

Zelfkritisch op boetebesluiten

Author(s)

Mein, A.G.

DOI

[10.5553/TBSenH/229567002023009001001](https://doi.org/10.5553/TBSenH/229567002023009001001)

Publication date

2023

Document Version

Final published version

Published in

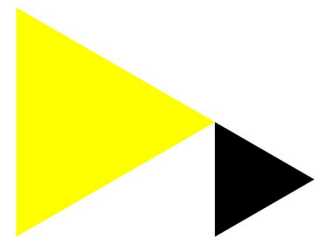
Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Mein, A. G. (2023). Zelfkritisch op boetebesluiten. *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving*, 2023(1).

<https://doi.org/10.5553/TBSenH/229567002023009001001>

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please contact the library: <https://www.amsterdamuas.com/library/contact/questions>, or send a letter to: University Library (Library of the University of Amsterdam and Amsterdam University of Applied Sciences), Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Zelfkritisch op boetebesluiten

Mr. dr. A.G. Mein*

Op vrijdag 21 oktober 2022 woonde ik als trotse vader in de Utrechtse Janskerk de diploma-uitreiking bij van mijn jongste zoon. Hij kreeg zijn bachelor-diploma rechtsgeleerdheid uitgereikt en werd voor die gelegenheid toegesproken door (onder meer) sanctierecht-advocaat Oscar Pluimer, alumnus van de Universiteit Utrecht. Ondanks het feestelijke karakter van de bijeenkomst, hield Pluimer ons een tamelijk somber beeld voor. Aan de hand van indringende voorbeelden uit de rechtspraktijk betoogde hij dat aan de instrumentele functie van het strafrecht vaak meer gewicht wordt toegekend dan aan de waarborgfunctie. Geheel in de traditie van de Utrechtse school, brak hij een lans voor de waarborgfunctie van het recht. Hij sloot af met een oproep aan de studenten in hun latere werkzame leven een scherp oog te houden voor evenwichtige balans tussen die functies.

Deze boodschap sprak mij aan, niet alleen omdat ik alumnus ben van diezelfde universiteit (en hetzelfde instituut), maar ook omdat ik kind ben van de jaren zeventig. In het bijzonder sprak zijn boodschap mij aan omdat daarin de vraag resoneerde naar het rechtskarakter van het strafrecht, zoals in 1972 gesteld door Peters, ter gelegenheid van de aanvaarding van zijn ambt als hoogleeraar straf(proces)recht en criminologie aan de Universiteit Utrecht.¹ Voor Peters was het antwoord duidelijk: het ware karakter van het strafrecht is gelegen in de beschermende functie, die in zijn ogen tegenwicht moeten bieden aan de ordeningsfunctie van het strafrecht.

* Mr. dr. A.G. Mein is lector Legal Management bij het kenniscentrum Maatschappij en Recht van de Hogeschool van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

1 A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Universiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 1972.

Versterking van de rechtsbescherming in het bestuursrecht

De spanning tussen de instrumentele functie en de waarborgfunctie van het recht is nog immer actueel. Ook in de praktijk van het bestuursrecht, dat ik tegenwoordig bestudeer. Dat is een van oudsher tamelijk formalistisch en instrumenteel rechtsgebied.² Echter, recent heeft de hoogste algemene bestuursrechter de eerdergenoemde balans binnen dit rechtsgebied meer in evenwicht gebracht.

Zo biedt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de bestuursrechter tegenwoordig meer ruimte om (discretionaire, niet-bestrafende) overheidsbesluiten indringender te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel.³ Kort gezegd gaat het bij de beoordeling van een overheidsbesluit in het licht van het evenredigheidbeginsel voortaan niet meer om de vraag of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen (de zgn. willekeurstoetsing), maar om het voorkomen van de onnodig nadelige gevolgen van het besluit. Om de evenredigheid te bepalen spelen de geschiktheid, noodzaak en evenwichtigheid van het be-

2 L. van den Berge, 'Bestuursrecht na de toeslagenaffaire: hoe nu verder?', *Ars Aequi*, 2021/11, p. 987-995; H. Wilmink, 'Regels zijn de oppervlakkige uitdrukking van de wens tot rechtvaardigheid. Over het juridisch besef van rechters en ambtenaren. Interview met Lukas van den Berge', in: Th. Jansen e.a. (red.), *Het recht op ambtelijk vakmanschap*, Stichting Beroeps-eer 2022, p. 75-82. Zie ook R. Ortlep, 'Wat behoort de rechter naar beste vermogen te doen?' in: R. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 3-30.

3 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten. Aan deze uitspraak ging een veelbesproken conclusie vooraf van staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, JOM 2021/299.

sluit een rol. Het gaat dan om drie stappen die (min of meer) moeten worden afgelopen in het kader van eerdergenoemde toetsing van het overheidsbesluit (ook wel genoemd de drietrapstoetsing). De wijze waarop en de mate waarin dit gebeurt, zijn evenwel afhankelijk van het geval. Daarbij spelen volgens de Afdeling de volgende oriëntatiepunten een rol: de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen en de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin fundamentele rechten worden aangetast. Deze factoren bepalen in concreto de zwaarte van de toetsing.

Deze uitspraak kan worden beschouwd als een omslag in het denken over de verhouding tussen de rechtsprekende en de uitvoerende macht in het kader van de trias politica.⁴ De rechter wordt immers meer ruimte geboden voor een kritische toetsing van overheidsbesluiten, waar diens opstelling traditioneel afstandelijk en terughoudend was, gelet op de scheiding der staatsmachten. Of de rechter die ruimte ook echt gaat nemen moet nog worden gezien,⁵ maar de basis is gelegd.

De maatschappelijke context: de responsieve rechtsstaat

Waar komt deze omslag vandaan? Dat vind ik een intrigerende vraag. Hoe kan die verandering worden verklaard? In de literatuur wijzen Raad van State-*watchers* erop dat deze ontwikkeling zich al wel aftekende in de jurisprudentie.⁶ Zo wijst Bröring op de toenemende doorwerking van het Europees recht, in het bijzonder het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel en de jurisprudentie van het EHRM over de beperking van fundamentele rechten.⁷ Als een kantelpunt in het denken wordt wel het preadvies gezien van Hirsch Ballin voor de VAR uit 2015.⁸ Daarin pleit hij voor een kritischer toetsing van ingrijpende overheidsbesluiten door de rechter, omdat de positie van de uitvoerende macht sterk is ver-

anderd als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen. Zo is de rol van de overheid bij de uitvoering van regelgeving steeds meer op afstand van de wetgever, procesmatig en regulerend, waardoor de traditionele terughoudendheid van de rechter in zijn ogen minder is gerechtvaardigd.

Dé katalysator is natuurlijk de recente kinderopvangtoeslagaffaire. In het kader van de uitvoering van deze regeling kwamen veel burgers ernstig in de knel. Dat nooit meer. Een kritischer toetsing aan het evenredigheidsbeginsel moet voortaan tegenwicht bieden aan (dwingende) overheidsbesluitvorming die hardvochtig uitpakt. In de nasleep van de kinderopvangtoeslagaffaire klonk de roep om maatwerk: het in schrijnende gevallen kunnen afwijken van strikte wettelijke voorschriften, met het oog op het belang van de burger.⁹ Het kabinet is dan ook aan de slag gegaan met het versterken van de waarborgfunctie van de Algemene wet bestuursrecht: 'een meer mensgerichte Awb'.¹⁰

In het verlengde van deze ontwikkelingen ben ik op basis van mijn eigen ervaring geneigd een oorzaak te zoeken in het toenemend gebruik van bestuursrechtelijke bevoegdheden bij de aanpak van criminaliteit en ondermijning. Immers, de bestuurlijk-preventieve aanpak is een belangrijk onderdeel geworden van de integrale aanpak van onveiligheid en criminaliteit. Zo wordt in dit kader door burgemeesters actief gebruik gemaakt van bevoegdheden tot preventief fouilleren, afsluiting van gebieden en woningsluiting.¹¹ Hier zijn vaak, zoals Bröring signaleerde, fundamentele rechten in het geding. De vraag is of deze besluiten niet te overhaast worden ingezet en te modelmatig worden opgesteld, waardoor onvoldoende maatwerk wordt geleverd.¹² In mijn ogen moest dit op een gegeven moment wel leiden tot een soort terugslag, in de vorm van een kritischer rechterlijke toetsing van dit type besluiten.¹³ In mijn ogen wordt het bestuursrecht op dit terrein te gemakzuchtig ingezet als alternatieve handhavingsstrategie, een *work-around*, voor het strafrecht.¹⁴

4 K.J. de Graaf & A.T. Marseille, 'Exit willekeurstoets. Bestuursrechtelijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel na 2-2-'22', *Ars Aequi* 2022/4, p. 306-314.

5 Zie o.a. De Graaf & Marseille 2022 en A.J. Boorsma, M. Koppenol & M. Feenstra, 'Kroniek Toezicht en Handhaving', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2022/6, p. 148-157. Een tipje van de sluier licht F.M.A. van der Loo op in 'Evenredigheidsbeginsel in stroomversnelling (deel II)', *Tijdschrift voor Praktisch Bestuursrecht* 2022/7-98, p. 4-23.

6 O.a. Ortlep 2021; De Graaf & Marseille 2022; R. Stijnen, 'Damocles en de herijking van het evenredigheidsbeginsel', *Gst* 2022/7537, p. 146-152 en C. de Rond, 'Een indringende evenredigheidstoets bij bestuurlijke maatregelen - what's new?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2022/1, p. 44-49. Ook in het jaarverslag van de Raad van State over 2015 wordt hiervan gewag gemaakt, p. 65-67.

7 H.E. Bröring, 'Het evenredigheidsbeginsel als gedragsnorm voor het overheidsbestuur', *Ars Aequi* 2022/10, p. 755-765. Zie ook Widdershoven & Wattel 2021.

8 E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: E.M.H. Hirsch Ballin, R. Ortlep & A. Tollenaar, *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-58. Zie ook: L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (diss. UU), Den Haag: Boom juridisch 2016.

9 O.a. R. Ortlep, 2021; O. Brinkman & G. Vonk, 'De menselijke maat', *S&D* 2022/2, p. 28-40 en A.G. Mein, 'Maatwerk als vakmanschap. Over het moreel kompas van juridische professionals bij het zoeken naar aanknopingspunten voor maatwerk', in: Th. Jansen & H. Wilmink (red.), *Het recht op ambtelijk vakmanschap*, Stichting Beroepseer 2022, p. 201-207.

10 Kabinetsbrief 11 juli 2021, *Kamerstukken II*, 2021/22, 35510, nr. 102.

11 Vgl. H.J.B. Sackers, *Herder, hoeder en handhaver. De burgemeester en het bestuurlijk sanctierecht* (oratie Nijmegen), Nijmegen 2010 en A.G. Mein, 'Uitbreiding bevoegdheden ter handhaving van de openbare orde en veiligheid. Een versterking of verzwakking van de positie van de burgemeester?', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2010/3, p. 34-44.

12 Vgl. L.M. Bruijn & M. Vols, *Onderzoek artikel 13b Opiumwet*, Rijksuniversiteit Groningen/COOV, Den Haag: WODC 2021.

13 Voor de goede orde: het gaat hier om niet-bestaaffende bestuurlijke sancties, bestaaffende sancties (bestuurlijke boetes) werden al langer indringend getoetst door de rechter. Zie ook T. Barkhuysen & M. van Emmerik, 'Rechterlijke toetsing op evenredigheid van in wetten of beleidsregels gefixeerde bestaaffende bestuurlijke sancties: (alleen) het laatste woord is aan de bestuursrechter', in: R. Schutgens 2021, p. 265-282.

14 Deze ontwikkeling beschrijf ik gedetailleerder in mijn proefschrift: A.G. Mein, *De boete uit balans. Het gebruik van de bestuurlijke boete in de praktijk van het financieel toezicht* (diss. EUR), Den Haag: Boom Lemma 2015.

Wat zou dit kunnen betekenen voor boetebesluiten?

Eerdergenoemd herstelwerk aan de balans binnen het bestuursrecht heeft primair betrekking op niet-bestrafende besluiten. Maar zou deze lijn niet kunnen worden doorgetrokken naar bestraffende besluiten, opgelegd bijvoorbeeld door de financieel-economische toezichthouders? Hoe kom ik hierop? Ik meende namelijk in het geval van de bestuurlijke boete van financieel toezichthouders een lacune in de rechtsbescherming te bespeuren. Ik licht dat als volgt toe.

De besluitvorming over het opleggen van een bestuurlijke boete kan worden gezien als een tweetrapsraket, zo leerde mijn analyse van de boetebesluiten van de financieel toezichthouders destijds.¹⁵ De eerste trap bestaat uit een onderbouwing van het opleggen van de boete als zodanig, de tweede trap uit een onderbouwing van de hoogte ervan. Het viel me op dat de onderbouwing van de eerste trap veel minder rijk was dan die van de tweede. De meest in het oog springende factoren die bij de belangenafweging worden betrokken waren de ernst, verwijtbaarheid en draagkracht. Echter, in de eerste trap bleek de ernst van de overtreding vrij gemakkelijk de doorslag te geven. Die is immers verdisconteerd in het wettelijke boetetariefstelsel. De verwijtbaarheid, althans het ontbreken daarvan, bleek de balans zelden te doen terugslaan. Ondertoezichtgestelden in het financieel domein worden immers geacht de wet te kennen. Al met al een betrekkelijk mechanische afweging: als de overtreding eenmaal kan worden vastgesteld, volgt bijna vanzelf een boete. De opportuniteit, meer in het bijzonder de geschiktheid en noodzaak, van het opleggen van de boete in het concrete geval leek nauwelijks relevant. Heel anders was dit beeld in de tweede trap van de raket. Daar bleek de proportionaliteit veel nadrukkelijker een rol te spelen, in het licht van jurisprudentie over het evenredigheidsbeginsel.

Deze praktijk riep bij mij dan ook het beeld op van een radio, waarbij het besluit om een boete op te leggen kan worden vergeleken met de aan-uitknop en het bepalen van de hoogte met de volumeknop, waarmee de boete op een 'draaglijk' niveau kan worden afgestemd. Dit bracht mij tot een pleidooi voor meer transparantie over de belangenafweging bij hoge boetes voor ernstige overtredingen, door een verrijking van de belangenafweging. En voor meer tegenkracht door de rechter, door een kritischer toetsing dan voorheen van het besluit om een boete op te leggen (de eerste trap van de raket). Ik vond (en vind) dat te rechtvaardigen, gelet op de schijnbaar mechanische belangenafweging op basis van complexe regelgeving met veel open normen. Normen die nader worden ingevuld door hooggespecialiseerde toezichthouders die op afstand staan van de wetgever. Indachtig Hirsch Ballin schreeuwt dat om tegenwicht. Dit zou

moeten leiden tot beter controleerbare en beter aanvaardbare boetebesluiten, wat weer bijdraagt aan een rechtvaardiger financieel toezicht.

De recente jurisprudentie van de Afdeling vat ik op als een sterke aanmoediging in die richting.¹⁶ Dat wil zeggen, een aanmoediging tot een kritischer toetsing door de rechter van het boetebesluit als zodanig en, anticiperend daarop, een verrijking van de belangenafweging door de financieel toezichthouder.¹⁷ Zo zou de financieel toezichthouder nadrukkelijker stil kunnen staan bij de opportuniteit van het opleggen van de boete: is die in dit geval geschikt, noodzakelijk en proportioneel?

Deze vorm van 'zelfkritiek' door de financieel toezichthouders zou de waarborgfunctie van het recht weer in balans kunnen brengen met de instrumentele functie. Want dat was de boodschap aan ons juristen in de Utrechtse Janskerk, een evenwichtige balans bij de toepassing van het recht.

¹⁵ Mein 2015.

¹⁶ Ik voel me hierin gesterkt door eerdere suggesties in die richting van Bert Marseille en Carola de Rond. A.T. Marseille, 'Besluitvorming over sancties door de bestuursrechter en de strafrechter', *Ars Aequi* 2021/11, p. 1029-1-34 en C. de Rond 2022.

¹⁷ Bröring ziet het evenredigheidsbeginsel in dit verband als een gedragsnorm voor het bestuur (i.p.v. een toetsingsnorm) om bij besluiten hoge (juridische) kwaliteit te leveren, zie Bröring 2022.