

NTFR 2024/1432 - Medeplegersboete vervalt omdat toestemming daarvoor op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen

Gegevens

Publicatie

NTFR 2024/1432

Instantie

Hoge Raad

Datum uitspraak

6 september 2024

Datum publicatie

10 september 2024

Annotator

mr. V.S. Huygen van Dyck-Jagersma
werkzaam als advocaat belastingprocedures en fiscaal strafrecht bij HuygenLammers
Advocaten

ECLI

[ECLI:NL:HR:2024:1132](https://www.eclinet.nl/lookup/ECLI:NL:HR:2024:1132)

Belastingjaar

2011

Zaaknummer

22/01348

Relevante informatie

[Art. 67e AWR](#), [Art. 5:1 Awb](#), [Art. 8:75 Awb](#)

Inhoudsindicatie

Medeplegersboete, schadevergoeding, Vestigingsplaatsfictie

Samenvatting

Deze zaak hangt samen met de zaken HR 6 september 2024, nr. 22/03147, [ECLI:NL:HR:2024:1131](#) en HR 6 september 2024, nr. 22/01351, [ECLI:NL:HR:2024:1133](#). Belanghebbende is een belastingadvieskantoor dat betrokken is bij een structuur van twee cliënten waarvan Guernsey limiteds deel uitmaken. De inspecteur heeft aan de Guernsey limiteds een navorderingsaanslag Vpb 2011 opgelegd op de grond dat zij in dat jaar in Nederland zijn gevestigd. De inspecteur heeft in verband daarmee belanghebbende een medeplegersboete van €1.000.000 opgelegd. Daaraan voorafgaand heeft de inspecteur toestemming gevraagd en verkregen van de directeur van de Belastingdienst Grote Ondernemingen (DGO), zoals is voorgeschreven in par. 2 lid 6 BBBB 1998.

Hof Den Haag ([NTFR 2022/1434](#)) heeft de boete vernietigd omdat de toestemming van de DGO is gebaseerd op onjuiste en onvolledige informatie. De staatssecretaris heeft daartegen cassatieberoep ingesteld. De Hoge Raad laat de hofuitspraak in stand. Het toestemmingsvereiste dient namelijk als waarborg tegen lichtvaardig gebruik van de deelnemersboete. Deze waarborg wordt niet geboden als de toestemming is verleend op basis van onjuiste of onvolledige informatie. De toestemming is dan op onzorgvuldige wijze tot stand gekomen. Indien de voorgeschreven toestemming ontbreekt, of als deze toestemming onzorgvuldig tot stand is gekomen, moet de rechter daaraan een passend rechtsgevolg verbinden. Dat rechtsgevolg kan inhouden dat de boete wordt vernietigd, zoals in het onderhavige geval.

Verder wordt voor de overschrijding van de redelijke termijn in de cassatieprocedure een schadevergoeding van € 500 toegekend, omdat compensatie niet kan worden verleend door vermindering van de boete nu deze al is vernietigd (zie HR 9 februari 2024, [ECLI:NL:HR:2024:216](#), [NTFR 2024/360](#)).

Voorts wordt geen integrale proceskostenvergoeding voor de cassatieprocedure toegekend overeenkomstig de proceskostenregeling van art. 530 Sv. De wetgever heeft in een bestuursrechtelijke procedure gekozen voor een eigen regeling (art. 8:75 Awb). En niet valt in te zien dat deze forfaitaire regels leiden tot een schending van art. 6 EVRM.

Uitspraak

2. Uitgangspunten in cassatie

2.1. Op advies van medewerkers van belanghebbende, een belastingadvieskantoor, hebben twee van haar cliënten met het oog op de invoering van de zogenoemde lucratiefbelangregeling per 1 januari 2009 ieder een structuur opgezet waarvan vennootschappen, opgericht naar het recht van Guernsey (hierna: de Guernseyvennootschappen), deel uitmaakten. Daartoe hebben de desbetreffende cliënten in 2008 elk hun profit sharing loan agreement met de houdstermaatschappij van hun toenmalige werkgever ingebracht in de Guernseyvennootschap waarvan ieder van hen enig aandeelhouder was.

2.2. De Inspecteur heeft zich op het standpunt gesteld dat de Guernseyvennootschappen in het jaar 2011 in Nederland zijn gevestigd. Hij heeft daarom aan de Guernseyvennootschappen navorderingsaanslagen in de vennootschapsbelasting opgelegd. Hij heeft gelijktijdig met het vaststellen van de aanslagen op de voet van artikel 67e AWR boetes aan de Guernseyvennootschappen opgelegd. Hij stelt zich op het standpunt dat het aan die vennootschappen te wijten is geweest dat de belasting niet is geheven. Volgens de Inspecteur hadden de Guernseyvennootschappen hem onder meer attent moeten maken op hun belastingplicht in Nederland.

2.3. De Inspecteur heeft daarnaast bij beschikking van 28 december 2016 aan belanghebbende op de voet van artikel 5:1, lid 2, Awb een boete opgelegd van € 1.000.000 (hierna: de boete). Aan het opleggen van de boete heeft de Inspecteur ten

grondslag gelegd dat belanghebbende het door de Guernseyvennootschappen begane beboetbare feit als bedoeld in artikel 67e AWR heeft medegepleegd dan wel daaraan feitelijk leiding heeft gegeven.

2.4. Voorafgaand aan het opleggen van de boete heeft de Inspecteur daarvoor toestemming gevraagd aan en verkregen van het Directoraat-generaal Belastingdienst (DGBel) en de directeur van de Belastingdienst/Grote Ondernemingen (hierna: de DGO), een en ander als is voorgeschreven in paragraaf 2, lid 6, van het Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst (tekst 2016; hierna: het BBBB).

3. De oordelen van het Hof

3.1. Voor het Hof was in geschil of de boete terecht is opgelegd.

3.2.1. Het Hof heeft geoordeeld dat de DGO de in paragraaf 2, lid 6, van het BBBB bedoelde toestemming aan de Inspecteur heeft verleend op basis van onvolledige en gekleurde informatie, zonder volledig te zijn geïnformeerd over de feiten, waaronder de volledige structuur met inbegrip van de inkomstenbelastingaspecten daarvan, de beoordeling van die structuur door verschillende inspecteurs, en de gronden van de op te leggen boete.

3.2.2. Volgens het Hof is daarom niet voldaan aan het in paragraaf 2, lid 6, van het BBBB bedoelde toestemmingsvereiste (hierna: het toestemmingsvereiste). Voorts heeft het Hof geoordeeld dat het gebruikmaken van de door de DGO verleende toestemming zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat het gebruik daarvan onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Het Hof heeft in dat verband overwogen dat het toestemmingsvereiste dient te waarborgen dat de inspecteur niet lichtvaardig gebruik maakt van de mogelijkheid een boete op te leggen en dat het verkrijgen van voorafgaande toestemming een constitutief vereiste vormt voor het opleggen van een vergrijpboete. Naar het oordeel van het Hof moet reeds daarom de vergrijpboete vervallen.

3.3. Voor het geval moet worden geoordeeld dat wel aan het toestemmingsvereiste is voldaan, heeft het Hof geoordeeld dat de Inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat het aan (voorwaardelijk) opzet van belanghebbende als medepleger dan wel als feitelijk leidinggever is te wijten dat te weinig vennootschapsbelasting is geheven, een en ander als bedoeld in artikel 67e AWR in samenhang gelezen met artikel 5:1 Awb.

3.4. Voorts heeft het Hof het standpunt van de Inspecteur verworpen dat het aan grove schuld van belanghebbende is te wijten dat de Guernseyvennootschappen hebben nagelaten hem te verzoeken hen uit te nodigen tot het doen van aangiften voor de vennootschapsbelasting. Naar het oordeel van het Hof heeft de Inspecteur dat standpunt onvoldoende onderbouwd.

4. Beoordeling van de in het principale beroep in cassatie voorgestelde middelen

4.1.1. Middel I is gericht tegen het hiervoor in 3.2 weergegeven oordeel van het Hof.

4.1.2. Onderdeel a van dit middel klaagt erover dat het Hof ten onrechte heeft aangenomen dat het toestemmingsvereiste een constitutief vereiste met een waarborgfunctie is. Het middelonderdeel betoogt dat het Hof heeft miskend dat het toestemmingsvereiste slechts een interne instructienorm is waarop de belanghebbende geen beroep kan doen. Dit betoog faalt. Op de gronden vermeld in onderdeel 7.14 van de conclusie van de Advocaat-Generaal moet worden aangenomen dat het toestemmingsvereiste is bedoeld als waarborg voor de betrokkenen, met name om tegemoet te komen aan de maatschappelijke onrust die was veroorzaakt door de invoering van de vierde tranche van de Awb, als gevolg waarvan de kring van degenen aan wie een boete kan worden opgelegd, was uitgebreid. In dit opzicht heeft het toestemmingsvereiste

dan ook een andere strekking dan het machtigingsvereiste dat aan de orde was in het arrest van de Hoge Raad van 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2408.

4.2.1. Gelet op de hiervoor in 4.1.2 bedoelde waarborgfunctie van paragraaf 2, lid 6, van het BBBB, kan degene aan wie een boete wordt opgelegd zich op dat voorschrift beroepen indien de vereiste toestemming ontbreekt, en moet dan aan het ontbreken van die toestemming in de regel rechtsgevolg worden verbonden, met inachtneming van hetgeen hierna in 4.2.4 wordt overwogen.

4.2.2. Hetzelfde heeft te gelden als de in paragraaf 2, lid 6, van het BBBB bedoelde functionarissen weliswaar toestemming hebben verleend, maar deze toestemming op een zo onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen, dat moet worden aangenomen dat de daarmee beoogde waarborg niet is geboden. Die waarborg houdt in dat op een hoger niveau in de organisatie wordt (her)beoordeeld of het opleggen van een boete in het voorliggende geval rechtens juist en opportuun is. Bij de beoordeling van de zorgvuldigheid waarmee de toestemming tot stand is gekomen, is daarom met name van belang of de functionaris die de toestemming heeft verleend over voldoende en juiste informatie beschikte om zich een oordeel over de rechtmatigheid en de opportuniteit van de voorgenomen beboeting te kunnen vormen (vergelijk artikel 3:2 Awb). Daartoe behoort in elk geval informatie over de feitelijke en rechtskundige gronden voor het opleggen van een boete en de hoogte daarvan. Voor de beoordeling van de opportuniteit van een vergrijpboete kan het, in het geval van een constructie die is gericht op het ontgaan van belasting, ook van belang zijn om kennis te nemen van onderdelen van die constructie die niet rechtstreeks verband houden met het beboetbare feit. Indien toestemming is verleend mede op basis van onjuiste of onvolledige informatie over dergelijke andere onderdelen van een constructie, kan dat dan ook, anders dan het middel betoogt, bijdragen aan het oordeel dat die toestemming op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

4.2.3. Opmerking verdient dat de omstandigheid dat toestemming is verleend voor het opleggen van een boete gebaseerd op een opzettelijk gepleegd vergrijp, niet eraan in de weg staat dat de inspecteur naderhand de boete oplegt of een opgelegde boete verdedigt met een (subsidiar) beroep op grove schuld.

4.2.4. Indien de in paragraaf 2, lid 6, van het BBBB voorgeschreven toestemming ontbreekt, of deze toestemming tot stand is gekomen op een onzorgvuldige wijze zoals hiervoor in 4.2.2 bedoeld, moet de rechter per geval beoordelen wat een passend rechtsgevolg is om daaraan te verbinden. Dat rechtsgevolg kan inhouden dat de boete wordt vernietigd, maar ook dat het bedrag daarvan wordt verminderd. Een passend rechtsgevolg kan (mede) zijn gelegen in toekenning van een (hogere) vergoeding van proceskosten. Op grond van artikel 6:22 Awb kan de rechter ook beslissen om geen gevolg te verbinden aan de ontbrekende of gebrekkige toestemming, indien aannemelijk is dat de belanghebbende daardoor niet is benadeeld.

4.3. Onderdeel c van middel I betoogt dat het Hof ten onrechte belang heeft gehecht aan de omstandigheid dat het inkomstenbelastingaspect niet volledig onder de aandacht van de toestemmingsgevers is gebracht, terwijl de overtreding uitsluitend betrekking heeft op de vennootschapsbelasting. Uit hetgeen hiervoor in 4.2.2 is overwogen, volgt dat dit onderdeel faalt.

4.4.1. Het middelonderdeel e wijst terecht erop dat het Hof een onjuiste toetsingsmaatstaf heeft aangelegd door het 'zozeerindruiscriterium' te hanteren. Dat criterium is toegesneden op het gebruik voor het bewijs van ter beschikking van de inspecteur gekomen, door een andere overheidsinstelling verzameld bewijsmateriaal dat volgens de voor die andere overheidsinstelling geldende normen jegens de belanghebbende onrechtmatig is verkregen. ¹ Deze toetsingsmaatstaf is niet geschikt om de gevolgen te bepalen van een aan de inspecteur zelf toe te rekenen onrechtmatigheid, zoals beboeting zonder toereikende toestemming daarvoor.

4.4.2. Tot cassatie kan dit niet leiden. Het hiervoor in 3.2.1 weergegeven oordeel berust op de vaststelling dat de DGO toestemming heeft verleend op basis van onvolledige en gekleurde informatie zonder volledig te zijn geïnformeerd over de feiten, waaronder de volledige structuur en de beoordeling daarvan door verschillende inspecteurs, en over de gronden van de op te leggen boete. Daarmee heeft het Hof onderzocht of aan de hiervoor in 4.2.2 bedoelde voorwaarden is voldaan. In het op dit onderzoek gebaseerde, hiervoor in 3.2.2 weergegeven oordeel ligt besloten dat de vereiste toestemming op een zodanig onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen, dat de met paragraaf 2, lid 6, van het BBBB beoogde waarborg niet is geboden. Dit oordeel en de hieraan verbonden gevolgtrekking dat de boete moet vervallen, geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Deze oordelen zijn ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

4.5. De Hoge Raad heeft ook de overige klachten over de uitspraak van het Hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat ook deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van die uitspraak. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie).

5. Het voorwaardelijke incidentele beroep in cassatie

Aangezien het principale beroep niet leidt tot vernietiging van de uitspraak van het Hof, is de voorwaarde waaronder het incidentele beroep is ingesteld, niet vervuld. Gelet op artikel 8:112, lid 2, Awb vervalt daarom het incidentele beroep.

6. Overschrijding van de redelijke termijn in de cassatieprocedure

6.1. Belanghebbende heeft de Hoge Raad verzocht om bij overschrijding van de redelijke termijn die geldt voor de behandeling van het cassatieberoep, de Staat te veroordelen tot een vergoeding van immateriële schade.

6.2. In deze zaak is beroep in cassatie ingesteld op 11 april 2022. Het tijdsverloop sindsdien tot het moment waarop de Hoge Raad in deze zaak arrest wijst, levert een overschrijding op van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM met niet meer dan zes maanden.

6.3. Aangezien de beslissing van het Hof over de door de Rechtbank vernietigde boete in stand blijft, kan compensatie voor deze schending van artikel 6 EVRM niet worden verleend door vermindering van die boete. Aangezien de boete meer dan € 1.000 bedroeg en belanghebbende heeft verzocht om een vergoeding van immateriële schade, kan compensatie voor deze verdragsschending met overeenkomstige toepassing van artikel 8:73 Awb op die wijze worden verleend. ² Aan belanghebbende komt daarom een vergoeding van immateriële schade toe, en wel van € 500.

7. Proceskosten

7.1. De Staatssecretaris zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in cassatie.

7.2. Belanghebbende heeft verzocht de Staatssecretaris met toepassing van artikel 2, lid 3, van het Besluit proceskosten bestuursrecht (hierna: het Besluit) te veroordelen in de werkelijke door haar voor de cassatieprocedure gemaakte proceskosten. Daartoe betoogt belanghebbende dat zij twee maal is vrijgesproken door de feitenrechter en dat voor de proceskostenvergoeding moet worden aangesloten bij de vergoedingsregeling van artikel 530 van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv). Het gaat hier om een zuivere boeteprocedure die vergelijkbaar is met een strafrechtelijke procedure waarop de waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing zijn. Artikel 530 Sv is ervoor bedoeld de financiële belemmeringen weg te nemen die aan het in artikel 6, lid 3, letter c, EVRM begrepen recht op een vrije advocaatkeuze in de

weg staan, en dat uitgangspunt behoort ook te gelden in een bestuursrechtelijke zuivere boeteprocedure, aldus belanghebbende.

7.3. Artikel 530 Sv bepaalt dat indien de strafzaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel en zonder dat toepassing is gegeven aan artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht, een vergoeding kan worden toegekend voor de kosten van een advocaat. De wetgever heeft voor de vergoeding van proceskosten in bestuursrechtelijke procedures gekozen voor een andere regeling. Het Besluit voorziet in de bevoegdheid van de bestuursrechter tot het toekennen van een in beginsel – behoudens bijzondere omstandigheden – forfaitaire vergoeding voor kosten van rechtsbijstand in bestuursrechtelijke procedures, waarbij overigens niet van belang is of die bijstand al dan niet is verleend door een advocaat. Het Besluit maakt geen onderscheid tussen bestuursrechtelijke procedures waarin mede of uitsluitend een boete aan de orde is en procedures waarin dat niet zo is. Er bestaat geen reden in bestuursrechtelijke procedures waarin mede of uitsluitend een boete aan de orde is, aan te sluiten bij de regeling van artikel 530 Sv.

7.4. Voorts valt niet in te zien dat een overeenkomstig het Besluit forfaitair vastgestelde proceskostenvergoeding in dit geval kan leiden tot een schending van artikel 6, lid 3, letter c, EVRM. Ook overigens ziet de Hoge Raad geen aanleiding voor een hogere vergoeding. Het hiervoor in 7.2 bedoelde verzoek wordt afgewezen.

(Volgt ongegrondverklaring en veroordeling tot vergoedingen van € 500 en € 5.907 voor immateriële schade respectievelijk proceskosten.)

Conclusie A-G

7.14. Ik meen dat par. 2(6) BBBB niet te vergelijken is met de VIV 1993, dat aan de orde is in het arrest van 30 maart 2004. Anders dan het geval is bij de VIV 1993, althans voor zover het gaat om de passage daarin geciteerd in het arrest van 30 maart 2004, is par. 2(6) BBBB een regel die zich naar zijn inhoud en strekking ertoe leent jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregel te worden toegepast. Het voorschrift in par. 2(6) BBBB is niet te abstract of te concreet voor een rechtsregel. Het kan zonder nadere uitwerking functioneren als rechtsregel. Gelet op inhoud en strekking is bovendien geen sprake van een louter interne instructienorm waaraan een beboete geen rechten kan ontleen. Uit diverse uitlatingen van bewindslieden volgt dat het toestemmingsvereiste een waarborgfunctie heeft (6.27-6.28). Het behoeft geen betoog dat het, gelet op de rechtsbescherming, niet ten goede komt van de met zoveel woorden beleden waarborgfunctie, als het toestemmingsvereiste slechts een instructienorm is waaraan de rechter niet zou kunnen toetsen.

Noot

Aan een belastingadvieskantoor is een medeplegersboete opgelegd vanwege betrokkenheid bij onjuist ingediende aangiften Vpb, in verband met een (door dat advieskantoor geadviseerde) structuur met vennootschappen op Guernsey. De navorderingsaanslagen en boetes zijn opgelegd omdat de vennootschappen naar het oordeel van de inspecteur in werkelijkheid in Nederland waren gevestigd. Voor de boeteprocedure tegen de belastingplichtige zelf, zie HR:2024:1131 ([NTFR 2024/1431](#)).

Het BBBB 1998 schrijft in par. 2 onderdeel 6 voor dat voorafgaand aan het opleggen van een boete aan een ander dan de belastingplichtige (de medeplegersboete), intern toestemming moet worden gevraagd aan het Directoraat-generaal Belastingdienst (DGBel) en de directeur van de Belastingdienst Grote Ondernemingen (de DGO). Het bestaan van die eis staat niet ter discussie. Die toestemming is ook daadwerkelijk gevraagd, en verkregen. Toch oordeelde het hof dat het toestemmingsvereiste niet was nageleefd en dat de boete om die reden van tafel ging. Er was namelijk onjuiste en onvolledige informatie verstrekt aan degene die de toestemming moest verlenen, waardoor die toestemming niet voldeed.

In dit arrest spelen vervolgens de volgende fundamentele vragen:

1. Mag de rechter toetsen aan het toestemmingsvereiste, of is dit alleen maar een interne norm waar de ontvanger van de boete geen beroep op kan doen?
2. Mag de rechter daarbij ook kijken welke informatie degene heeft gehad die de toestemming heeft verleend?
3. Wat moeten de gevolgen zijn als de toestemming niet of op basis van misleidende informatie is verleend?

Ook komt nog aan de orde:

4. Als toestemming is verleend voor een opzetboete, geldt dat ook (subsidiair) voor grove schuld?

1. Toestemmingsvereiste interne eis versus waarborgfunctie

Voor de vraag (1) of het toestemmingsvereiste wel of geen instructienorm is, verwijst de Hoge Raad naar onderdeel 7.14 van de conclusie van de A-G. Om daarin vermelde redenen moet worden aangenomen dat de eis een waarborgfunctie heeft en dus tot rechtsgevolgen moet leiden (r.o. 4.1.2-4.2.1).

A-G Pauwels zette in zijn conclusie voor dit arrest mooi uiteen hoe het toestemmingsvereiste voor het opleggen van medeplegersboetes tot stand is gekomen, zie onder 6.16-6.28. De eis is ingevoerd in het BBBB 1998, direct bij inwerkingtreding van de ‘Vierde tranche’ in 2009. Zodra medeplegersboetes mogelijk waren, bestond dus die interne toestemmingseis. Aanvankelijk nog met geen of weinig informatie over het waarom. Het is een beetje gissen, maar de A-G houdt het erop dat de aanleiding moet worden gevonden in de onrust die in de Eerste Kamer bestond rondom invoering van de mogelijkheid om medeplegers te beboeten. Met die nieuwe boetemogelijkheid kon namelijk niet langer alleen de belastingplichtige worden beboet, maar ook diens adviseur – de gesprekspartner met de Belastingdienst. Hier kan ongewenste pressie van uitgaan. Meer helderheid over de aard van het toestemmingsvereiste volgt pas ruim tien jaar later. Ter gelegenheid van de invoering van de mogelijkheid om opgelegde boetes te publiceren (art. 67r AWR) wordt de interne toestemming door het kabinet (in 2020) verduidelijkt als een waarborg tegen zowel het gebruik van de boete als pressiemiddel als tegen willekeur en misbruik van bevoegdheid (zie A-G onder 6.25-6.27).

Onder punt 7.14 concludeert de A-G dat het toestemmingsvereiste van par. 2.6 BBBB 1998 niet kan worden aangemerkt als een louter interne instructienorm. Met de toelichting door het kabinet in 2020 is duidelijk geworden dat het toestemmingsvereiste een uitdrukkelijke waarborgfunctie vervult. Dit zou – in mijn woorden – een lege huls worden als de rechter vervolgens niet zou mogen toetsen of aan die waarborgfunctie is voldaan. In subtielere bewoordingen door de A-G: ‘Het behoeft geen betoog dat het, gelet op de rechtsbescherming, niet ten goede komt van de met zoveel woorden beleden waarborgfunctie, als het toestemmingsvereiste slechts een instructienorm is waaraan de rechter niet zou kunnen toetsen.’

2. Ook toetsing van zorgvuldigheid verleende toestemming

In r.o. 4.2.2 gaat de Hoge Raad uitgebreid in op de vraag (2) of bij het oordeel of aan het toestemmingsvereiste is voldaan, ook mag worden gekeken welke informatie daarbij aan de toestemmingverlener is verstrekt. Deze vraag wordt met nadruk bevestigend beantwoord. Naar het oordeel van de Hoge Raad moet worden beoordeeld of de toestemming zorgvuldig tot stand is gekomen. Of andersom gezegd: of de toestemming niet op een zozeer onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen dat de beoogde waarborg daardoor niet is geboden.

Over welke informatie de functionaris die toestemming heeft verleend beschikte, en met name of die informatie juist en volledig is geweest, is daarom van groot belang. Dat kan ook informatie zijn over onderdelen van de constructie die niet

rechtstreeks verband houden met datgene waarvoor de boete is opgelegd.

3. Rechtsgevolgen ontbreken vereiste toestemming

De volgende vraag (3) is welke rechtsgevolgen er moeten komen als de toestemming niet is verleend, of niet zorgvuldig tot stand is gekomen. In dit geval had het hof de boete vernietigd, welk oordeel door de Hoge Raad in stand wordt gelaten.

Dat er rechtsgevolgen moeten komen, overweegt de Hoge Raad expliciet onder r.o. 4.2.1. De Hoge Raad benadrukt in r.o. 4.2.4 wel dat de rechtsgevolgen ook anders kunnen zijn, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Bijvoorbeeld een lagere boete, of zelfs de enkele constatering van het gebrek. Dat laatste kan echter alleen aan de orde zijn als aannemelijk is dat de belanghebbende door het ontbreken van toereikende toestemming niet is benadeeld.

Beoordeeld moet worden welk rechtsgevolg ‘passend’ is. Wanneer de mogelijkheid openblijft dat als wél op zorgvuldige wijze toestemming was gevraagd, de toestemming wellicht niet was verleend, is in mijn ogen de enig passende reactie vernietiging van de boete.

4. Impliciete goedkeuring grove schuld

Over de laatste vraag is de Hoge Raad kort. Toestemming voor het opleggen van een opzetboete impliceert dat een boete mag worden opgelegd op basis van de lagere schuldgradatie ‘grove schuld’, of als de opgelegde boete subsidiair wordt onderbouwd met omstandigheden die wijzen op grove schuld. In deze zaak is overigens geoordeeld dat dat subsidiaire standpunt onvoldoende was onderbouwd.

Met dit oordeel van de Hoge Raad komt voor het advieskantoor definitief een einde aan de medeplegersboete. En hebben wij duidelijkheid dat bij toekomstige boetes aan de rechter de vraag kan worden voorgelegd of op zorgvuldige wijze aan het toestemmingsvereiste is voldaan. Zo nee, dan kan dat ertoe leiden dat de boete vernietigd moet worden.

Voetnoten

- 1). Vgl. HR 1 juli 1992, [ECLI:NL:HR:1992:ZC5028](#), rechtsoverweging 3.2.5, en HR 20 maart 2015, [ECLI:NL:HR:2015:643](#), rechtsoverweging 2.5.2 ([NTFR 2015/1178](#), red.).
- 2). Vgl. HR 9 februari 2024, [ECLI:NL:HR:2024:216](#), rechtsoverweging 6.4 ([NTFR 2024/360](#), red.).