 2011/310 met annotatie van O.J.D.M.L. Jansen.

¹¹⁵ CBB 15 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9248, JOR 2012/291 met annotatie van mr. drs. M. Van Eersel, JONDR 2012/1316.

¹¹⁶ CBB 28 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8605, JB 2012/134 met annotatie van C.L.G.F.H. Albers.

¹¹⁷ CBB 28 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8605, JB 2012/134 met annotatie van C.L.G.F.H. Albers.

5.3.4. De periode 2013-2014 in vakbladen gepubliceerde uitspraken

5.3.4.1. Inleiding

Over deze periode is de selectie op Rechtspraak.nl gedaan aan de hand van de zoektermen "bestuurlijke boete" en "evenredig". Het onderzoek over deze periode is beperkt tot in vakbladen gepubliceerde en eventueel geannoteerde uitspraken. Het beeld van de evenredigheidstoets lijkt zich ook in deze periode voort te zetten. Er zijn echter met betrekking tot de Meststoffenwet twee uitspraken gedaan waarbij de gangbare lijn van het CBb wordt doorkruist. Op deze uitspraken ga ik wat uitvoeriger in. De andere uitspraken passeren kort de revue.

5.3.4.2. Wet financiële dienstverlening verzwarende omstandigheid en gelijkheidsbeginsel, uitspraak 26 maart 2013

In haar uitspraak van 26 maart 2013¹¹⁸ inzake de Wet financiële dienstverlening betreft het College het niet meewerken aan het onderzoek als verzwarende omstandigheid. Het College ziet een vergelijking met gevallen waarbij het naastgelegen lagere tarief van € 24.000 in plaats van het tarief van € 96.000 het uitgangspunt is. De boete wordt op het bij de gelijke gevallen opgelegde bedrag van € 21.781 opgelegd maar naar € 30.000 verhoogd in verband met de verzwarende omstandigheid. De boete is hierdoor gematigd van € 50.865 naar € 30.000.

5.3.4.3. Meststoffenwet geen financieel voordeel, niet verwijtbaar, uitspraak 21 mei 2013

Het College overweegt in haar uitspraak van 21 mei 2013¹¹⁹ inzake de meststoffenwet: "A heeft niet verwijtbaar gehandeld. Hij kon niet weten dat de eigenaar van de gronden deze ook aan een ander ter beschikking had gesteld. A mocht ervan uitgaan dat hij het exclusieve gebruiksrecht had. A heeft voorts nauwelijks economisch voordeel gehad bij de beschikking over de bewuste gronden. De gronden hebben geld gekost, maar geen opbrengsten gegenereerd."

5.3.4.4. Wet op het financieel toezicht ambtshalve toetsing, uitspraak 28 november 2013

De uitspraak van 28 november 2013¹²⁰ spitst zich toe op de vraag of hier sprake van een overtreding is. De Rechtbank had in deze uitgesproken dat dit niet het geval is. Het College is echter van mening dat er wel sprake is van een overtreding in het kader van de Wet financieel toezicht. De wederpartij brengt de evenredigheid van de boete niet in geding. Toch kan in de uitspraak een overweging aangaande de evenredigheid van het College worden gevonden: "Het College acht de bij besluit 2 opgelegde boete passend en geboden en ziet geen grond om, gelet op hetgeen door [A] naar voren is gebracht, deze boete te matigen. De aan [A] opgelegde boete leidt, gelet op de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan [A] kan worden verweten en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd, tot een evenredige sanctie." Het college toetst hier, weliswaar marginaal, ambtshalve de evenredigheid.

¹¹⁸ CBb 26 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ5507, JOR 2013/172 met annotatie van mr. V.H. Affourtit, NJB 2013/830, JONDR 2013/731.

¹¹⁹ CBb 21 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA2374, JBO 2013/108 met annotatie van mr. drs. D. van der Meijden, NJB 2013/1629, Rechtspraak.nl.

¹²⁰ CBb 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260, JOR 2014/41 met annotatie van mr. F.M.A. 't Hart, JONDR 2014/295, Rechtspraak.nl.

5.3.4.5. Wet op het financieel toezicht geen concrete omstandigheden, uitspraak 28 november 2013

In haar uitspraak op 4 maart 2014¹²¹ inzake de Wet financieel toezicht gaat het College slechts kort in op de evenredigheid: *"Het College volgt appellante niet in haar betoog dat de opgelegde boetes onevenredig hoog zijn. Naar het oordeel van het College gaat het om ernstige overtredingen waarvoor een boeteoplegging tot een totaalbedrag van € 576.000,- evenredig is. Appellante heeft geen argumenten, feiten of omstandigheden aangevoerd op grond waarvan een verdere matiging gerechtvaardigd zou zijn."* De opgelegde boetes bedroegen € 144.000. AFM had dus al een ruimhartig gematigd. Daarnaast voert de belanghebbende geen concrete omstandigheden aan.

In deze uitspraak neigt het College ook naar een ambtshalve toetsing. De belanghebbende voert geen concrete omstandigheden aan. Toch beschouwt het College de opgelegde boete in het licht van de maximale boete en spreekt uit dat het AFM al ruimhartig had gematigd.

5.3.4.6. Meststoffenwet marginaal getoetst, uitspraken 28 maart 2014 en 30 april 2014

In haar uitspraak van 28 maart 2014¹²² inzake de Meststoffenwet lijkt het College aan te sluiten bij de marginale toets zoals voorzien door de wetgever: *"Gelet op artikel 5:46, derde lid, Awb wordt van het bij wettelijk voorschrift vastgestelde boetebedrag slechts afgeweken indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is het College niet gebleken."* Dit betrof een First 'offender'. Het boetebedrag was € 119.697. In de uitspraak van 30 april 2014¹²³, eveneens inzake de Meststoffenwet, wordt de zinsnede met betrekking tot artikel 5:46 lid 3 Awb herhaald. Het College weerlegt de door appellant gegeven argumenten dat de boete te hoog is echter wel. Hierbij gaat zij in op het behalen van economisch voordeel en de financiële situatie van de overtreder.

5.3.4.7. Tabakswet afweging factoren, uitspraak 11 september 2014

In haar uitspraak van 11 september 2014¹²⁴ inzake de Tabakswet gaat het College een aantal evenredigheidsfactoren af. Er is sprake van recidive, de tabaksfabrikant is een groot tabaksconcern en het contact opnemen met de NVWA leidt ook niet tot verminderde verwijtbaarheid. Deze omstandigheden leiden niet tot matiging. Het overschrijden van de redelijke termijn, ook tot aan hoger beroep, leidt uiteindelijk wel tot een nadere matiging met € 10.000.

¹²¹ CBb 4 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:67, JOR 2014/133 met annotatie van mr. T.M. Stevens, RF 2014/49, JONDR 2014/514.

¹²² CBb 28 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:124, JBO 2014/82 met annotatie van D. van der Meijden, NJB 2014/1464.

¹²³ CBb 30 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:164, JBO 2014/103 met annotatie van D. van der Meijden.

¹²⁴ CBb 11 september 2014, ECLI:NL:CBB:2012:BV8605, JB 2012/134 met annotatie van C.L.G.F.H. Albers.

5.3.5. De periode 2015-2016

5.3.5.1. Inleiding

Voor de periode 2015 – 2016 zijn de uitspraken van 1 januari 2015 tot 1 november 2016 van het College uit de selectie in het onderzoek betrokken. In de voorgaande paragrafen is steeds geconstateerd dat het college de lijn om volledig te toetsen doorzet. Tot nog toe vallen alleen twee uitspraken met betrekking tot de Meststoffenwet buiten de gangbare lijn. Interessant is om na te gaan of voor de Meststoffenwet deze andere lijn in de recente uitspraken wordt bevestigd of ontkracht. Daarom wordt in deze paragraaf nog ingegaan op een uitspraak waarin het College teruggrijpt naar de eerdere lijn van volledige toetsing. De andere jurisprudentie uit deze periode geeft geen ander beeld dan hetgeen in de voorgaande periode is geconstateerd. De draagkrachttoets lijkt echter uitgebreider plaats te vinden.

5.3.5.2. Meststoffenwet marginale of volledige toetsing, uitspraak 15 juli 2016

Op 15 juli 2016¹²⁵ doet het College uitspraak in een geschil betreffende de Meststoffenwet. Hier keert het CBb terug naar de eerdere lijn en haalt de uitspraak van 28 februari 2012¹²⁶ aan waarbij ik had gesteld dat er sprake was van een volledige toets. In de annotatie op de uitspraak van 28 februari 2012 geeft Albers zelfs aan dat hier geen verschil is met het vrije boetestelsel.

Het College overweegt: *"Zoals het College eerder heeft overwogen ((destijds in het kader van artikel 59 (oud) van de Msw; zie de eerder genoemde uitspraak van 28 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8605)) vormt voor bij wettelijk voorschrift vastgestelde boetebedragen de bepaling van artikel 5:46, derde lid, van de Awb het kader waarin de op artikel 6 EVRM gestoelde evenredigheidstoets wordt voltrokken. Binnen dat kader kan en behoort te worden beoordeeld of de ingevolge artikel 57 van de Msw voorgeschreven boete in het concrete geval evenredig is aan met name de aard en ernst van de geconstateerde overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en, zo nodig, de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan. De omstandigheden die daarbij een rol kunnen spelen, zijn die omstandigheden waarmee de wetgever niet reeds bij de vaststelling van het boetebedrag rekening heeft gehouden. Al naar gelang de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis wel of geen rekening heeft gehouden met bepaalde omstandigheden, zal – vergelijkbaar met een systeem van communicerende vaten – minder of meer ruimte bestaan voor toepassing van de matigingsbevoegdheid op grond van die omstandigheden. Op deze wijze zal in de regel recht kunnen worden gedaan aan de vereiste evenredigheid in concreto tussen de hoogte van de boete en de aard en ernst van de geconstateerde overtreding."*

In deze uitspraak rekt het College de bijzondere omstandigheden op naar hetgeen in artikel 5:46 lid 2 Awb is opgenomen. Het college toetst de evenredigheid vol en bespreekt daarbij uitgebreid de factoren die de partijen inbrengen. In deze uitspraak wordt de uitspraak van 28 februari 2012 aangehaald. Op basis van deze uitspraak lijkt het College weer terug te grijpen naar de uitgebreide toets.

¹²⁵ CBb 15 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:211, JBO 2016/239 met annotatie van mr. drs. D. van der Meijden JB 2016/197.

¹²⁶ CBb 28 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8605, JB 2012/134 met annotatie van C.L.G.F.H. Albers.

5.3.5.3. Toetsen van de draagkracht uitgebreider

In haar uitspraak van 2 september 2015¹²⁷ over de Wet financieel toezicht gaat het College uitgebreid in op de financiële draagkracht van de overtreder. De overtreder heeft in het kader van het gelijkheidsbeginsel aangegeven dat er bij een ander een boete van € 500 is opgelegd. Appellante heeft een boete van € 120.000 gekregen. De AFM geeft aan dat dit verschil aan de draagkracht van de partijen ligt. Diegene die een boete van € 500 heeft gekregen, had een draagkracht van nihil. De draagkrachtberekening voor appellante is onjuist. Het College matigt daarom de boete naar € 70.000.

In de uitspraak van 3 mei 2016¹²⁸ over de Wet financieel toezicht staat naast de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid ook de draagkracht centraal. Hier wordt uitgebreid op ingegaan door het CBb. Het College merkt op dat de belanghebbenden geen financiële gegevens hebben overlegd over hun huidige financiële situatie. Vaststond dat de financiële situatie op het moment van de uitspraak van de rechtbank positief genoeg was om de boete te dragen. Nu geen recente financiële informatie is overlegd kan het College niet ex nunc toetsen en sluit daarom aan bij de Rechtbank.

5.3.6. Toepassing evenredigheidsfactoren door het CBb

Zoals eerder beschreven onderscheiden Van Emmerink en Saris zes factoren die volgens hen steeds in de evenredigheidstoets betrokken moeten worden. Deze zes factoren zijn¹²⁹:

1. De aard en ernst van de overtreding: duur en omvang van de overtreding, behaald voordeel, benadeling van derden, recidive;
2. De mate van verwijtbaarheid: wel of geen opzet;
3. De persoon van de overtreder: natuurlijke persoon, rechtspersoon, grootte onderneming, leeftijd;
4. De persoonlijke omstandigheden van de overtreder: financiële draagkracht, medische toestand, relationele omstandigheden;
5. De omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd: het lijkt erop dat het hier om verschillende factoren kan gaan, die ook al genoemd zijn onder aard van de overtreding (zie 1) en de persoonlijke omstandigheden van de overtreder (zie 4);
6. Het gelijkheidsbeginsel en een consistente boeteoplegging.

Van Emmerink en Saris merken op dat de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd factoren bevatten die ook al onder 1 en 4 zouden kunnen vallen. Op basis van de jurisprudentie ben ik van mening dat factor 5 inderdaad overeen komt met factor 1 of 4. Uit praktisch oogpunt laat ik daarom factor 5 buiten beschouwing. Deze paragraaf bevat de analyse van de jurisprudentie van het CBb en de toepassing van de evenredigheidsfactoren. De toepassing van de evenredigheidsfactoren is in bijlage 1 schematisch weergegeven in tabellen. In de tabellen is in één

¹²⁷ CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, JOR 2015/300 met annotatie van mr. S.M.C. Nuijten, UDH:FR/12716 met annotatie van mr. drs. S.J. Hoes-Weishut, mr. H. de Rooij, mr. J. Sluijter en mr. A.E.E. Verspyck Mijnsen¹, RF 2016/4, JONDR 2015/1165.

¹²⁸ CBb 3 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:104, JOR 2016/199 met annotatie van mr. J.M. van Poelgeest.

¹²⁹ Van Emmerink en Saris 2014, p. 186.

oogopslag te zien welke factoren een rol hebben gespeeld in de beoordeling van de bestuursrechter.

In het onderzoek naar de toepassing van de evenredigheidsfactoren zijn zeven uitspraken met betrekking tot de Msw en tien over de financiële toezichtwetgeving betrokken. De vier uitspraken over overige wetgeving zijn buiten beschouwing gelaten. Alleen uitspraken waarbij er sprake is van een evenredigheidstoets zijn in de tabel opgenomen.

Uit de analyse van de uitspraken blijkt dat het CBb de door Van Emmerink en Saris gegeven evenredigheidsfactoren een enkele keer allemaal toepassen. Het is niet zo dat de bestuursrechter de factoren na het preadvies stelselmatig afloopt zoals door Van Emmerink en Saris aanbevolen in het preadvies.¹³⁰ Het CBb voert steeds een volledige evenredigheidstoets uit op de hoogte van de boete waarbij ze de door belanghebbende aangegeven argumenten betreft.

Ernst en aard van de overtreding zoals de duur van de overtreding, al dan niet benadeling van consumenten en economisch voordeel zijn steeds bij de financiële wetgeving betrokken in de afweging door het College over de hoogte van de boete inzake de financiële toezichtwetgeving. De andere factoren worden bij de financiële wetgeving betrokken indien relevant.

Bij de Meststoffenwet valt op dat het gelijkheidsbeginsel vaak als factor wordt behandeld. Dit gebeurt op inbreng van de belanghebbende. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel is in de onderzochte jurisprudentie geen één keer geslaagd. Er is net als bij de financiële wetgeving veel aandacht voor de aard en de ernst van de overtreding. Bij wel of geen opzet beoordeelt het College of er sprake is van niet stelselmatig en geen heimelijk onttrekken aan de bepalingen. Indien dit het geval is, is het CBb geneigd tot matiging.

5.3.7. Conclusie jurisprudentieonderzoek CBb

Uit de analyse van de jurisprudentie blijkt dat het CBb de hoogte van de boete volledig toetst en daarbij de van toepassing zijnde evenredigheidsfactoren bespreekt. Geconcludeerd kan worden dat het CBb haar lijn van volledige toetsing van voor de invoering van de vierde tranche Awb, verwoord in de uitspraak van 29 april 2004¹³¹ voortzet. Uit de in de uitspraken door het CBb aangehaalde overwegingen van de Rechtbank blijkt dat de Rechtbank de evenredigheid ook toetst verwijzend naar deze uitspraak van 29 april 2004¹³². De codificatie van het wettelijk gefixeerd boetestelsel en de toelichting van de wetgever dat er voor de rechter voorzien is in een marginale toets doen hier niets aan af. Opvallend zijn twee uitspraken¹³³ uit 2014 met betrekking tot de Msw waarbij het College zich lijkt te bewegen naar een meer terughoudende evenredigheidstoets. Uit de uitspraken uit de periode 2015-2016 blijkt dat het College de evenredigheid later weer volledig toetst.

¹³⁰ Van Emmerink en Saris 2014, p. 199.

¹³¹ CBb 29 april 2012, ECLI:NL:CBB:2004:A09910, AB 2004 met annotatie van I.C. van der Vlies.

¹³² CBb 29 april 2012, ECLI:NL:CBB:2004:A09910, AB 2004 met annotatie van I.C. van der Vlies.

¹³³ CBb 28 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:124, JBO 2014/82 met annotatie van D. van der Meijden, NJB 2014/1464 en CBb 30 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:164, JBO 2014/103 met annotatie van D. van der Meijden

Het College licht in haar uitspraken toe welke factoren een rol spelen en hoe zij deze beoordelen. Het College ziet regelmatig aanleiding om de boete (nader of alsnog) te matigen dan wel de boete te verhogen ten opzichte van het boetebedrag na uitspraak door de Rechtbank. De toets ziet op die factoren die in het geschil van belang zijn. Soms beperkt dit zich tot de financiële draagkracht maar indien van toepassing, rekt het College de bijzondere omstandigheden op naar aard en ernst van de overtreding, de omstandigheden waaronder de overtreding plaatsvindt en de verwijtbaarheid. Ik constateer dat het College de toets van de financiële draagkracht uitvoerig uitvoert. Zij geeft aan ex nunc te toetsen indien de belanghebbenden de huidige financiële situatie aantonen. Dit constateren Van Emmerink en Saris ook.¹³⁴

Samenvattend kan geconcludeerd worden dat uit de in het onderzoek betrokken jurisprudentie blijkt dus dat het CBb volledig toetst. Deze conclusie sluit aan bij de conclusie die Van Emmerink en Saris trokken naar aanleiding van hun casestudie naar de financiële wetgeving en de Tabakswet.¹³⁵ Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat het CBb verschillende evenredigheidsfactoren bij de evenredigheidstoets betreft. Dit in tegenstelling tot de ABRvS die uitsluitend de factor financiële draagkracht in haar afweging betreft. De andere evenredigheidsfactoren spelen geen rol bij de evenredigheidstoets uitgevoerd door de ABRvS.

¹³⁴ Van Emmerink en Saris 2015, p. 236.

¹³⁵ Emmerink en Saris 2014, p. 159.

6. Conclusie en aanbevelingen toetsing door CBb en ABRvS

6.1. Inleiding

De centrale onderzoeksvraag is "Toetsen de Afdeling van de Raad van State en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven op vergelijkbare wijze de hoogte van de boete bij wettelijk gefixeerde boetestelsels?". Op basis van jurisprudentieonderzoek moet deze vraag ontkennend beantwoord worden. De ABRvS toetst de hoogte van de boetes inzake de Hvw marginaal terwijl het CBb bij de onderzochte wetgeving, met name Msw en financiële toezichtwetgeving, vol toetst en daar diverse evenredigheidsfactoren bij betreft.

Uit de in het onderzoek betrokken jurisprudentie blijkt dat het CBb volledig toetst. Twee uitspraken¹³⁶ aangaande de meststoffenwet geven een ander beeld, maar uit latere jurisprudentie¹³⁷ blijkt dat deze uitspraken de lijn niet doorbreken. Deze conclusie sluit aan bij de conclusie die Van Emmerink en Saris trokken naar aanleiding van hun casestudie naar de financiële wetgeving en de Tabakswet.¹³⁸ Uit het jurisprudentieonderzoek naar de Huisvestingswet blijkt dat de ABRvS marginaal toetst. Uitsluitend de factor financiële draagkracht betreft zij in haar afweging over de hoogte van de boete. De Afdeling volgt de theoretische lijn die door de wetgever is aangegeven.¹³⁹ Ondanks de diverse omstandigheden die belanghebbenden naar voren brengen, ziet de afdeling geen ruimte om de hardheidsclausule op te rekken. De conclusie, dat de ABRvS marginaal toetst, sluit aan bij de bevindingen van Van Emmerink en Saris over het toetsen van de bij beleidsregel gefixeerde boete voor de Wav.

6.2. Verschillende uitgangspunten bij de toetsing

Op basis van het jurisprudentieonderzoek kan gesteld worden dat het CBb en de ABRvS verschillende uitgangspunten hanteren bij de evenredigheidstoets van de hoogte van de wettelijk gefixeerde boete. Het CBb stelt dat ondanks dat er sprake is van een gefixeerd boetesysteem de rechter op grond van artikel 6 EVRM een volledige toets moet uitvoeren. Zij stelt voorts dat: *"De omstandigheden die daarbij een rol kunnen spelen, zijn die omstandigheden waarmee de wetgever niet reeds bij de vaststelling van het boetebedrag rekening heeft gehouden. Al naar gelang de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis wel of geen rekening heeft gehouden met bepaalde omstandigheden, zal – vergelijkbaar met een systeem van communicerende vaten – minder of meer ruimte bestaan voor toepassing van de matigingsbevoegdheid op grond van die omstandigheden."*¹⁴⁰

¹³⁶ CBb 28 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:124, JBO 2014/82 met annotatie van D. van der Meijden, NJB 2014/1464 en Cbb 30 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:164, JBO 2014/103 met annotatie van D. van der Meijden.

¹³⁷ CBb 15 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2016:211, JBO 2016/239 met annotatie van mr. drs. D. van der Meijden JB 2016/197.

¹³⁸ Emmerink en Saris 2014, p. 159.

¹³⁹ *Kamerstukken II 2003/04*, p. 142.

¹⁴⁰ CBb 15 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:211, JBO 2016/239 met annotatie van mr. drs. D. van der Meijden JB 2016/197

Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat zij veel ruimte voor omstandigheden ziet bij de afweging of de hoogte van de boete evenredig is. Daarbij betreft zij verschillende evenredigheidsfactoren. Ondanks dat er sprake is van een gefixeerd boetestelsel ziet zij ruimte om ter zake doende evenredigheidsfactoren zoals aard en ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid, de persoon van de overtreder, de persoonlijke omstandigheden van de overtreder en het gelijkheidsbeginsel en een consistente boeteplegging in haar afweging te betrekken. Mijn inziens terecht, omdat een algemene regel nooit rekening kan houden met de mogelijk voorkomende individuele omstandigheden.

De ABRvS neemt de jurisprudentie van het EVRM als uitgangspunt: *“De op te leggen boetebedragen zijn bij de Huisvestingsverordening vastgesteld. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer uitspraak van 23 oktober 2013 in zaak nr. 201301126/1/A3¹⁴¹), volgt uit de arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 23 september 1998, Malige tegen Frankrijk, nr. 27812/95 en 2 juli 2002, Göktan tegen Frankrijk, nr. 33402/96 (www.echr.coe.int) dat artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden een systeem van wettelijk vastgestelde bestraffende sancties niet uitsluit en het bestuur en de bestuursrechter in beginsel van de door de wetgever gemaakte vaststelling dienen uit te gaan, mits de wettelijke bepalingen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand zijn gekomen.”*¹⁴² Zij kijkt of de wettelijke bepaling met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand is gekomen. Dit eenmaal bevestigend beantwoord te hebben, lijkt zij in het geheel geen ruimte meer te zien voor de individuele omstandigheden van het geval. Het maakt geen verschil of de overtreder een particulier is die één huis verhuurt of dat er sprake is van een exploitant die meerdere huizen verhuurd.¹⁴³ Er is geen sprake van het oprekken van de hardheidsclausule.¹⁴⁴ Ik vind dit een keuze die geen recht doet aan de beoordeling van de evenredigheid in het individuele geval. Weliswaar moet men de wet kennen maar kan dit ook worden verlangd van iemand die door omstandigheden een huis verhuurt. Indien de huurder daar een hennepkwekerij in begint, is men als verhuurder op zich al gedupeerd en wordt men wel hard gestraft als de gemeente ook nog een boete van € 16.000 oplegt wegens het onttrekken van woonruimte voor een bedrijfsmatige bestemming. Dat brengt mij bij de aanvullende vraag of de toets die de ABRvS uitvoert wel EVRM-proef is.

¹⁴¹ Dit betreft een uitspraak in het kader van de Wegenverkeerswet.

¹⁴² ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:622, AB 2014/319 met annotatie van R. Stijnen.

¹⁴³ ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2853.

¹⁴⁴ Van Emmerink en Saris 2014, p. 128.

6.3. Is de toets van het CBb en de ABRvS EVRM-proef?

De ABRvS wijst door de belanghebbende ingebrachte omstandigheden consequent af als geen bijzondere omstandigheden. Het CBb weegt de door belanghebbende ingebrachte omstandigheden juist af bij de vraag of er sprake is van een evenredige boete. Het CBb toetst hiermee in concreto. De ABRvS toetst echter alleen de boeteverordening in abstracto waardoor geen invulling wordt gegeven aan de volle toetsingsbevoegdheid. Op basis van de onderzochte jurisprudentie ben ik van mening dat de ABRvS te marginaal toetst waardoor mijns inziens voorbij wordt gedaan aan de uit het EVRM voortvloeiende eis van 'full jurisdiction' waarop elk individu recht heeft. Dit betekent dat de behandeling van de beroepszaken tegen de Hvw door de ABRvS niet EVRM-proef zijn. De wijze van toetsen van het CBb toont aan dat een gefixeerd boetestelsel an sich het recht op "full jurisdiction" niet in de weg hoeft te staan. De ABRvS zou een dergelijke werkwijze ook op de Hvw toe kunnen passen. De ernst en stelselmatigheid van de gedraging is niet in de boeteverordeningen gecodificeerd terwijl de toelichting op de Hvw deze factoren wel noemen ter bepaling van de hoogte van de boete. De door belanghebbende aangedragen omstandigheden lijken hier goed onder te kunnen worden geschaard.

6.4. Aanbevelingen

Uit mijn jurisprudentieonderzoek blijkt dat het CBb en het ABRvS de evenredigheidstoets op een verschillende wijze uitvoeren. De gekozen uitgangpunten voor de evenredigheidstoets zijn anders. De ABRvS kijkt of de wettelijke bepaling evenredig tot stand is gekomen terwijl het CBb de lijn van de strafrechter volgt bij de evenredigheidstoets van punitieve sancties, zie ook Van Emmerink en Saris¹⁴⁵. De discussie over de rechtsbescherming bij bestuurlijke boetes richt zich echter met name op het verschil tussen het bestuursrecht en het strafrecht.

Het ongevraagd advies van de Raad van State¹⁴⁶ WO2.15.0138/II bevat een analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht. De verschillen in het uitvoeren van de evenredigheidstoets tussen de verschillende hoogste bestuursrechter krijgt in dit advies geen aandacht. Albers gaat in haar bijdrage in de VAR-reeks 152 ook in op de verschillen tussen de rechtsbescherming in het strafrecht en bestuursrecht. Albers geeft aan dat de bestuursrechter de ruimte heeft om de rechtsbeschermingsprocedure bij bestraffende sancties (meer) in overeenstemming kan brengen met de strafrechtelijke sanctie. Albers¹⁴⁷ Zij werpt daarbij wel de vraag op of van deze ruimte – zonder tussenkomst van de wetgever – ook daadwerkelijk op uniforme wijze gebruik wordt gemaakt door de verschillende bestuursrechtelijke colleges. Daar de bestuurlijke boete niet meer weg te denken is als handhavingsinstrument is het aan te bevelen om naast de discussie over het verschil in rechtsbescherming in het strafrecht en het bestuursrecht oog te hebben voor een gelijkelijke rechtsbescherming door de verschillende bestuursrechtelijke colleges. Het is onwenselijk dat binnen één rechtsfamilie de invulling van de evenredigheidstoets door de rechter zo uiteen loopt.

¹⁴⁵Van Emmerink en Saris 2014, p.180 – 181

¹⁴⁶ *Stcrt.* 2015, 30280.

¹⁴⁷ Albers 2014, p. 105.

Van Emmerink en Saris bevelen aan om aan de advocaat-generaal staatraad/raadsheer bestuursrecht een conclusie te vragen over welke evenredigheidsfactoren de rechter zicht moet uitspreken. De Grote Kamer kan zich hierover dan uitspreken waarna een nadere uitwerking van de jurisprudentie door de wetgever kan plaatsvinden door codificatie van de relevante evenredigheidsfactoren, aldus Emmerink en Saris ¹⁴⁸. Mijn inziens ligt de oplossing in het verschil in de evenredigheidstoets echter niet in het codificeren van de evenredigheidsfactoren maar in het harmoniseren van de uitgangspunten van de ABRvS en het CBb. Het CBb stelt dat ondanks dat er sprake is van een gefixeerd boetesysteem de rechter op grond van artikel 6 EVRM een volledige toets moet uitvoeren. De ABRvS stelt dat bij een systeem van wettelijk vastgestelde bestraffende sancties er in beginsel van de door de wetgever gemaakte vaststelling dient uit te worden gegaan, mits de wettelijke bepalingen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand zijn gekomen.¹⁴⁹ Zij kijkt of de wettelijke bepaling met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel tot stand is gekomen. Dit eenmaal bevestigend beantwoord te hebben, lijkt zij in het geheel geen ruimte meer te zien voor de individuele omstandigheden van het geval.

Bij de advocaat-generaal staatraad/raadsheer bestuursrecht zou mijn inziens een conclusie gevraagd kunnen worden over de keuze van het te hanteren uitgangspunt. Moet er bij de afweging van de evenredigheid van de hoogte van de bestuurlijke boete sprake zijn van een volledige toets of van een abstracte toets en alleen bij bijzondere omstandigheden van een concrete toets. Ik ben van mening dat wanneer de rechter de ruimte krijgt en neemt om in de bijzondere omstandigheden van het geval gemotiveerd af te wijken van de vooraf in algemene regels verdisconteerde factoren de evenredigheidsfactoren in de jurisprudentie vanzelf vorm gaan krijgen en worden ingevuld. Een nadere afbakening van de evenredigheidsfactoren is nu al terug te vinden in de jurisprudentie van het CBb, zie ook bijlage 1.

Met Van Emmerink en Saris beveel ik aan dat de rechter de ruimte moet (blijven) nemen om in bijzondere omstandigheden van het geval gemotiveerd af te wijken van de vooraf in algemene regels verdisconteerde factoren. Maatwerk en daarmee recht doen aan evenredigheid in het individuele geval blijft geboden ('Einzelfallgerechtigkeit')¹⁵⁰. Voor het bij beleidsregels gefixeerde boetestelsel zal op grond van de uitspraak van 26 oktober 2016¹⁵¹ 'Einzelfallgerechtigkeit' een nadrukkelijke plek moeten krijgen. De toekomst zal uitwijzen of deze adagiumwijziging ook in de boeterechtspraak opvolging krijgt. Bij de ABRvS kan dat onder andere uit de jurisprudentie over de Wet Arbeidsvreemdelingen en het Arbeidstijdenbesluit blijken. De ABRvS beveel ik aan om voor een ruimere evenredigheidstoets te kiezen. De wijze van toetsen van het CBb toont aan dat een gefixeerd boetestelsel an sich het recht op "full jurisdiction" niet in de weg hoeft te staan. De ABRvS zou een dergelijke werkwijze ook kunnen toepassen. Daarmee kan ook recht worden gedaan aan de uit het EVRM voortvloeiende eis van 'full jurisdiction' waarop elk individu recht heeft.

¹⁴⁸ Van Emmerink en Saris 2014, p. 199.

¹⁴⁹ ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:622, AB 2014/319 met annotatie van R. Stijnen.

¹⁵⁰ Van Emmerink en Saris 2014, p. 200.

¹⁵¹ ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring.

7. Literatuurlijst

Addink, Duikersloot en Michiels 2002

G.H. Addink, A.P.W. Duikersloot en F.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijk beboetes in de wetgeving van Verkeer en Waterstaat*, Leiden: The document factory 2002

Albers 2014

C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014' in C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerink, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief*, Den Haag Boom Juridische uitgevers 2014, p. 7-108

Biezeveld 2006

Biezeveld, 'Het handhavingsbeleid voor de ordeningswetgeving, te veel verscheidenheid, te weinig eenheid', in F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller, *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006 p. 219-382

Boon, Brouwer en Schilder 2005

P.J. Boon, J.G. Brouwer en A.E. Schilder, *Regelgeving in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005

Bröring 2005

H.E. Bröring, *de bestuurlijke boete*, Deventer Kluwer 2005

Bröring, de Graaf e.a. 2016

H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a., *Bestuursrecht deel 1 Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2016

Bröring, den Uijl, Tollenaar, Kwakman en Keulen 2011

H.E. Bröring, M. den Uijl, A. Tollenaar, N.J.M. Kwakman en B.F. Keulen, *Referentiekader geldboetes, verslag van de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht*, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-150766.pdf> Groningen 2011

Bröring en Keulen 2016

H.E. Bröring en B.F. Keulen, *Bestraffende sancties in het strafrecht en het bestuursrecht*, <https://www.rug.nl/rechten/bestraffende-sancties-in-het-strafrecht-en-het-bestuursrecht.pdf> 2016

Bröring en Naves 2010

Bröring en Naves, Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht, in Barkhuysen en Den Ouden, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 449-467

Emmerink en Saris 2014

M.L. van Emmerink en C.M. Saris, 'Bestraffend bestuur 2014' in C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerink, C.M. Saris en F.J.P.M. Haas, *Evenredigheid bestuurlijke boete*, Den Haag Boom Juridische uitgevers, 2014 p. 109 – 200

Emmerink en Saris 2015

M.L. van Emmerink en C.M. Saris, 'Evenredige boeteoplegging in het bestuursrecht', JBplus 2015 (4)

Hees van en Laurijssens 2003

J. van Hees en I. Laurijssens, 'Voorontwerp algemene Wet bestuursrecht, Vierde tranche', AA, 2000 3, p. 150-159

Houten van 2011/2012

R.C. van Houten, *Economisch strafrecht en bestuurlijke boete*, Nijmegen Wolfpublishers 2011/2012

Huijzenveld 2002

P.J. Huijzenveld, 'voorgeschiedenis Boete bij Arbeidsinspectie, verslag minisymposium`in: G.H. Addink, A.P.W. Duikersloot en F.C.M.A. Michiels, *Bestuurlijk beboetes in de wetgeving van Verkeer en Waterstaat*, The document factory, Leiden, 2002, p. 211-215

Jansen 2012

O.J.D.M.I. Jansen, 'Bestuurlijk en justitieel bestraffen in Nederland – op zoek naar (nog) meer eenheid', in R.C. van Houten (red.), *Bestuurlijke Boetes* (Themadag KESA 2010), Arnhem, 2012

Kortmann 2012

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer Kluwer 2012

Marseille, Tolsma e.a. 2016

A.T. Marseille, H.D. Tolsma e.a., *Bestuursrecht deel 2 rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2016

Mein 2015

Arnt Mein, *De boete uit balans*, Den Haag Boom Lemma uitgevers, 2015

Melle 2015

Bram van Melle, "Onevenredig boetebeleid bij Wet arbeid vreemdelingenzaken", *Asiel & Migrantenrecht* 2015 nr. 5/6, p. 217-221

Michiels 2006

Michiels, 'Handhavingrecht en handhavingsbeleid', in F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller, *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006 p. 7-15

Michiels en Widdershoven 2006

Michiels en Widdershoven, 'Handhaving en rechtsbescherming', in F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller, *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006 p. 87-115

Olivier 2014

R. Olivier, 'Bestuurlijke boetes vol getoetst? Het evenredigheidsbeginsel en de hoogte van de boete', *Ars Aequi* 2014/20140329, p. 329-339

8. Jurisprudentie

- EHRM 8 juni 1976, NJ 1978 (Engel).
- EHRM 13 juni 1981, NJ 1982/602, par. 51. (*Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België*).
- EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 (Öztürk).
- EHRM 23 oktober 1995, Schmutz t. Oostenrijk, Series A-328A, par. 36.
- EHRM 22 november 1995, nr. 19178/97, par. 47 (*Bryan v. Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 17 december 1996, NJCM Bulletin 1997, p. 617 e.v. m.nt. M.L.W.M. (*Terra Woningen BV t. Nederland*).
- EHRM 23 september 1998, nr. 27812/95 (Malige tegen Frankrijk).
- EHRM 2 juli 2002, nr. 33402/96 (Göktan tegen Frankrijk).
- EHRM 3 juni 2003, appl. nr. 54559/00l.
- EHRM 23 november 2006, AB 2007 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerink.
- EHRM 23 NOVEMBER 2006, JUSSILA T. FINLAND, NJCM-Bulletin, jrg. 32 (2007), nr. 2 m.nt Marina den Houdijker
- EHRM 21 juli 2011, EHRC 2012/6, m.nt. A.M.L. Jansen (*Sigma Radio Television Ltd. t. Cyprus*)
- EHRM 27 september 2011, AB 2012/9, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik
- CBB 29 april 2004, ECLI:NL:CBB:2004:A09910, AB 2004 met annotatie van I.C. van der Vlies.
- CBb 6 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK2641, JOR 2010/18 met annotatie van mr. drs. M. Nelemans, AB 2010/215 met annotatie van O.J.D.M.L. Jansen, NJB 2009, 2277, RF 2010, 14.
- CBb 12 januari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3127, JOR 2010/100 met annotatie van Mr. R.A. Stegeman, RF 2010, 49, JE 2010, 195, JE 2010, 275.
- CBb 1 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BS7874, AB 2011/310 met annotatie van O.J.D.M.L. Jansen.
- CBb 1 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BS7874, AB 2011/310 met annotatie van O.J.D.M.L. Jansen.
- CBb 22 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV6713, JOR 2012/146 met annotatie van mr. C. Bruil en mr. dr. M. Nelemans.
- CBb 28 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8605, JB 2012/134 met annotatie van C.L.G.F.H. Albers.
- CBb 24 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3574, JOR 2012/220 met annotatie van mr. J.A. Voerman en mr. A.J.P. Tillema, Ondernemingsrecht 2012/86 met annotatie van Roan Lamp, RF 2012/54, JONDR 2012/1090, Rechtspraak.nl.
- CBb 29 april 2012, ECLI:NL:CBB:2004:A09910, AB 2004 met annotatie van I.C. van der Vlies.
- CBb 15 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW9248, JOR 2012/291 met annotatie van mr. drs. M. Van Eersel, JONDR 2012/1316.
- CBb 26 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ5507, JOR 2013/172 met annotatie van mr. V.H. Affourtit, NJB 2013/830, JONDR 2013/731.
- CBb 21 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA2374, JBO 2013/108 met annotatie van mr. drs. D. van der Meijden, NJB 2013/1629, Rechtspraak.nl.
- CBb 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260, JOR 2014/41 met annotatie van mr. F.M.A. 't Hart, JONDR 2014/295, Rechtspraak.nl.

CBb 4 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:67, JOR 2014/133 met annotatie van mr. T.M. Stevens, RF 2014/49, JONDR 2014/514.

CBb 28 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:124, JBO 2014/82 met annotatie van D. van der Meijden, NJB 2014/1464.

CBb 30 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:164, JBO 2014/103 met annotatie van D. van der Meijden.

CBb 11 september 2014, ECLI:NL:CBB:2012:BV8605, JB 2012/134 met annotatie van C.L.G.F.H. Albers.

CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, JOR 2015/300 met annotatie van mr. S.M.C. Nuijten, UDH:FR/12716 met annotatie van mr. drs. S.J. Hoes-Weishut, mr. H. de Rooij, mr. J. Sluijter en mr. A.E.E. Verspyck Mijnsen¹, RF 2016/4, JONDR 2015/1165.

CBb 3 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:104, JOR 2016/199 met annotatie van mr. J.M. van Poelgeest.

CBb 15 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:211, JBO 2016/239 met annotatie van mr. drs. D. van der Meijden

CBb 15 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2016:211, JBO 2016/239 met annotatie van mr. drs. D. van der Meijden

ABRvS 4 juni 1996, JB 1996/172, m.nt. E.C.H.J. van der Linden (Huisman APK).

ABRvS 11 maart 2009, AB 2009 financiële omstandigheden

ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:622, AB 2014/319 met annotatie van R. Stijnen.

ABRvS 26 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:624.

ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:742.

ABRvS 26 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1042

ABRvS 8 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1912.

ABRvS 30 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2853.

ABRvS 15 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3956.

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

ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2199.

ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2200.

ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3854.

ABRvS 11 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1277, AB 1016/301 met annotatie van O.J.D.M.L. Jansen.

ABRvS 10 augustus 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2176.

ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, AB 2016/447, m.nt. H.E. Bröring.

Rb. Rotterdam 10 maart 2011, LJN BP7350 psychische omstandigheden.

Bijlage 1: schematische weergave evenredigheidsfactoren

meststoffenwet

uitspraak	aard en ernst	wel of geen opzet	persoon overtreder	persoonlijke omstandigheden	gelijkheidsbeginsel
28 februari 2012 ECLI:NL:CBB:2012:BV8605 volle toetsing matiging boete o.g.v. evenredigheidstoets	gering economisch voordeel, voordeel veel lager dan boete	niet stelselmatig en heimelijk zich aan de bepalingen onttrekken	bedrijfsuitoefening nagenoeg beëindigd, eenmalige overtreding	financiële draagkracht gering	
21 mei 2013 ECLI:NL:CBB:2013:CA2374 volle toetsing matiging o.g.v. evenredigheidstoets		College vindt de overtreding aan de overtreder te wijten.		financiële draagkracht door belanghebbende niet onderbouwd	grondslag voor berekening van de boete is onjuist
28 maart 2014 ECLI:NL:CBB:2014:124 artikel 5:46 lid 3 wordt aangehaald marginale toets			first offender is geen bijzondere omstandigheid	financiële draagkracht door belanghebbende niet onderbouwd	n.v.t. in de verwezen zaak was sprake van geringe mate van verwijtbaarheid.
30 april 2014 ECLI:NL:CBB:2014:164 artikel 5:46 lid wordt aangehaald marginale toets	minder economisch voordeel niet onderbouwd maar ook verwijzing naar artikel 5:46 lid 3, dus in wezen geen bijzondere omstandigheid				foute berekening boetebedrag
12 december 2013 ECLI:NL:CBB:2013:335 in bezwaar al met 50% gematigd geen aanleiding voor nadere matiging	niet of nauwelijks economisch voordeel	niet volledig verwijtbaar	geen risico op herhaling		vergelijkbaar met ander niet vastgesteld
10 april 2015 ECLI:NL:CBB:2015:129 RB al gematigd. CBb matigt niet nader		verantwoordelijk voor overtreding		financiële draagkracht niet onderbouwd	
15 juli 2016 ECLI:NL:CBB:2016:211 CBb matigt met 50% naar 25.553	gering economisch voordeel	openheid van zaken gegeven niet heimelijk aan de bepalingen onttrokken	first offender		Staatssecretaris voert vergelijkbare zaak aan. College stelt niet vergelijkbaar.

Een beroep op het gelijkheidsbeginsel is in de onderzochte jurisprudentie geen enkele keer geslaagd. De financiële draagkracht wordt vaak ingebracht maar meestal onvoldoende onderbouwd. Veel aandacht is er voor de aard en ernst van de overtreding. Bij wel of geen opzet betreft het college of er

sprake is van niet stelselmatig en geen heimelijk onttrekken aan de bepalingen. Bij de factor 'persoon overtreder' speelt de vraag of er sprake is van een eerste/eenmalige overtreding en of er risico op herhaling is.

Financiële wetgeving

uitspraak	aard en ernst	wel of geen opzet	persoon overtreder	persoonlijke omstandigheden	gelijkheidsbeginsel
22 februari 2012 ECLI:NL:CBB:2012:BV6713 RB gematigd naar van 87.125 naar 20.000. CBB te grote matiging. Wel matiging t.o.v. B.O. boete 50.000	Economisch voordeel mag geringer zijn dan de boete maar moet wel in verhouding staan.				
4 maart 2014 ECLI:NL:CBB:2014:67 Boeteoplegging van € 576.000 evenredig.	Ernstige overtredingen.	Extern en interne berichtgeving is niet hetzelfde. Misleidende voorstelling van zaken over de solvabiliteit.			
26 maart 2013 ECLI:NL:CBB:2013:BZ5507 College matigt de boete conform vergelijkbare zaken maar ziet in het tegenwerken van het onderzoek een boeteverhogende factor (21.781 is vergelijkbaar door boeteverhogende factor 30.000)	consumenten zijn niet benadeeld, niet actief klanten geworven, gering aantal (4) bemiddelingen en provisie lager dan boete.	niet vaststaat dat de overtreding willen en wetens is gedaan	heeft het onderzoek tegengewerkt	financiële draagkracht niet onderbouwd	Lagere boete opgelegd in andere vergelijkbare zaken waarbij consumenten ook niet benadeeld waren. Daar geabstraheerd naar provisie.
24 april 2012 ECLI:NL:CBB:2012:BW3574 B oete primair 96.000, na bezwaar 24.000, RB 10.000 en CBB 12.000	Weinig voordeel te behalen/geen voordeel behaald.		De stelling van A dat hij met zijn e-mail van 14 juni 2007 heeft bijgedragen aan het voorkomen van een overtreding van het transactieverbod zag RB wel maar CBB geen matigingsgrond in.		
7 mei 2013 ECLI:NL:CBB:2013:CA1184 AFM heeft o.b.v. draagkracht en het feit dat er geen consumenten zijn benadeeld de boete gematigd van 96.000 tot 24.000. College ziet geen gronden voor verdere matiging.	Geen consumenten benadeeld door AFM meegenomen. College erkent dat obv betoog overtreder sprake is van verminderde ernst maar al fors gematigd. Geen verdere matiging.	geen intentie toezichtwetgeving te ontduiken door AFM meegenomen. College erkent verminderde ernst maar gezien matiging door AFM geen nadere matiging.		financiële draagkracht reeds in matiging door AFM verwerkt	

uitspraak	aard en ernst	wel of geen opzet	persoon overtreder	persoonlijke omstandigheden	gelijkheidsbeginsel
2 september 2015 ECLI:NL:CBB:2015:312 matiging van 120.000 naar 75.000 o.b.v. draagkracht	Onderstreept de beslissing RB aangaande ernst overtreding. Recidive		Sprake van feitelijk leidinggeven	financiële draagkracht AFM alleen rekening gehouden met vaste lasten en niet met uitgaven zoals eten en kleding. Dit is de grond waarop college matigt naar 75.000	vergelijking met andere die echter een draagkracht van nihil had maar toch de minimale boete van 500 kreeg opgelegd. Draagkracht van overtreder is ruimer.
3 mei 2009 ECLI:NL:CBB:2016:104 RB matigt niet. College ziet ook geen grond voor matiging.	Duur van de overtreding door AFM juist bepaald. Het is voor rekening van de overtreder dat zij de overtreding voortzetten na uitspraak voorzieningenrechter. Consumenten kosten in rekening gebracht.	AFM niet volledig geïnformeerd door overtreder.		financiële draagkracht niet onderbouwd. Ex nunc niet mogelijk omdat geen gegevens verstrekt.	
12 januari 2001 ECLI:NL:CBB:2010:BL3127 DNB 45.120, RB 10.000 College bevestigt uitspraak RB	RB: 2 succesvolle bemiddelingen	RB: geen bovenmatig verwijt	RB: korte tijd als bemiddelaar actief. RB: uit eigen beweging gestopt	financiële draagkracht niet onderbouwd	Gelijkheidsbeginsel wordt in hoger beroep ingebracht. Geen gelijke gevallen.
1 september 2011 ECLI:NL:CBB:2011:BS7874 DNB boete van 87.125, RB verklaart beroep belanghebbende ongegrond en CBb bevestigt deze uitspraak.	Duur overtreding 2 jaar. Geen haast overtreding stoppen ook niet na brief DNB. Behaalde voordeel geeft geen aanleiding tot matiging.	Bewust handelen en stelselmatig handelen in strijd met de Wtt.			
15 juni 2016 ECLI:NL:CBB:2012:BW9248 DNB boete van 87.125, RB verklaart beroep belanghebbende ongegrond en CBb bevestigt deze uitspraak.	Lange duur overtreding. Ruim 105.000 met niet toegestane dienstverlening.	ernstig verwijtbaar heeft gehandeld aangezien zij vier jaar en drie maanden haar trustdiensten heeft voortgezet, terwijl zij wist dat dat niet was toegestaan			

Aard en ernst van de overtreding worden door het College steeds in de evenredigheidstoets betrokken. De andere factoren worden in de toets betrokken indien relevant