

Het schorsen van Wav-boetebesluiten

Met € 8.000 per illegaal tewerkgestelde vreemdeling kan de Wav-boete flink in de papieren lopen. De voorzieningenrechter kan de tenuitvoerlegging schorsen tot de rechter zich erover heeft uitgesproken. Maar dan moet het water wel tot aan de lippen staan, stellen Sander Groen en Marq Wijngaarden op basis van de jurisprudentie vast. Ze zien kansen voor ruimhartiger schorsen in het Unierecht.

Op 1 januari 2005 is de ‘Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen’ in werking getreden waarmee bestuursrechtelijke handhaving en het opleggen van bestuurlijke boetes bij overtreding van de Wav is neergelegd.¹ Het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, Wav bedraagt € 8.000 voor een rechtspersoon en € 4.000 voor een natuurlijk persoon. Dat is het boetebedrag per illegaal tewerkgestelde vreemdeling. Door de cumulatiebepaling van artikel 19a, tweede lid, Wav kan de hoogte van de boete behoorlijk oplopen.²

De verplichting tot het betalen van de boete ontstaat na het opleggen van een boetebeschikking, nog vóór een rechter zich over de schuldvraag en omvang van de boete heeft uitgelaten. Omdat het vaak om aanzienlijke bedragen gaat, wordt de voorzieningenrechter regelmatig verzocht om Wav-boetes te schorsen. Van die mogelijkheid maakt de voorzieningenrechter in de praktijk weinig gebruik. Indien de rechter tot het schorsen

overgaat, is dat in de meeste gevallen omdat de beboete (rechts) persoon door de verplichting tot het betalen van de Wav-boete in een financiële noodsituatie dreigt te geraken. In dit artikel zullen wij de verschillende gronden bespreken, die in de jurisprudentie leiden tot het schorsen van Wav-boete beschikkingen.³ Hiermee hopen we meer duidelijkheid te scheppen over dit specifieke onderwerp, en over de vraag aan welke eisen een verzoek moet voldoen wil dit enige kans van slagen hebben.

In het eerste hoofdstuk zal worden ingegaan op de achtergrond waartegen de bestuurlijke boete in de Wet arbeid vreemdelingen is ingevoerd.

Vervolgens zal in hoofdstuk 2 het bestuursrechtelijk kader voor het schorsen van de Wav-boete beschikkingen worden besproken. Het Unierecht is ook van toepassing in Wav-boetezaken, zeker bij grensoverschrijdende dienstverlening maar op grond van de Sanctierichtlijn wellicht in alle Wav-boetezaken. Daarom worden ook de Unierechtelijke aspecten besproken. In het derde hoofdstuk wordt ingegaan op de jurisprudentie. We zullen afsluiten met een conclusie.

1 Stb. 2004, 705 d.d. 29 december 2005 en de rectificatie van 29 maart 2006.

2 TK 1993-1994, 29523, nr. 3 p. 17. De wetgever heeft uitdrukkelijk een cumulatie van beboetbare feiten gewild (TK 2003-2004, 29523, nr. 6, p. 7). Het is vaste jurisprudentie van de ABRvS dat deze cumulatiebepaling geen reden is om bij hoge boetes tot matiging te besluiten (ABRvS 12 maart 2008, 200705380/1).

3 Voor dit artikel is de jurisprudentie onderzocht in de periode 1 januari 2005 tot 1 augustus 2012, die is gepubliceerd op www.rechtspraak.nl en www.raadvanstate.nl als mede enkele niet gepubliceerde uitspraken.

1 Achtergrond

1.1 Het 'lik-op-stuk' beleid

De doelstelling van de invoering van de bestuurlijke boete in de Wet arbeid vreemdelingen was het bestrijden van illegale tewerkstelling van vreemdelingen door middel van een 'lik-op-stuk' beleid,⁴ en de daaruit, volgens het kabinet, voortvloeiende preventieve werking.⁵ Artikel 6:16 Awb geeft de hoofdregel dat het instellen van bezwaar of beroep geen schorsende werking heeft. De doorslaggevende overweging voor deze keuze is de effectiviteit van de straf geweest: het gewenste lik-op-stuk

voorzieningenrechter niet alleen de rechtmatigheid, maar ook de redelijkheid van de beschikking zal toetsen.¹¹

Uit de Kamerstukken die handelen over de Wet arbeid vreemdelingen volgt dat uitsluitend is stilgestaan bij het mogelijke schorsen van de betalingsverplichting indien aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van een financiële noodsituatie.¹²

Met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb op 1 juli 2009 is de bestuurlijke boete in de Awb geregeld. Een aantal artikelen in de Wav over de bestuurlijke boete is daarbij ko-

Het lik-op-stuk beleid zou volgens het kabinet ernstig worden gefrustreerd als onmiddellijke tenuitvoerlegging van een opgelegde boete niet zou worden gerealiseerd.

beleid zou volgens het kabinet ernstig worden gefrustreerd als onmiddellijke tenuitvoerlegging van een opgelegde boete niet zou kunnen worden gerealiseerd.⁶

De wetgever heeft bij het onthouden van schorsende werking verder van belang geacht dat de beboete (rechts)persoon de door hem betaalde bestuurlijke boete, vermeerderd met de wettelijke rente, terugkrijgt, indien hangende bezwaar of beroep blijkt dat een boete ten onrechte is opgelegd.⁷ Het ging volgens de wetgever bij de boete per definitie om een sanctie van financiële aard, die achteraf volledig kan worden teruggedraaid.⁸

Hierbij komt natuurlijk meteen de vraag op wat de mogelijkheden zijn voor ondernemingen of natuurlijke personen die als gevolg van de betalingsverplichting op grond van de boetebeschikking in financiële problemen (stellen te) komen. De toenmalige staatssecretaris heeft hier wel bij stilgestaan, en er op gewezen dat een belanghebbende altijd de mogelijkheid heeft om hangende bezwaar of beroep te vragen om een voorlopige voorziening.⁹ Mogelijke liquiditeitsproblemen van een beboete partij zag de wetgever als een grond voor het treffen van een voorlopige voorziening.¹⁰ Daarbij werd nog opgemerkt dat de

men te vervallen.¹³ Ook voor de bestuurlijke boete in de vierde Tranche Awb blijft de hoofdregel van artikel 6:16 Awb gelden, dat aan bezwaar en beroep geen schorsende werking toekomt. De wetgever heeft dit gewild met het oog op de slagvaardigheid van de handhaving waarbij schorsende werking in bezwaar en beroep soms minder is gewenst.¹⁴ De bevoegdheid tot onmiddellijke executie moet volgens de wetgever wel binnen redelijke grenzen worden toegepast, waarbij een redelijke evenwicht tussen alle betrokken belangen in acht moet worden genomen.¹⁵ In specifieke gevallen kan aanleiding bestaan om van de hoofdregel af te wijken. Een reden voor schorsende werking kan zijn dat de opgelegde boetes zeer hoog zijn en het direct invorderen voor de overtreder tot onevenredige financiële lasten zou leiden.¹⁶

1.2 Onschuldpresumptie

Bij de totstandkoming van de Wav is ook aandacht geweest voor de onschuldpresumptie. Een door de overheid opgelegde boete is immers een punitieve sanctie, waarop artikel 6 EVRM en dus ook de in het tweede lid opgenomen onschuldpresumptie van belang is: 'Een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt voor onschuldig gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.'

Sinds de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest),¹⁷ op 1 december 2009, maakt de onschuldpresumptie ook deel uit van het Unierecht.¹⁸

4 TK 2003-2004, 29523, nr. 3, p. 7-8; TK 2003-2004, 29523, nr. 6, p. 6. De staatssecretaris merkt in zijn brief van 18 juni 2004 aan de Tweede Kamer nog op dat een element van de afschrikwekkende werking van de bestuurlijke boete is het lik-op-stuk-beleid en een zo vlot mogelijke afhandeling van de overtredingen (TK 2003-2004, 29523, nr. 13, p. 3).

5 TK 2003-2004, 29523, nr. 3, p. 10. Voor het kabinet is de bestuurlijke boete een belangrijk instrument om het voor werkgevers onaantrekkelijk te maken om illegale werknemers in dienst te nemen. De effectiviteit hiervan hangt volgens het Kabinet niet alleen af van de hoogte van de boete, maar vooral om de combinatie van de hoogte van de boete en de pakkans. Beide gaan sterk omhoog, zodat volgens het Kabinet een sterk afschrikwekkend effect van de bestuurlijke boete uitgaat (TK 2003-2004, 29523, nr. 13, p. 2 en TK 2003-2004, 29523, nr. 6, p. 8).

6 TK 2003-2004, 29523, nr. 3, p. 19.

7 TK 2003-2004, 29523, nr. 3, p. 8; TK 2003-2004, 29523, nr. 6, p. 6.

8 TK 2003-2004, 29523, nr. 3, p. 19. Dit brengt volgens de Hoge Raad ook met zich, dat ook de door de minister, of door de minister ingeschakelde incassobureaus in rekening gebrachte en voldane kosten van invordering moeten worden terugbetaald en dat die kosten, voor zover nog niet voldaan, niet langer verschuldigd zijn indien is vastgesteld dat de boete ten onrechte is opgelegd, HR 9 maart 2012, LJN:BV0471.

9 TK 2003-2004, 29523, nr. 3, p. 8; TK 2003-2004, 29523, nr. 6, p. 6.

10 TK 2003-2004, 29523, nr. 6, p. 6.

11 TK 2003-2004, 29523 nr 6, p. 6.

12 TK 2003-2004, 29523, nr. 6, p. 5-6; TK 2003-2004, 29523, nr. 5, p. 4; TK 2003-2004, 29523, nr. 3, p. 10.

13 Vervallen per 1 juli 2009 zijn de artikelen 18a, 19e, 19h, 19i, 19j Wav, (zie: Stb. 2009, 265).

14 TK 2003-2004, 29702, nr. 3, p. 135.

15 TK 2003-2004, 29702, nr. 3, p. 135.

16 TK 2003-2004, 29702, nr. 3, p. 135. In de Aanpassingswet vierde Tranche Awb heeft de wetgever gemeend dat in de Telecommunicatiewet, Electriciteitswet 1998, Gaswet en Mededingingswet gelet op het ingrijpende karakter van de sanctiebeschikkingen aan bezwaar en beroep schorsende werking wordt verleend, omdat het om zeer grote boetebedragen kan gaan (TK 2006-2007, 31124, nr. 3, p. 54, 55, 58, 61 en 62). Boetemaxima van € 450.000 golden ten tijde van inwerkingtreding vierde Tranche Awb voor de genoemde wetten.

17 PB 2010, C-83/389, 30 maart 2010.

18 Artikel 48 Handvest. Beide bepalingen hebben dezelfde strekking, zie toelichting op dit artikel en art. 53.

Ten tijde van de parlementaire behandeling van de wijziging van de Wav in verband met de invoering van de bestuursrechtelijke handhaving¹⁹ en de vierde Tranche Algemene Wet Bestuursrecht²⁰ was het Handvest nog niet in werking getreden. Wel werd uitvoerig aandacht besteed aan de vraag hoe de onmiddellijke executie van de bestuursrechtelijke boete zich verhield tot de onschuldpresumptie. In de MvT bij de wijziging van de Wav²¹ stelde toenmalig staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Mark Rutte dat de onschuldpresumptie zich niet verzet tegen een bestraffing in de bestuurlijke fase van eenvoudig vast te stellen feiten, waaraan geen beoordeling van opzet of schuld te pas komt, zolang degene die de boete krijgt opgelegd de mogelijkheid heeft om het tegenbewijs te leveren.

In de Nota naar aanleiding van het verslag²² wordt de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te vragen nogmaals nadrukkelijk genoemd, in antwoord op Kamervragen over liqui-

Bij de parlementaire behandeling van de vierde Tranche Awb kwam de relatie tussen de onschuldpresumptie en de onmiddellijke executie van boetebeschikkingen uitvoerig aan de orde.

diteitsproblemen bij kleine bedrijven naar aanleiding van een opgelegde boete, en de strijdigheid van de mogelijkheid van een voorlopige voorziening met het door regering en Kamer gewenste 'lik-op-stuk' beleid. De staatssecretaris stelde:

'Met deze leden ben ik het eens dat er sprake is van een zekere strijdigheid. De voorlopige voorziening is echter een vorm voor rechtsbescherming die dermate hecht verankerd is in het bestuursrecht, dat er wel zeer dringende redenen moeten zijn om deze aan de burger te ontnemen.'²³

Het 'lik-op-stuk' beleid, de onmiddellijke executie van opgelegde boete, werd doorgezet, maar dus wel met een herhaalde expliciete verwijzing naar de mogelijkheid een voorlopige voorziening aan te vragen.

Uitvoeriger kwam de onschuldpresumptie aan de orde bij de parlementaire behandeling van de vierde Tranche Awb. Vooral in de memorie van toelichting²⁴ werd de relatie tussen de onschuldpresumptie en de onmiddellijke executie van boetebeschikkingen aan de orde gesteld. Met verwijzing naar onder meer de EHRM-uitspraak in de zaak Salabiaku²⁵ stelt de memorie van toelichting dat het niet in strijd met de onschuldpresumptie is als schuld in de zin van verwijtbaarheid wordt verondersteld wanneer het daderschap vaststaat, mits tegenbewijs mogelijk is. Over de relatie tussen de onmiddellijke executie van boetebesluiten en de onschuldpresumptie wordt in de memorie verwezen naar het EHRM-arrest in de zaak

Janosevic,²⁶ waaruit wordt afgeleid dat de onschuldpresumptie zich niet verzet tegen tenuitvoerlegging van (boete)besluiten voordat de rechter onherroepelijk over de schuld van de overtreder heeft beslist. Maar:

'Deze bevoegdheid moet wel binnen redelijke grenzen worden toegepast, waarbij een redelijk evenwicht tussen de betrokken belangen in acht moet worden genomen. Bij deze beoordeling moet onder meer worden betrokken of in het geval van een succesvol beroep de reeds betaalde bedragen kunnen worden teruggevorderd en de oorspronkelijke rechtspositie van de betrokkenen kan worden hersteld.'²⁷

Ook in dit verband wordt in de MvT expliciet verwezen naar de mogelijkheid om de voorzieningenrechter te vragen een boetebeschikking te schorsen, bijvoorbeeld als de opgelegde boeten zeer hoog zijn en het direct invorderen voor de overtreder tot onevenredige financiële lasten zou leiden.²⁸

Of de uitspraak in de zaak Janosevic de stelling van de wetgever dat onmiddellijke executie niet in strijd is met de onschuldpresumptie, kan dragen, is overigens nog maar zeer de vraag. De feiten in de zaak Janosevic waren heel anders dan in de gemiddelde Wav-zaak, waarin sprake is van first offenders. Van Janosevic was in een ander, strafrechtelijk, proces al vastgesteld dat hij laakbaar had gehandeld. Uit het feit dat het EHRM deze strafprocedure uitvoerig beschrijft, hoewel tegen de veroordeling geen klachten waren gericht, kan worden afgeleid dat dit voor het EHRM een relevant gegeven was bij het ongegrond verklaren van de klacht.

1.3 Het belang van de voorlopige voorziening

Uit de achtergrond bij de invoering van de bestuurlijke boete in de Wet arbeid vreemdelingen blijkt dus dat de mogelijkheid tot het aanvragen van een voorlopige voorziening een belangrijke overweging is geweest bij de doorvoering van het lik-op-stuk beleid. Het is des te meer van belang om de mogelijkheden tot het succesvol aanvragen van zo'n voorlopige voorziening nader te bekijken. We zullen daartoe in hoofdstuk 2 het bestuursrechtelijk kader schetsen, om vervolgens in hoofdstuk 3 de jurisprudentie te bespreken.

2 Bestuursrechtelijk kader

2.1 Voorlopige voorziening

Artikel 8:81, eerste lid, Awb, bepaalt dat een voorlopige voorziening kan worden getroffen indien onverwijlde spoed dat, gelet op de betrokken belangen, vereist. Daarbij is van betekenis of door de uitvoering van een besluit onomkeerbare gevolgen zul-

19 TK 2003-2004, 29 523.

20 TK 2003-2004, 29 702.

21 TK 2003-2004, 29 523, nr. 3, p. 7-8.

22 TK 2003-2004, 29 523, nr. 6.

23 TK 2003-2004, 29 523, nr. 6, p. 6.

24 TK 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 134.

25 EHRM 7 oktober 1988, NJ 1991, 351.

26 EHRM 23 juni 2002, EHRC 2002, nr. 88, Janosevic v Zweden.

27 TK 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 6.

28 TK 2003-2004, 29 523, nr. 6, p. 6.

len ontstaan. In het kader van Wav-boetebesluiten moet dan gedacht worden aan het ontstaan van een financiële noodsituatie, of een faillissement van de beboete partij. Daarbij geldt dat de voorzieningenrechter aannemelijk moet achten dat dergelijke onomkeerbare gevolgen zullen ontstaan. Ook kan een rol spelen of er voldoende belang is bij de toewijzing van een verzoek. De voorzieningenrechter kan dan, bij de vraag of een voorziening dient te worden toegewezen, bij haar belangenafweging haar voorlopig oordeel over de (on)rechtmatigheid van de bestreden beschikking een rol laten spelen. Tot slot kan de voorzieningenrechter bij haar belangenafweging een rol laten spelen of de aan de orde zijnde rechtsvraag in het bestreden besluit zich wel goed leent voor een beoordeling in het kader van een verzoek om een voorlopige voorziening.

2.2 Unierechtelijke beginsel van de effectieve rechterlijke bescherming

Bij grensoverschrijdende dienstverlening binnen de Unie of de vrijheid van vestiging doet ook het Unierecht zijn intrede bij Wav-boetebesluiten. Dat is het geval indien er door de minister bestuurlijke boetes worden opgelegd aan de dienstverrichter en haar Wav-ketenpartners omdat de minister van mening is dat er in hun opdracht arbeid in Nederland is verricht in strijd

uitspreken over de verenigbaarheid van nationale bepalingen met het Unierecht.³³

Het Hof van Justitie heeft in het Unibet-arrest eveneens uitgemerkt dat het beginsel van een effectieve rechtsbescherming met zich brengt dat de nationale regelgeving de uitoefening van de aan de Unierechtelijke rechtsorde ontleende rechten niet uiterst moeilijk of onmogelijk mag maken.³⁴ Volgens het Hof van Justitie betekent dit dat een natuurlijke- of rechtspersoon binnen de nationale rechtsorde de rechten en aanspraken die hij aan het Unierecht ontleent, in rechte moet kunnen afdwingen. De voorzieningenrechter dient dan ook met voortvarendheid op de rechtsmiddelen te beslissen.

Bij de implementatie van de Sanctierichtlijn kan de vraag worden opgeworpen of een aantal artikelen uit deze richtlijn wel op juiste wijze zijn omgezet.³⁵ In procedures waarin om schorsing van de Wav-boete wordt gevraagd, staat echter de wettigheid van bepalingen uit de Wet arbeid vreemdelingen, lagere wetgeving en uitvoeringsregels die zijn vastgesteld ter uitvoering van het Unierecht en Unierechtelijke regelingen meestal niet ter discussie. Veeleer is aan de orde of de gevolgen van voornoemde bepalingen wel verenigbaar zijn met het Unierecht.

In Wav-zaken worden met enige regelmaat voorzieningen toegewezen die tijdens de bezwaarfase al schorsen tot aan de uitspraak in beroep.

met de Wav. Met de inwerkingtreding van de Sanctierichtlijn,²⁹ en de implementatie hiervan in de Wav,³⁰ is het Unierecht ook van toepassing op de in deze richtlijn geregelde onderwerpen.

Het Unierecht laat toe dat er voorlopige maatregelen getroffen kunnen worden om een boetebesluit te schorsen: het beginsel van de effectieve rechterlijke bescherming. De voorzieningenrechter kan een Wav-boetebesluit schorsen indien het innen van de boete zal kunnen leiden tot een schending van het Unierecht. Een beroep op het Unierechtelijke beginsel van de effectieve rechterlijke bescherming is slechts dan mogelijk indien er aanknopingspunten zijn met het Unierecht.

Het Hof van Justitie heeft in het Unibet-arrest van 13 maart 2007, onder verwijzing naar haar eerdere jurisprudentie inzake *Factortame*³¹ en *Siples*,³² geoordeeld dat het beginsel van de effectieve rechterlijke bescherming vereist dat in het geval van een dreigende schending van het Unierecht, de mogelijkheid moet bestaan om de gevolgen van een boetebesluit te laten schorsen door de voorzieningenrechter, om eerbiediging van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, te verzekeren, totdat de bevoegde rechter zich heeft kunnen

Het gaat dan om de gevolgen van een dreigende schending van het Unierecht bij het opleggen van de Wav-boete. Ook in dergelijke gevallen dient de nationale rechter volgens het Hof van Justitie in het kader van het effectiviteitsbeginsel voorlopige maatregelen te kunnen treffen.³⁶

Het beginsel van de effectieve rechterlijke bescherming is inmiddels ook gecodificeerd in artikel 47 van het Handvest. Verzoekers kunnen zich dan ook rechtstreeks op dit artikel beroepen. Uit dit artikel volgt dat eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte. Het Hof van Justitie heeft dat nog eens benadrukt in haar arrest *Winner Wetten* van 8 september 2010 (C-409/06).³⁷

Als het gaat om Wav-boetebesluiten die zijn bekendgemaakt vóór 1 december 2009, kan geen rechtstreeks beroep worden gedaan op artikel 47 van het Handvest. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is van oordeel dat het Handvest eerst juridisch bindend is geworden met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, en daarom niet kan worden betrokken bij de beoordeling van boetebesluiten van vóór die datum.³⁸

29 Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (PB L 168/24).

30 TK 2010-2011, 32843, nr. 3. In de MvT bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wav in verband met de implementatie van Richtlijn 2009/52/EG merkt de minister op dat de Nederlandse wetgeving al nagenoeg geheel voldoet aan de normen van de Richtlijn, met name door de Wav.

31 HvJEG 19 juni 1990, C-213/89, *Factortame* e.a., punt 21, NJ 1992, 761.

32 HvJEG 11 januari 2001, C-226/99, *Siples*, punt 19.

33 HvJEG 13 maart 2007, C-432/05, *Unibet*, punten 67, 75 en 77, AB 2007/301, m.n. HdW en RS en JV 2007/253 m.n. Reneman.

34 *Idem*, punten 82-83.

35 Krop, P. e.a., 'Richtlijn 2009/52. Sancties tegen werkgevers van illegaal verblijvende derdelanders' in: *Migrantenrecht* 2009, nr. 8, p. 336-346.

36 HvJEG 13 maart 2007, C-432/05, *Unibet*, punten 79 en 83.

37 HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.n. Uzman.

38 ABRvS 11 april 2012, LJN:BW1621.

2.3 Schorsing boetebesluit tot uitspraak in beroep. In artikel 8:81, tweede lid, Awb is het connexiteitsvereiste vastgelegd. Een verzoek om voorlopige voorziening kan slechts dan worden gedaan, als bezwaar of beroep aanhangig is gemaakt. Ingevolge artikel 8:85, eerste lid, Awb kan de voorzieningenrechter zelf bepalen hoe lang een door hem toegewezen voorziening geldt, uiterlijk tot de rechtbank uitspraak heeft gedaan – tenzij de rechtbank in de bodemprocedure een later tijdstip heeft vastgesteld. Een hangende bezwaar toegewezen voorziening, waarbij een boetebesluit is geschorst, kan dus gel-

Het schorsingsverzoek werd daarom afgewezen.⁴³ Een tweede schorsingsverzoek onder overlegging van dezelfde stukken leidde opnieuw tot een afwijzing.⁴⁴ Een accountantsverklaring die geen inzicht geeft in de omzet- en winstcijfers wordt ook niet voldoende geacht.⁴⁵

De lagere voorzieningenrechtters komen sneller tot een schorsing. Voor de voorzieningenrechter Amsterdam is van belang dat boetebeschikkingen punitieve sancties zijn, waardoor de eisen die gesteld worden aan de stellingen en stukken ter on-

Een accountantsverklaring die geen inzicht geeft in de omzet- en winstcijfers wordt niet voldoende geacht.

den tot de uitspraak van de bodemrechter.³⁹ Anders dan in het reguliere vreemdelingenrecht worden in Wav-zaken dan ook met enige regelmaat voorzieningen toegewezen die (impliciet dan wel expliciet) tijdens de bezwaarfase al schorsen tot aan de uitspraak in beroep.⁴⁰ Dat is in lijn met het Unibet-arrest, waarin het Hof van Justitie immers heeft geoordeeld dat een boetebesluit moet kunnen worden geschorst totdat de bevoegde rechter – en dus niet een bestuursorgaan – zich heeft kunnen uitspreken over de (on)verenigbaarheid van nationale bepalingen met rechtstreeks werkend Unierecht.⁴¹

3 Jurisprudentie

3.1 De jurisprudentie in Nederland.

Hoewel de verschillende criteria voor toe- dan wel afwijzing van de voorlopige voorziening vaak door elkaar lopen, trachten we in de hiernavolgende paragrafen de jurisprudentie te bespreken en in te delen in de volgende categorieën: (i) bewijskwestie, (ii) spoedeisendheid, (iii) belangen, (iv) dreigende schending van het Unierecht en (v) onschuldpresumptie.

3.2 Bewijskwestie

De voorzitter van de Afdeling stelt strenge eisen aan de bewijsovervoering in Wav-zaken. Zo is het indienen van een summier en algemene jaarrekening onvoldoende om aannemelijk te maken dat sprake is van een financiële nood situatie.⁴² De voorzitter betrok bij haar oordeel ook nog dat bij de jaarrekening geen accountantsverklaring was overgelegd. In een andere zaak leidde het overleggen van een recente accountantsverklaring juist tot een afwijzing van het verzoek. Uit het overgelegde financieel jaarverslag 2009 bleek een negatief eigen vermogen en een negatief resultaat, waaruit zou volgen dat de continuïteit van de onderneming ernstig in gevaar zou komen. Uit de verklaring van de accountant van 5 juli 2011 bleek dat de financiële situatie aanzienlijk was verbeterd ten opzichte van 2009.

derbouwing van de gestelde spoedeisendheid, niet dusdanig hoog mogen zijn dat een voorlopige materiële beoordeling van het geschil door de voorzieningenrechter volstrekt onmogelijk wordt gemaakt.⁴⁶

Wanneer helemaal geen stukken worden overgelegd ter onderbouwing van de financiële situatie,⁴⁷ of slechts stukken waaruit de financiële situatie van de onderneming niet of niet duidelijk blijkt, wordt meestal niet tot schorsing overgegaan.⁴⁸

Indien door de minister beslag op de bedrijfsrekening is gelegd, waardoor de onderneming niet meer kan beschikken over deze bedrijfsrekening, is voldoende aannemelijk gemaakt dat de onderneming niet meer in staat zal zijn om aan haar lopende verplichtingen te voldoen, waardoor gevaar dreigt voor de continuïteit van de onderneming.⁴⁹ Dit is ook het geval bij een particulier, bij wie beslag is gelegd op rekeningen,⁵⁰ arbeidsongeschiktheidsuitkering en beslag op de woning.⁵¹ Ook het overleggen van een brief van de belastingdienst waarin de belastingdienst erkent dat de onderneming te kampen heeft met betalingsonmacht voor de aangiften op grond van de loonheffing en omzetbelasting, is grond voor schorsing.⁵² Net zoals de onderbouwing van de slechte financiële situatie door het overleggen van een inkomensverklaring IB60, aangifte omzetbelasting en stukken met betrekking tot de studieschuld en algemene financiële inkomensgegevens.⁵³ Ook het overleggen van verschillende saldotekorten werd door de voorzieningen-

39 Memorie van Toelichting AWB, Parlementaire geschiedenis AWB II p. 511; zie ook: Vz. ABRvS 11 december 2003, AB 2004, 104.

40 Vz. Rechtbank 's-Hertogenbosch 14 februari 2008, AWB 08/37 (n.g.); Vz. Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 januari 2007, LJN:AZ7210; Vz. Rechtbank 's-Hertogenbosch 17 oktober 2007, LJN:BB7378, JV 2008/66; Vz. Rechtbank Amsterdam 21 maart 2012, AWB 12/705 en e.a. (n.g.).

41 Zie noot 37 en de daar genoemde rechtsoverwegingen.

42 Vz. ABRvS 12 september 2011, LJN:BT2113, r.o. 2.2., JV 2011/460, AB 2011, 371 m.n. C.M. Saris.

43 Vz. ABRvS 18 juli 2011, 201103843/2/V6, r.o. 2.2.

44 Vz. ABRvS 12 september 2011, LJN:BT2111, r.o. 2.3.

45 Vz. ABRvS 22 januari 2008, LJN:BC3019, r.o. 2.2.

46 Vzr. Rb. Amsterdam 15 september 2008, LJN:BF9229, r.o. 6.2; Vz. Rechtbank Amsterdam 27 april 2007, LJN:BB8226, r.o. 6.4; Vzr. Rb. Amsterdam 31 juli 2006, AWB 06/1818, (n.g.), r.o. 3.4.

47 Vzr. Rechtbank Haarlem 15 september 2011, LJN:BT2336, r.o. 2.3; Vzr. 's-Gravenhage 12 september 2005, LJN:AU4704, r.o. 4.3.

48 Vzr. Rechtbank Arnhem 21 oktober 2008, LJN:BG4344, r.o. 2.2; Vzr. Rechtbank Amsterdam 15 september 2008, LJN:BF9229, r.o. 6.2; Vzr. Rechtbank Rotterdam 3 oktober 2007, LJN:BB8781; Vzr. Rechtbank Rotterdam 15 juni 2006, LJN:AX8962.

49 Vzr. Rechtbank Zwolle 16 april 2008, LJN:BC9751. Zie ook: Vzr. Rechtbank Amsterdam 20 februari 2006, AWB 05/5749 (n.g.). De belastingdienst had beslag laten leggen op goederen en rekeningen.

50 Vzr. Rechtbank Amsterdam 20 februari 2006, AWB 05/5749, (n.g.).

51 Vzr. Rechtbank Leeuwarden 27 oktober 2008, AWB 08/821 en AWB 08/2226, r.o. 3.5. (n.g.).

52 Vzr. Rechtbank Breda 24 november 2009, AWB 09/4091, r.o. 2.2 en 2.5 (n.g.).

53 Vzr. Rechtbank Amsterdam 20 februari 2012, AWB 12/192 (n.g.), r.o. 3.3; Vzr. Rechtbank Amsterdam 20 februari 2012, AWB 12/196 (n.g.), r.o. 3.3.

rechter voldoende geacht.⁵⁴ Een door de boekhouder opgestelde verklaring, waarin op inzichtelijke wijze de financiële situatie van de onderneming is uiteengezet, leidt tot toewijzing omdat volgens de voorzieningenrechter niet uit te sluiten is dat de financiële situatie van het bedrijf zorgelijk is en 'dat betaling van de boete kan leiden tot blijvende stagnatie van het bedrijf'.⁵⁵

3.3 Spoedeisendheid

Een financieel belang op zich vormt geen reden om een voorlopige voorziening te treffen. Het financiële belang dient zodanig zwaarwegend te zijn dat sprake zal zijn van een financiële nood situatie.⁵⁶ Volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem kan aan het (ontbreken van) spoedeisend belang wel minder gewicht worden toegekend, indien het bestreden besluit naar haar voorlopig oordeel onrechtmatig moet worden geacht.⁵⁷

Wil een beroep op een financiële nood situatie dan wel liquiditeitsproblemen echter enige kans van slagen hebben bij de voorzitter van Afdeling, dan zal betaling van de boete moeten leiden tot onomkeerbare gevolgen, zoals een faillissement.⁵⁸

Indien vaststaat dat een onderneming reeds in liquidatie verkeert, is geen sprake meer van een zwaarwegend financieel belang. De invorderingsacties van de minister zijn in dit geval niet meer van invloed op de financiële situatie van verzoeker.⁵⁹ Dit lijkt voort te vloeien uit het feit dat de voorzitter van

Slechts in een drietal ons bekende gevallen heeft de voorzitter van de Afdeling een schorsingsverzoek op financiële gronden toegewezen. In twee van die drie toewijzingen betrof het een tweede schorsingsverzoek in dezelfde zaak. Zo werd in een zaak het tweede schorsingsverzoek toegewezen omdat aangetoond was dat de bank het financieringsverzoek van de ondernemer had afgewezen, er incassomaatregelen door de minister waren genomen, en de bodemprocedure spoedig zou worden behandeld.⁶³ Bij de twee toewijzing werden door de Afdeling – niet nader genoemde – financiële stukken wel voldoende geacht voor het oordeel dat de onderneming door de betaling van de boete in een financiële nood situatie zou komen te verkeren.⁶⁴ Bij alle drie de getroffen voorzieningen neemt de voorzitter in zijn overwegingen mee dat er inmiddels invorderingsmaatregelen zijn genomen. Ook weegt bij alle drie de zaken mee dat de hoofdzaak binnenkort zal worden behandeld, en niet valt in te zien dat de minister de uitspraak in de bodemprocedure niet zou kunnen afwachten. Behalve spoed hadden deze partijen dus ook meer belang dan de minister bij het schorsen van de betalingsverplichting.

In andere zaken waarin de voorzitter van de Afdeling de voorziening weigert omdat de gestelde financiële nood situatie niet is aangetoond, laat de voorzitter juist meewegen bij de afwijzing van het verzoek, dat de hoofdzaak spoedig ter zitting zou worden behandeld.⁶⁵ Verzoeker heeft daardoor minder belang bij de schorsing.

Overigens bestaat de mogelijkheid tot het treffen van een betalingsregeling slechts tot twee weken na de boetebeschikking.

de Afdeling voor toewijzing van een schorsingsverzoek noodzakelijk vindt dat de financiële nood situatie is veroorzaakt door de Wav-boete zelf, en niet andere oorzaken heeft.⁶⁶ Ook indien een onderneming voor het betalen van de Wav-boete een beroep kan doen op krediet van de bank, hoewel bedoeld voor de reguliere bedrijfsvoering, is geen sprake van een financiële nood situatie.⁶¹ Dit is eveneens zo indien wordt gesteld dat het in de onderneming beschikbare vermogen nodig is voor investeringen om de bedrijfsactiviteiten te kunnen blijven uitoefenen, en niet kan worden aangewend om de boete te betalen.⁶²

3.4 Belangen

De voorzitter van de Afdeling acht van belang bij de beoordeling van een schorsingsverzoek dat voor de verzoeker de mogelijkheid bestond tot het treffen van een betalingsregeling,⁶⁸ dan wel dat een betalingsregeling is getroffen.⁶⁷ Ook de lagere voorzieningenrechtters betrekken dat in hun beoordeling van het verzoek.⁶⁸ Overigens bestaat de mogelijkheid tot het treffen van een betalingsregeling slechts tot twee weken na de boete-

54 Vzr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 december 2006, LJN:AZ5928.

55 Vzr. Rechtbank Amsterdam 27 april 2007, LJN:BB8226, r.o. 6.5.

56 Vzr. Rechtbank Rotterdam 15 juni 2006, LJN:AX8962; Vzr. Rechtbank Rotterdam 3 oktober 2007, LJN:BB8781; Vzr. Rechtbank Haarlem 12 november 2007, LJN:BC3380, r.o. 2.7; Vzr. Rechtbank Haarlem 15 september 2011, LJN:BT2336, r.o. 2.3.

57 Vzr. Rechtbank Haarlem 28 juni 2011, LJN:BR0211; Vzr. Rechtbank Haarlem 25 september 2011, LJN:BT2336, r.o. 2.5.

58 Vz. ABRvS 18 juli 2011, 201103843/2/V6, r.o. 2.2; Vz. ABRvS 12 september 2011, LJN:BT2111, r.o. 2.3.

59 Vzr. Rechtbank Haarlem 12 november 2007, LJN:BC3380, r.o. 2.8.

60 Vz. ABRvS 9 juli 2012, LJN:BX1798.

61 Vz. ABRvS 2 maart 2011, LJN:BP7096, r.o. 2.2. Zie ook: Vzr. Rechtbank Rotterdam 15 juni 2006, LJN:AX8962 waarin wordt overwogen dat de overgelegde accountantsverklaring onvoldoende is om aan te nemen dat het onmogelijk is om een kredietovereenkomst te treffen.

62 Vz. ABRvS 27 januari 2010, LJN:BL1794, r.o. 2.2.

63 Vz. ABRvS 11 maart 2010, 200909988/3/V6, r.o. 2.3. Het eerste schorsingsverzoek in deze zaak is de eerder aangehaalde uitspraak van de Vz. ABRvS van 27 januari 2010, LJN:BL1794.

64 Vz. ABRvS 14 april 2009, 200808965/2/V6, r.o. 2.2; Vz. ABRvS 22 december 2008, 200708008/3, r.o. 2.2.

65 Vz. ABRvS 2 maart 2011, LJN:BP7096; Vz. ABRvS 27 januari 2010, LJN:BL1794; Vz. ABRvS 22 januari 2008, LJN:BC3019.

66 Vz. ABRvS 9 juli 2012, LJN:BX1798; Vz. ABRvS 12 september 2011, LJN:BT2113, JV 2011/460, AB 2011, 371 m.n. C.M. Saris; Vz. ABRvS 12 september 2011, LJN:BT2112, r.o. 2.2; Vz. ABRvS 27 januari 2010, LJN:BL1794, r.o. 2.2; Vz. ABRvS 18 juli 2011, 201103843/2/V6, r.o. 2.2.; Vz. ABRvS 22 januari 2008, LJN:BC3019, r.o. 2.2.

67 Vz. ABRvS 7 augustus 2008, LJN:BD9949, r.o. 2.2.

68 Vzr. Rechtbank Arnhem 21 oktober 2008, LJN:BG4344, r.o. 2.2; Vzr. Rechtbank Breda 22 oktober 2007, LJN:BB6439, r.o. 2.6; Vzr. Rechtbank Rotterdam 3 oktober 2007, LJN:BB8781; Vzr. Rechtbank Rotterdam 15 juni 2006, LJN:AX8962; Vzr. Rechtbank 's-Gravenhage 12 september 2005, LJN:AU4704, r.o. 4.3.

beschikking.⁶⁹ De voorzitter van de Afdeling vindt dat een langere betalingstermijn kan – en moet – worden aangevraagd.⁷⁰

Verschillende voorzieningenrechters verwijzen bij toewijzing van het verzoek uitdrukkelijk naar het feit dat het gaat om hoge boetebedragen.⁷¹ Het belang van de verzoeker bij schorsing

voorzieningenrechter dat directe uitvoering van het besluit ingrijpende en moeilijk terug te draaien gevolgen had voor de beboete partij. Het belang van verzoeker werd dan ook zwaarder geacht dat het belang van de minister bij onmiddellijke invordering.⁷² Maar er zijn ook andere belangen die een rol spelen bij de beslissing van een voorzieningenrechter om een

In een Bredase zaak bedroeg de boete het 73-voudige van de jaarwinst.

sing wordt in deze omstandigheden zwaarder gewogen dan het belang van de minister bij onmiddellijke invordering van de opgelegde boete.

De voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch overwoog dat bij een opgelegde boete van € 136.000 er van uit kan worden gegaan dat dit directe en aanmerkelijke gevolgen zal hebben voor de bedrijfsvoering van het bedrijf, ook als een betalingsregeling zou worden getroffen.⁷³ Dezelfde voorzieningenrechter kwam ook tot een schorsing in een zaak waarin een betalingsregeling van 36 maanden nog zou resulteren in een jaarlijkse betalingsplicht van € 80.000, hetgeen zou uitkomen op een bedrag dat de jaarlijkse nettowinst ruimschoots zou overschrijden.⁷⁴ In een Bredase zaak bedroeg de boete het 73-voudige van de jaarwinst. Daarbij was het volgens de voorzieningenrechter evident dat de aangeboden betalingsregeling op korte termijn niet kon worden nagekomen en dat daardoor het voortbestaan van de onderneming in gevaar kwam, terwijl de onderneming financieel gezien wel bestaansrecht had.⁷⁴

Twee keer komt een voorzieningenrechter zonder dat inzicht is gegeven in de financiële situatie tot de slotsom dat het boetebedrag dermate hoog is dat de bedrijfsvoering door directe betaling wordt geraakt. Het betrof de voorzieningenrechter Haarlem, die overwoog dat aangenomen kon worden dat het voor de onderneming niet eenvoudig zou zijn om het boetebedrag – van € 73.500 – te betalen,⁷⁵ en de voorzieningenrechter Amsterdam die aannemelijk achtte dat bij een boete van € 552.000 per partij (er waren vijf partijen) de bedrijfsvoering van alle verzoekers werd geraakt. Daarbij woog ook mee dat insolventie van één partij tot grote uitvoeringsproblemen en spanningen zou leiden bij alle partijen, die gezamenlijk op de desbetreffende locatie bouwwerkzaamheden uitvoerden.⁷⁶

In een zaak waarin de uitvoering van het Wav-boetebesluit heeft geleid tot beslaglegging op de arbeidsongeschiktheidsuitkering en executoriaal beslag op de woning, overwoog de

boetebesluit wel of niet te schorsen. Met enige regelmaat speelt ook het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter over de rechtmatigheid van een boetebesluit een belangrijke, zo niet doorslaggevende rol.⁷⁸ Zo overwoog de voorzieningenrechter bij de rechtbank Amsterdam in voornoemde uitspraak van 21 maart 2012 nog:

‘Op voorhand kan ten aanzien van de stellingen van partijen niet gezegd worden dat zij bij voorbaat kansloos zijn. Nu daardoor twijfel bestaat over de rechtmatigheid van de bestreden besluiten – welke twijfel door verweerder op geen enkele wijze in deze procedure is weggenomen – bestaat er aanleiding om de belangen van verzoekster te laten prevaleren boven die van verweerder bij onmiddellijke uitvoering van de boetebesluiten.’

Dit geldt vooral als sprake is van een gemotiveerde betwisting van een boetebesluit met zulke argumenten, dat de zaak zich eigenlijk niet leent voor een behandeling door een enkelvoudige kamer.⁷⁹

Een enkele keer komt de voorzieningenrechter tot schorsing, omdat er feitelijke vragen dienen te worden beantwoord waarvoor de voorlopige voorzieningenprocedure zich niet leent, of omdat de aan de orde zijnde rechtsvragen complex zijn.⁸⁰

Zoals hiervoor al bleek⁸¹ komt de omvang van de boete in uitspraken van voorzieningenrechters behalve als grond voor spoedeisendheid, regelmatig ook terug als een zwaarwegend

69 [http://www.inspectieszw.nl/Images/S70284408_web_Bestuurlijke_Boete_NL%20\(2\)_tcm335-312221.pdf](http://www.inspectieszw.nl/Images/S70284408_web_Bestuurlijke_Boete_NL%20(2)_tcm335-312221.pdf) (januari 2012).

70 Vz. ABRvS 9 juli 2012, LJN:BX1798.

71 Vzr. Rechtbank Breda 20 maart 2007, LJN:BA3322, r.o. 2.7; Vzr. Rechtbank Breda 6 augustus 2007, LJN:BB1476, r.o. 2.7; Vzr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 17 oktober 2007, LJN:BB7378, JV 2008/66, r.o. 4; Vzr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 14 februari 2008, AWB 08/37 (n.g.), r.o. 10; Vzr. Rechtbank Breda 29 juni 2011, LJN:BQ9618, r.o. 2.5.

72 Vzr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 17 oktober 2007, LJN:BB7378, JV 2008/66, r.o. 4.

73 Vzr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 14 februari 2008, AWB 08/37 (n.g.), r.o. 7.

74 Vzr. Rechtbank Breda 29 juni 2011, LJN:BQ9618, r.o. 2.5.

75 Vzr. Rechtbank Haarlem 28 juni 2011, LJN:BR0211.

76 Vzr. Rechtbank Amsterdam 21 maart 2012, AWB 12/705 (n.g.).

77 Vzr. Rechtbank Leeuwarden 28 oktober 2007, AWB 08/821 en AWB 08/3336, r.o. 3.5.

78 Vzr. Rechtbank Amsterdam 20 februari 2006, AWB 05/5749 (n.g.); Vzr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 december 2006, LJN:AZ5928; Vzr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 januari 2007, LJN:AZ7210; Vzr. Rechtbank Amsterdam 27 april 2007, LJN:BB8226, r.o. 8.6; Vzr. Rechtbank Almelo 8 juni 2007, LJN:BA6869, r.o. 3.3; Vzr. Rechtbank Breda 6 augustus 2007, LJN:BB1476; Vzr. Rechtbank Zwolle 16 april 2008, LJN:BC 9751; Vzr. Rechtbank Breda 24 november 2009, AWB 09/4091 (n.g.), r.o. 2.5; Vzr. Rechtbank Breda 29 juni 2011, LJN:BQ9618. Zie ook de volgende uitspraken waarbij het voorlopige oordeel over de rechtmatigheid van het besluit een rol speelt bij de afwijzing van het verzoek: Vzr. Rechtbank Rotterdam 15 juni 2006, LJN:AX8962; Vzr. Rechtbank Arnhem 21 oktober 2008, LJN:BG4344; Vzr. Rechtbank Breda 22 oktober 2007, LJN:BB6439; Vzr. Rechtbank Rotterdam 3 oktober 2007, LJN:BB8781. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris ook opgemerkt dat de voorzieningenrechter niet alleen de rechtmatigheid, maar ook de redelijkheid van de beschikking zal toetsen (TK 2003-2004, 29523 nr 6, p. 6).

79 Zoals de voorzieningenrechter in Amsterdam concludeerde; in gelijke zin Vzr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 14 februari 2008, AWB 08/37 (n.g.); Vzr. Rechtbank Amsterdam 20 februari 2006, AWB 05/5749, r.o. 9 (n.g.); Vzr. Rechtbank Alkmaar 5 februari 2008, AWB 07/2953 (n.g.), r.o. 3; Vzr. Rechtbank Haarlem 15 september 2005, AWB 05/3884 (n.g.).

80 Vzr. Rechtbank Amsterdam 20 februari 2012, AWB 12/192 (n.g.); Vzr. Rechtbank Amsterdam 20 februari 2012, AWB 12/196 (n.g.); Vzr. Rechtbank Amsterdam 20 februari 2006, AWB 05/5749 (n.g.).

81 Zie de uitspraken in noten 57 en 58.

belang bij schorsing van een boetebesluit.⁸² Doorgaans weegt de hoogte van een opgelegde boete slechts zwaar wanneer die (zeer) hoog is in vergelijking met de omzet en vooral de winst van een beboete partij. Dat vergt volledige opening van financiële zaken. De voorzitter van de Afdeling stelt dat ook als eis. Dat geldt echter niet altijd bij de voorzieningenrechter. Zo neemt de voorzieningenrechter bij de rechtbank 's-Hertogenbosch in de uitspraak van 17 oktober 2007⁸³ wel genoegen met een accountantsverklaring, en acht de voorzieningenrechter bij de rechtbank Amsterdam in de uitspraak van 21 maart 2012 het aannemelijk dat bij een boete van deze omvang⁸⁴ de bedrijfsvoering van alle verzoeksters werd geraakt.⁸⁵

Een laatste omstandigheid die aan schorsing van een boetebesluit kan bijdragen, is de trage handelwijze van de boete opgeleggende instantie. Los van matiging wegens overschrijding van de redelijke beslistermijnen⁸⁶ hebben diverse voorzieningenrechters geoordeeld dat ook traag overheidsoptreden in de voorfase, bijvoorbeeld als een boeterapport pas tien maanden na de geconstateerde feiten wordt opgemaakt, bij de belangenafweging ten gunste van de beboete onderneming wordt meegewogen.⁸⁷

Met enige regelmaat speelt ook het voorlopig oordeel over de rechtmatigheid van het boetebesluit een belangrijke, zo niet doorslaggevende rol.

Kort en goed: aangetoonde financiële omstandigheden, vooral gevaren voor de continuïteit van de onderneming, zijn meestal wel, maar niet per definitie doorslaggevend voor de door een voorzieningenrechter te maken belangenafweging.

Toch worden schorsingsverzoeken op financiële gronden weinig toegewezen. Om tot een toewijzing te komen dient de financiële (nood)situatie in beginsel (grondig) met stukken te worden onderbouwd. Daarbij kan wel de vraag worden gesteld of de voorzitter van de Afdeling niet te zware eisen aan de bewijsvoering stelt, zeker als het gaat om aanzienlijke boetes. Een financiële noodsituatie kan immers onomkeerbare gevolgen hebben. De lagere voorzieningenrechters zijn bij aanzienlijke boetes eerder geneigd tot schorsing over te gaan, en merken daarbij ook meer feiten en omstandigheden aan als relevant belang voor schorsing van de betalingsverplichting.

3.5 (Dreigende) schending van het Unierecht
Uit de bij ons bekende jurisprudentie blijkt dat zeer weinig gebruik wordt gemaakt van het Unierechtelijke beginsel van de effectieve rechterlijke bescherming om tot het schorsen van de Wav-boete over te gaan. Er is ons één uitspraak bekend waarin de voorzieningenrechter schorst met een expliciete verwijzing naar het Unibet-arrest.⁸⁸ Er zou volgens de minister sprake zijn van grensoverschrijdende dienstverlening door een Slowaakse onderneming met haar werknemers bij een Nederlandse inleener, waarvoor een tewerkstellingsvergunning was vereist. De voorzieningenrechter Almelo komt onder verwijzing van het Unibet-arrest tot het oordeel dat sprake is van spoedeisend belang. Redengevend hiertoe is dat het toenmalige artikel 19g Wav bepaalde dat de bestuurlijke boete binnen zes weken na bekendmaking van het boetebesluit moest worden betaald.⁸⁹ De voorzieningenrechter overweegt dat de vraag of de boete is opgelegd in strijd met de bepalingen van het gemeenschapsrecht eerst aan het oordeel van de rechter kan worden voorgelegd nadat op het bezwaarschrift is beslist. Vast stond dat niet binnen de wettelijke termijn een beslissing op het bezwaar zou worden genomen. De voorzieningenrechter oordeelde dat sprake was van spoedeisend belang en dat '[r]echterlijke bescherming van door het gemeenschapsrecht aan justitiabe-

len verleende rechten illusoir zou worden wanneer voor het eerst na het nemen van het besluit op bezwaar de zaak aan een rechter zou kunnen worden voorgelegd, gelet op de verplichting die voor verzoekster ontstaat om binnen zes weken na het bestreden besluit de boete te betalen.⁹⁰ Het boetebesluit werd geschorst.

In een andere grensoverschrijdende zaak komt de voorzieningenrechter zonder verwijzing naar het beginsel van de effectieve rechterlijke bescherming tot een schorsing. In deze zaak betrof het een in Polen gevestigde onderneming, die met eigen werknemers in het kader van het vrij verkeer van diensten, werkzaamheden had verricht in Nederland. De minister had in deze zaken een boete opgelegd, omdat er geen tewerkstellingsvergunningen aanwezig waren. Volgens de minister waren die wel vereist, omdat er louter sprake zou zijn van het ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Volgens de voorzieningenrechter bleek uit het bestreden besluit niet op basis van welke feiten en omstandigheden de minister dat had genomen. Door met name het onderzoeksgebrek, de hoogte van de opgelegde boete en de traagheid van verweerdens besluitvorming in de voorfase en in de bezwaarfase komt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat het bestreden besluit moet

82 V.zr. Breda 20 maart 2007, LJN:BA3322; V.zr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 17 oktober 2007, LJN:BB 7378, JV 2008/66; V.zr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 14 februari 2008, AWB 08/37 (n.g.).

83 V.zr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 17 oktober 2007, LJN:BB7378, JV 2008/66.

84 552.000 euro per partij.

85 Het betrof meerdere opdrachtgevers/(onder)aannemers die voor hetzelfde feitencollectief waren beboet.

86 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 17 maart 2010, LJN:BL7835, JV2010/163 m.n. T. de Lange.

87 V.zr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 januari 2007, LJN:AZ7210, V.zr. Rechtbank Breda 6 augustus 2007, LJN:BB1476.

88 V.zr. Rechtbank Almelo 11 april 2007, LJN:BA4219, r.o. 3.

89 Artikel 19g Wav is per 1 juli 2009 vervallen met de inwerkingtreding van de vierde Tranche Awb; (Stb 2009, 265, p. 89). Thans volgt deze verplichting uit artikel 4:87 Awb.

90 V.zr. Rechtbank Almelo 11 april 2007, LJN:BA4219, r.o. 3.

worden geschorst totdat op bezwaar is beslist.⁹¹ Juist in zaken waarbij het gaat om grensoverschrijdende dienstverlening met eigen personeel, waarbij het veelal een groot aantal werknemers betreft, kan een beroep op het Unierechtelijke beginsel van de effectieve rechterlijke bescherming een uitkomst bieden. Daarvan wordt echter kennelijk weinig gebruik gemaakt.

3.6 Onschuldpresumptie

De Afdeling heeft, in lijn met het standpunt van de wetgever, geoordeeld dat de Wav niet in strijd is met de onschuldpresumptie.⁹² De wetgever mag in een wettelijke regeling uitgaan van verwijtbaarheid, mits die weerlegbaar is en met betrokken (verdedigings)belangen van de overtreder rekening wordt gehouden. Ook de onmiddellijke tenuitvoerlegging van een boetebesluit is door de Afdeling niet in strijd met de onschuldpresumptie geoordeeld, en ook de Afdeling wees in dit verband expliciet op de mogelijkheid de voorzieningenrechter te adiëren.⁹³ Het betrof in beide zaken echter bodemprocedures. Over de verenigbaarheid van de onmiddellijke executie met de onschuldpresumptie heeft de voorzitter van de Afdeling zich, voor zover ons bekend, in voorzieningenprocedures nog niet uitgelaten.

Dat heeft de voorzieningenrechter bij de rechtbank 's-Hertogenbosch, voor zover ons bekend als enige, echter wel gedaan.⁹⁴ De voorzieningenrechter verwees naar de MvT bij de vierde Tranche Awb en overwoog dat schorsing van een boetebesluit tot doel heeft te voorkomen dat de oorspronkelijke rechtspositie van degene aan wie een boete – naar later blijkt – onterecht is opgelegd, niet meer kan worden hersteld doordat in de tussentijd onomkeerbare gevolgen zijn ontstaan. De voorzieningenrechter hield rekening met de hoogte van de boete (€ 136.000), de periode tussen het ontstaan van de betalingsverplichting en het tijdstip waarop de verschuldigdheid van de boete definitief in rechte vast zou komen te staan, en de naar voren gebrachte gevaren voor de continuïteit van de onderneming. De conclusie luidde dat het direct invorderen van het boetebedrag in strijd met de in artikel 6, tweede lid, EVRM neergelegde onschuldpresumptie was.

Uit de jurisprudentie⁹⁵ blijkt dat voorzieningenrechter in Nederland met de onschuldpresumptie wel rekening houden, maar vooral impliciet en met name in het kader van de normale belangenafweging die een voorzieningenrechter op grond van art. 8:81 Awb maakt. Daarbij zijn het in de praktijk veel en vaak financiële belangen die de doorslag geven, vooral in de jurisprudentie van de voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak.⁹⁶

5 Conclusie

De wetgever heeft bij Wav-boetes uitdrukkelijk gekozen voor een 'lik-op-stuk' beleid: eerst betalen, daarna procederen. Dit zou illegale tewerkstelling afschrikken. Blijkt de boete ten onrechte te zijn opgelegd, dan wordt deze terugbetaald. Daarbij heeft de wetgever wel telkens verwezen naar de mogelijkheid de voorzieningenrechter om schorsing van de betalingsverplichting te vragen, maar alleen op grond van onevenredige financiële problemen.

Voorzieningenrechters volgen deze lijn. Vooral door de voorzitter van Afdeling wordt vrijwel uitsluitend bij onomkeerbare en onoverkomelijke financiële problemen geschorst, waarbij zeer hoge eisen aan de bewijsvoering van de financiële problemen worden gesteld. Lagere voorzieningenrechters zijn geneigd om minder hoge eisen aan die bewijsvoering te stellen, met name als het om aanzienlijke boetes gaat. Ook blijkt uit de jurisprudentie dat bij de lagere voorzieningenrechters andere factoren dan de financiële problemen een rol kunnen spelen bij een schorsingsuitspraak: de hoogte van de boete, traagheid van de procedure, of twijfel over de rechtmatigheid van de opgelegde boete.

Volgens de wetgever is de onschuldpresumptie zoals neergelegd in artikel 6 EVRM niet in strijd met het 'lik-op-stuk' beleid. Bij mogelijke strijd met het Unierecht heeft de wetgever niet stilgestaan. Het is ten eerste de vraag of dat terecht is. In de jurisprudentie over schorsing van boetes spelen deze internationaalrechtelijke aspecten zelden een expliciete rol, iets vaker worden ze wel benoemd, maar vervolgens vooral meegewogen in de nationaalrechtelijke algemene belangenafweging. Voor het Unierecht ligt, vooral in zaken waarin het vrij verkeer van diensten een rol speelt, een grotere rol voor de hand. Het Unierechtelijke beginsel van de effectieve rechterlijke bescherming geeft de voorzieningenrechter in dergelijke zaken een instrument in handen om tot schorsing van een boetebesluit over te gaan, totdat de bodemrechter over de zaak heeft geoordeeld. Ook de Awb geeft overigens in artikel 8:85 Awb, aan de voorzieningenrechter de mogelijkheid om een voorziening te treffen totdat de bodemrechter uitspraak heeft gedaan.

91 V.zr. Rechtbank Breda 6 augustus 2007, LJN:BB1476, r.o. 2.5 en 2.7.

92 ABRvS 30 januari 2008, JV 2008/119.

93 ABRvS 11 maart 2009, LJN:BH5515; het betrof overigens een procedure op grond van de Arbeidstijdenwet.

94 V.zr. Rechtbank 's-Hertogenbosch 17 oktober 2007, LJN:BB7378, JV 2008/66.

95 Behalve voornoemde uitspraak ook: V.zr. Rechtbank Breda 29 juni 2011, LJN:BQ9618. In negatieve zin: V.zr. Rechtbank Haarlem 15 september 2011, LJN:BT2336.

96 Zie de uitspraken genoemd in noot 73 tot en met 79.