



ASBESTZAKEN

huurrecht · bouwrecht · bestuursrecht

Berekening van een Arboboete

De 'Beleidsregel boeteoplegging arbeidsomstandighedenwetgeving' (hierna: de Beleidsregel boeteoplegging) beschrijft de wijze waarop een Arboboete moet worden berekend. Hiervoor is in de Beleidsregel boeteoplegging een vast stramien opgenomen. In de praktijk valt op dat de minister in een boetebeschikking geen uitleg geeft welke berekening hij toepast en hoe hij tot een bepaald boetebedrag komt. Hierdoor is het voor de asbestsaneerder totaal niet duidelijk hoe de hoogte van een opgelegde boete is bepaald.

Door: Jelle Bekke, LXA The Law Firm

In dit artikel wordt stapsgewijs uitgelegd hoe een Arboboete wordt berekend. Op die berekening is het afgelopen jaar overigens een hoop rechterlijke kritiek geleverd. Dit heeft er onder meer mee te maken dat de boetebedragen sinds 2013 drastisch zijn verhoogd. Ook die kritiek van de bestuursrechter komt in deze bijdrage aan bod.

STAP 1: Bepalen boetenormbedrag

De berekening begint met een boetenormbedrag. De boetenormbedragen zijn in de Beleidsregel boeteoplegging onderverdeeld in zeven categorieën, variërend van € 340,- tot € 13.500,-. Tot welk boetenormbedrag een specifieke overtreding behoort, is vastgelegd in de 'Tarieflijst bestuurlijke boete Arbeidsomstandighedenwetgeving'. Deze lijst is een bijlage van de Beleidsregel boeteoplegging. Afhankelijk van een aantal factoren wordt dat normbedrag vervolgens verhoogd en/of verlaagd.

STAP 2: Correctie naar bedrijfsgrootte

Na vaststelling van het betreffende normbedrag, wordt dat bedrag vervolgens naar bedrijfsgrootte gecorrigeerd. Dit volgt uit artikel 1 lid 8 van de beleidsregel. De correctie varieert van 10% tot 100% van het normbedrag en is afhankelijk van het aantal werknemers van het bedrijf. Zo geldt voor bedrijven of instellingen met 10 tot 39 werknemers dat zij 30% moeten betalen van het normbedrag.

STAP 3: Verhogende omstandigheden

Een boete leidt in de eerste plaats tot verhoging als sprake is van recidive. Deze recidivetermijn is sinds 2013 verlengd. Wanneer sprake is van recidive, wordt bepaald door artikel 34 lid 5 Arbo-wet. Het komt erop neer dat binnen een tijdvak van vijf jaar

voorafgaand aan een overtreding, een soortgelijke overtreding is geconstateerd en de bestuurlijke boete wegens de eerdere overtreding onherroepelijk is. In dat geval wordt de boete verdubbeld. En bij herhaalde recidive of recidive van een zogenaamde 'ernstige overtreding' verdrievoudigd. Verder bepaalt artikel 1 lid 8 Beleidsregel boeteoplegging dat bij arbeidsongevallen een aanzienlijk hogere boete wordt opgelegd. Bij een arbeidsongeval dat leidt tot de dood wordt het boetenormbedrag vermenigvuldigd met vijf. Bij blijvend letsel of een ziekenhuisopname wordt het boetenormbedrag vermenigvuldigd met vier. Tot slot is het vijfde lid van artikel 1 Beleidsregel boeteoplegging van belang. Daaruit volgt dat bij meerdere overtredingen van het Arbobesluit de boetebedragen bij elkaar kunnen worden opgeteld. Cumulatie van boetes is op grond van de beleidsregel dus toegestaan.

‘Kortom: bepaalde overtredingen leiden in de praktijk altijd tot een verdubbelde boete’

Verder wordt in de tarieflijst nog een belangrijk onderscheid gemaakt tussen een zware overtreding (hierna: 'ZO'), een overtreding met directe boete (hierna: 'ODB') en een overige overtreding (hierna: 'OO'). Er is uitsluitend sprake van een ZO als is voldaan aan de omschrijving die staat vermeld in de voetnoten van de Tarieflijst. Ingevolge artikel 1 lid 10 Beleidsregel boeteoplegging wordt de boete dan verdubbeld. Is niet voldaan aan de omschrijving in de voetnoot, dan geldt de overtreding als een OO. In dat geval ontvangt de werkgever eerst een waarschuwing en kan dus niet direct een boete volgen.

‘Vooral over de matigingsgronden is het afgelopen jaar een hoop te doen geweest. Dit heeft er onder meer toe geleid dat de minister de matigingsgronden korte tijd uit de beleidsregel heeft geschrapt’

Wat opvalt is dat in veel gevallen de tekst in de voetnoten hooguit redactioneel verschillen, maar inhoudelijk niet afwijken van de desbetreffende norm in het Arbobesluit. Als voorbeeld noem ik de voetnoten bij de artikelen 4.45 en 4.48a Arbobesluit. Die voetnoten lijken dan ook eerder een nadere toelichting op de betreffende norm. Kortom: bepaalde overtredingen leiden feitelijk altijd tot een verdubbelde boete.

Het is de vraag of de beleidsregel op dit punt redelijk is. Deze vraag ligt op dit moment voor aan de bestuursrechter.

STAP 4: Verlagende omstandigheden

Naast de zojuist besproken verhogende omstandigheden, voorziet de Beleidsregel boeteoplegging in een aantal factoren die (kunnen) leiden tot verlaging van de Arboboete. Deze factoren worden ook wel matigingsgronden genoemd. Vooral over de matigingsgronden is het afgelopen jaar een hoop te doen geweest. Dit heeft er onder meer toe geleid dat de minister de matigingsgronden korte tijd uit de beleidsregel heeft geschrapt.

Zowel de oude beleidsregel (Beleidsregel 33) als de in 2013 in werking getreden Beleidsregel boeteoplegging bevatten een drietal gronden voor matiging. Deze matigingsgronden konden alleen cumulatief tot verlaging van de boete leiden. Dit houdt in dat pas tot matiging kon worden overgegaan indien geheel was voldaan aan de (veelomvattende) opsomming van factoren in de eerste matigingsgrond. Daarnaast was toepassing van de tweede en derde matigingsgrond afhankelijk van de vraag of aan de voorafgaande matigingsgrond(en) geheel was voldaan.

In een tweetal belangrijke uitspraken oordeelde de hoogste bestuursrechter dat het zogenaamde cumulatieve karakter van de matigingsgronden onredelijk is. Naar aanleiding van die uitspraken schrapte de minister op 3 september 2015 de matigingsgronden uit de beleidsregel. Op 18 december 2015 introduceerde hij vervolgens in een vernieuwde beleidsregel nieuwe matigingsgronden. Daarin laat de minister onder meer het cumulatieve karakter varen. Bovendien zijn de matigingsgronden nu onderverdeeld in een viertal (vergelijkbare) factoren die ieder kunnen leiden tot een verlaging van 25% van het boetenormbedrag.

(De kritiek van de bestuursrechter op de oude matigingsgronden kunt u lezen op de volgende pagina.)

STAP 5: Algehele evenredigheidstoets

Hiervoor is besproken op welke wijze een Arboboete wordt berekend. Het is echter vaste rechtspraak dat een beleidsregel de minister geenszins ontslaat van haar verplichting om daarnaast telkens te toetsen of het bij beleidsregel berekende boetebedrag evenredig is. De minister moet zich met andere woorden telkens afvragen of de bij de Beleidsregel boeteoplegging berekende boete wel redelijk is.

Die evenredigheidstoets vindt zijn grondslag in artikel 5:46 Awb. Dat artikel maakt onderscheid in enerzijds een bepaling voor wettelijk vastgestelde boetes (lid 3) en anderzijds boetes die niet bij wet zijn bepaald (lid 2). Omdat een Arboboete wordt berekend aan de hand van een beleidsregel, behoort die boete tot de laatste categorie. Artikel 5:46 lid 2 Awb vereist dat de Arboboete wordt afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet de minister tevens rekening houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Hoewel artikel 5:46 lid 2 Awb een zekere mate van vrijheid impliceert voor de minister om de hoogte van de Arboboete vast te stellen, toetst de rechter als gezegd zonder terughoudendheid toetst aan die discretionaire bevoegdheid. Dit wordt gerechtvaardigd door het bestraffende karakter van de Arboboete waarop artikel 6 lid 2 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens van toepassing is. Zowel in uitspraken van de Afdeling als van de rechtbanken zijn recente voorbeelden (zie volgende pagina) te vinden waarin de bestuursrechter de opgelegde Arboboete matigde omdat de boete in strijd werd geoordeeld met artikel 5:46 lid 2 Awb.

Tot slot

In dit artikel heb ik voor u uiteen gezet op welke wijze een Arboboete wordt berekend. Ook heeft u kunnen lezen dat de bestuursrechter onder andere de hoogte van die boete zeer kritisch toetst. Ook als de Beleidsregel boeteoplegging geen aanleiding geeft tot matiging, kan een heel palet aan omstandigheden alsnog leiden tot matiging door de bestuursrechter.

Veel saneringsbedrijven - zo leert de praktijk - verrichten veel inspanningen om goede arbeidsomstandigheden te creëren voor haar werknemers. Desondanks kan het voorkomen dat zij toch worden geconfronteerd met een Arboboete. Ook kan de Arboboete leiden tot (preventieve) stillegging en 'naming and shaming' op de website van de Inspectie SZW. Hierover zal ik u in een volgend artikel bijpraten. Laat een boete altijd toetsen door een juridisch specialist.



Over de auteur:

mr. J.A. Bekke is advocaat bij
LXA The Law Firm
en specialist op het gebied van
arbeidsomstandigheden.
www.lxa.nl

Kritiek van de bestuursrechter op de oude matigingsgronden

Het was tot 6 mei 2015 vaste rechtspraak dat de Beleidsregel boeteoplegging niet onredelijk is. Op die datum brak de Afdeling met die vaste lijn. In die zaak stelde appellante de redelijkheid van de matigingsgronden uit de (oude) Beleidsregel 33 ter discussie. De Afdeling overwoog dat "anders dan voorheen" het cumulatieve karakter van de matigingsgronden onredelijk is. De Afdeling wijst erop dat cumulatieve toepassing er met regelmaat toe leidt dat de boete aan een werkgever die niet heeft voldaan aan de eerste matigingsgrond, maar wel voor een belangrijk deel daarvan en bovendien geheel of in belangrijke mate aan de tweede en/of derde matigingsgrond, in het geheel niet wordt gematigd. Aan deze werkgevers wordt dus dezelfde boete opgelegd als aan werkgevers die zich in het geheel niet hebben ingespannen om de overtreding te voorkomen. In zoverre is de oude beleidsregel onredelijk, aldus de Afdeling.

Omdat de (nieuwe) Beleidsregel boeteoplegging vergelijkbare matigingsgronden kende, liet het oordeel van de Afdeling over de (on)redelijkheid van de die beleidsregel niet lang op zich wachten. Op 8 juli 2015 oordeelde de Afdeling dat om dezelfde reden ook de nieuwe beleidsregel onredelijk was. De Afdeling gaat zelfs nog een stap verder door vast te stellen dat de eerste matigingsgrond ten opzichte van de oude beleidsregel strenger is geworden. De Afdeling tikte de minister bovendien op de vingers omdat hij de beleidsregel op dit punt nog niet had aangepast aan de uitspraak van 6 mei 2015: "Gelet hierop, ziet de Afdeling, nu het beleid ter zake nog niet is aangepast aan voormelde uitspraak, aanleiding bij de beoordeling van de gronden gericht tegen de beslissing van de rechtbank over de opgelegde boete aan artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, artikel 1, elfde lid, van de Beleidsregel buiten beschouwing te laten." Wel achtte de Afdeling de in de beleidsregel genoemde factoren op zichzelf genomen (onverminderd) relevant om te bepalen of grond bestaat voor matiging. Ook in de lagere rechtspraak wordt dit oordeel van de hoogste bestuursrechter overgenomen.

Door de niet mis te verstane woorden van de Afdeling, kon een wijziging van de Beleidsregel boeteoplegging niet uitblijven. Op 3 september 2015 schrapte de minister de matigingsgronden uit de beleidsregel. Op 18 december 2015 introduceerde de minister in een vernieuwde beleidsregel nieuwe matigingsgronden. Daarin laat hij onder meer het cumulatieve karakter varen. Bovendien zijn de matigingsgronden nu onderverdeeld in een viertal (vergelijkbare) factoren die ieder kunnen leiden tot een verlaging van 25% van het boetenormbedrag. Of deze matigingsgronden de redelijkheidstoets van de bestuursrechter wél kunnen doorstaan, moet nog blijken. Naar onze mening zal veel afhangen van de wijze waarop het beleid wordt toegepast. De nota van toelichting

bij de beleidswijziging stelt ons wat dat betreft niet gerust: "Wel zal er vaak sprake zijn van een samenhang tussen de verschillende matigingsgronden. Er zal bijvoorbeeld doorgaans geen sprake kunnen zijn van adequaat toezicht als er geen veilige werkwijze is ontwikkeld. Adequaat toezicht ziet immers op de toepassing van de veilige werkwijze." Als de minister "vaak" of "doorgaans" de matigingsgronden alsnog cumulatief gaat toepassen, is sprake van een nieuwe lap op een oud kleed.

Recente voorbeelden van uitspraken waarin de bestuursrechter de opgelegde Arboboete matigde

Het feit dat de overtreding het gevolg was van een éénmansactie van een werknemer die "losgaat" op asbesthoudende dakplaten en de werkgever haar werknemers (aantoonbaar) had voorgelicht over de gevaren van asbest, was voor de Rechtbank Overijssel in een uitspraak van 10 juli 2015 reden om de boete te matigen met maar liefst 83%. In een uitspraak van 9 november 2015 oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland dat de werkgever maatregelen had getroffen om een ongeval te voorkomen. Dit was volgens de rechtbank reden om de Arboboete met 33% te matigen. Ook de financiële positie van een werkgever kan aanleiding zijn voor matiging indien hij door de boete onevenredig wordt getroffen. Een betalingsregeling is daarbij niet bepalend voor de evenredigheid van de boete, omdat dit de hoogte van de boete onverlet laat, aldus de Rechtbank Noord-Holland in een uitspraak van 9 december 2015.

Interessant is verder de uitspraak van de Afdeling van 15 april 2015. De Afdeling overwoog daarin dat ook inspanningen ná een overtreding (om de nadelige gevolgen van de overtreding te beperken) aanleiding kan zijn om de boete op grond van artikel 5:46 lid 2 Awb – in dit geval met 35% - te matigen. Dit is opvallend omdat de redactie van voormeld artikel slechts mogelijkheden voor matiging lijkt te bieden, gelet op de ernst van de overtreding, de verwijtbaarheid van de overtreder en omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. De Afdeling kiest er echter voor die bepaling ruim uit te leggen. Tot slot wijzen wij op een uitspraak van 4 november 2015 waarbij het afwijken van een werkplan weliswaar een overtreding was van het Arbobesluit, maar de boete met 75% gematigd had moeten worden omdat de gehanteerde werkmethode even veilig, dan wel veiliger was dan de methode die was beschreven in het werkplan. ●