

Jurisprudentie

Een bedrijfsinspectie in het kader van de Awb en de toepasselijkheid van het nemo tenetur-beginsel

Annotatie bij ABRvS 26 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2862

Mr. dr. B. van der Vorm*

1. De vraag wanneer sprake is van een ‘criminal charge’ speelt een belangrijke rol in het bestuurlijke handhavingsrecht. Indien sprake is van een ‘criminal charge’ gelden bepaalde strafrechtelijke waarborgen, zoals het nemo tenetur-beginsel. In algemene zin is dit beginsel ‘uitgekleed’ tot het zwijgrecht. Het nemo tenetur-beginsel is voor het bestuurlijke handhavingsrecht neergelegd in artikel 5:10a Awb. Uit het eerste lid van deze bepaling blijkt dat degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. In strikte zin houdt het nemo tenetur-beginsel in dat iemand niet kan worden gedwongen mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Blijkens rechtspraak van het EHRM wordt dit beginsel niet zó strikt geïnterpreteerd.¹ Artikel 6 EVRM garandeert slechts het zwijgrecht in strikte zin: het recht om niet te worden gedwongen een bekentenis of een verklaring tegen zichzelf af te leggen. Volgens de strafkamer van de Hoge Raad is beslissend voor de vraag of in een strafrechtelijke procedure het nemo tenetur-beginsel is geschonden, of het gebruik tot het bewijs van het onder

dwang van de verdachte verkregen materiaal in een strafzaak zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen.² Algemeen wordt aangenomen dat het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel niet in acht hoeven te worden genomen, tijdens een, niet als ‘criminal charge’ aan te merken, (bestuursrechtelijk) controleonderzoek.³ Op welk moment in een bestuursrechtelijke procedure kan een overtreder met succes een beroep doen op het nemo tenetur-beginsel? En hoe dient het nemo tenetur-beginsel evenwel te worden geïnterpreteerd in een bestuursrechtelijke procedure? Deze vragen komen aan de orde in de onderhavige uitspraak.

2. In deze zaak heeft de minister van Infrastructuur en Waterstaat bij besluit van 8 februari 2018 aan appellante een bestuurlijke boete van € 41.000,00 opgelegd wegens het niet goed registreren van de rust- en arbeidstijden op grond van de Arbeidstijdenwet (Atw). De minister baseert deze boete op een boeterapport van 2 mei 2017 van een toezichthouder van de Inspectie Leefomgeving en Transport. Het boeterapport vermeldt dat de rapporteur aan de hand van de digitale data uit verschillende vrachtwagens (M-bestanden) zag dat er met die vrachtwagens werkzaamheden waren verricht voor appellante, terwijl de digitale data van de bestuurderskaarten (C-be-

* Mr. dr. B. van der Vorm is redactielid van dit tijdschrift, universitair docent straf(proces)- en bestuursrecht en is verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen, de Afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie en het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging van de Universiteit Utrecht.

1 EHRM 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862, NJ 1997/699, m.nt. G. Knigge (Saunders t. Verenigd Koninkrijk).

2 HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:515, NJB 2021/1337, r.o. 3.3.

3 H.E. Bröring, K.J. de Graaf e.a., *Bestuursrecht 1. Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving* (zevende druk), Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 689.

standen) over die werkzaamheden ontbraken. De minister heeft daarom vastgesteld dat appellante als werkgever in totaal 85 keer artikel 4:3 lid 1 Atw heeft overtreden. De hoogte van de boete heeft de minister aan de hand van de Beleidsregel boeteoplegging Arbeidstijdenwet en Arbeidstijdenbesluit vervoer (wegvervoer) 2016 vastgesteld. In het besluit op bezwaar heeft de minister de boeteoplegging gehandhaafd.⁴

3. In hoger beroep wordt door appellante onder andere betoogd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat er bij de bedrijfsinspectie nog geen ‘criminal charge’ was.⁵ De reden dat dit betoog wordt gevoerd is evident; indien sprake is van een ‘criminal charge’ is het nemo tenetur-beginsel van toepassing. Met een eventuele toepasselijkheid is evenwel nog niets gezegd op de vraag in hoeverre het nemo tenetur-beginsel ook is geschonden, maar hier wordt later op teruggekomen. De Afdeling buigt zich eerst over de vraag of het nemo tenetur-beginsel in deze casus van toepassing is. Dit rechtscollege overweegt dat er sprake is van een ‘criminal charge’, zodra een controleonderzoek niet meer uitsluitend het karakter heeft van een controleonderzoek in het kader van toezicht en een juiste naleving van de wet, maar op het opleggen van een boete. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de rechtbank terecht overwogen dat er bij de bedrijfsinspectie nog geen ‘criminal charge’ was. Op de zitting bij de Afdeling heeft de minister toegelicht dat in de verschillende registratiesystemen eerdere overtredingen van aan appellante gelieerde bedrijven waren geconstateerd. Er was bij de bedrijfsinspectie nog geen concrete verdenking van overtreding van de Atw door appellante. Dat de bedrijfsinspectie werd uitgevoerd door een joint-venture team is ook onvoldoende om tot de conclusie te komen dat er toen al een ‘criminal charge’ was. Toezichthouders werken vaker samen om effectiever toezicht te houden en onnodige stapeling van inspecties te voorkomen. De bedrijfsinspectie was dan ook geen controle met het oog op een aan appellante op te leggen bestraffende sanctie.⁶

4. Interessant in deze overweging van de Afdeling is de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van een ‘criminal charge’ inzake de uitvoering van een bedrijfsinspectie. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt namelijk dat er is sprake van een ‘criminal charge’ vanaf het moment waarop van overheidswege jegens een persoon een handeling is verricht waaraan deze persoon in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat tegen hem strafvervolging wordt ingesteld of een punitieve bestuursrechtelijke sanctie (bijvoorbeeld een bestuurlijke boete) zal worden opgelegd.⁷

4 ABRvS 26 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2862, JB 2023/181, r.o. 2.

5 ABRvS 26 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2862, JB 2023/181, r.o. 4. Vgl. EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, NJ 1978/223 (Engel t. Nederland).

6 ABRvS 26 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2862, JB 2023/181, r.o. 4.1.

7 HR 17 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9708, NJ 1987/951; HR 23 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8519, BNB 1993/271, m.nt. P.J. Wattel; HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9006, AB 2006/11, m.nt. A.M.L.

In de memorie van toelichting bij de Vierde tranche van de Awb wordt ook op deze kwestie ingegaan:

‘Alles afwegende stellen wij daarom voor te bepalen dat aan een persoon het zwijgrecht toekomt, zodra hij met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie wordt verhoord. Deze formulering maakt in de eerste plaats duidelijk dat het gaat om situaties waarin het bestuursorgaan serieus overweegt om de overtreding «punitief» af te doen. Het bestuursorgaan overweegt derhalve niet (langer) om (alleen) een herstelsanctie op te leggen. De terminologie «wordt verhoord» in plaats van «wordt ondervraagd» sluit aan bij het strafrecht en het fiscale recht. Zij onderstreept mede daardoor nog eens dat het recht om te zwijgen geldt bij vragen die zijn gericht op bestraffing, niet bij vragen die (tevens) zijn gericht op andere bestuurstaken, zoals bijvoorbeeld de belasting- of premieheffing. Dit is van belang voor de afbakening tussen het zwijgrecht en bestuursrechtelijke inlichtingenplichten.»⁸

De overweging van de Afdeling wanneer sprake is van een ‘criminal charge’ is een andere in vergelijking met de lijn van de Hoge Raad. Het grote verschil is erin gelegen dat de Afdeling niet redeneert vanuit het perspectief van de overtreder. Er moet objectief worden vastgesteld of een controleonderzoek óók het karakter heeft van een controleonderzoek in het kader van het opleggen van een bestuurlijke boete, terwijl de Hoge Raad een subjectievere insteek hanteert. Volgens de Hoge Raad staat het perspectief van de overtreder – verdachte – centraal. Bezien vanuit dit perspectief wordt aangenomen dat sprake is van een ‘criminal charge’ vanaf het tijdstip waarop de overtreder uit handelingen van het bestuursorgaan redelijkerwijs kan afleiden dat hem een boete zal worden opgelegd. Vanaf dat tijdstip is hij derhalve niet (meer) verplicht ten behoeve van de boeteoplegging enige verklaring over de overtreding af te leggen. Uit de overweging van de Afdeling blijkt dat geen aandacht wordt besteed aan de vraag of de overtreder in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Er wordt objectief vastgesteld dat de bedrijfsinspectie geen controle was met het oog op een aan appellante op te leggen bestraffende sanctie.⁹

5. De Afdeling is zich hier ook van bewust, aangezien zij vervolgens overweegt dat de opvatting dat het nemo tenetur-beginsel al van toepassing zou zijn als de betrokkene niet kan uitsluiten dat een boete of vervolging zal volgen, een te ruime uitleg van artikel 6 EVRM is. Die uitleg zou ertoe leiden dat het onderzoek door een toezichthouder ernstig wordt bemoeilijkt, óók als dit slechts tot toezicht strekt en wellicht helemaal niet in een bestuurlijke boete zal uitmonden.¹⁰ Is er evenwel

Jansen. Zie ook: J.S. Nan, ‘Een probleem rondom het nemo teneturbeginsel?’, BSB 2021, p. 117.

8 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 96.

9 ABRvS 26 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2862, JB 2023/181, r.o. 4.1. Vgl. ABRvS 20 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3097, r.o. 3.1.

10 ABRvS 26 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2862, JB 2023/181, r.o. 4.2.

een verschil tussen ‘niet kunnen uitsluiten dat een bestuurlijke boete zal volgen’ en ‘in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat een bestuurlijke boete zal worden opgelegd’? Dit lijkt mij toch vooral een semantisch onderscheid te zijn en hier is op zijn minst sprake van een spanning met jurisprudentie van de Hoge Raad. Hier lijken de Afdeling en de Hoge Raad een andere uitleg te geven over de toepasselijkheid van het nemo tenetur-beginsel en het is de vraag of de Afdeling hier niet te veel afwijkt van de strafrechtelijke jurisprudentie dien-aangaande.¹¹

6. Een ander punt dat aandacht verdient, is de overweging ten overvloede van de Afdeling. Als de bedrijfsinspectie wel zou zijn aan te merken als een ‘criminal charge’, dan mocht de minister de C- en M-bestanden nog steeds in de bewijsvoering gebruiken. De C- en M-bestanden bestonden onafhankelijk van de wil van appellante. Het verbod op gedwongen zelfincriminatie strekt zich niet uit tot het gebruik in strafzaken van bewijsmateriaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.¹² Met deze overweging geeft de Afdeling mijns inziens impliciet aan dat de strafrechtelijke uitleg van het nemo tenetur-beginsel in het bestuursrecht hiervan niet moet afwijken. Nan geeft aan dat over de interpretatie van wils(on)afhankelijk materiaal de oordelen (inter)nationaal echter uiteenlopen. Naar zijn mening is de lijn van het EHRM dat ‘een betrokkene niet tegen zijn wil, zelf onder dwang het bewijs moet aanleveren aan de autoriteiten die hem in het vizier hebben. Dat het materiaal in “fysieke” zin al zou bestaan, doet daarbij niet of nauwelijks ter zake (...). Onze nationale rechters lijken hieraan maar niet te willen.’¹³ Hij geeft ook aan dat ‘als de betrokkene niet kan uitsluiten dat hetgeen bij behoort aan te leveren, tegen hem gebruikt kan worden in een (bestuurs)strafprocedure, kan hij voor het weigeren aan de verplichting te doen voldoen niet worden bestraft’.¹⁴ Het is uit het voorgaande duidelijk geworden, dat de Afdeling er een andere interpretatie op nahoudt.

7. Dit is ook interessant om in gedachten te houden tegen de achtergrond van het fiscaalrechtelijke schuldonderzoek, zoals voorgesteld in de Fiscale verzamelwet 2025. Met de invoering van artikel 67h AWR wordt een grondslag gecreëerd voor het fiscale schuldonderzoek. De inspecteur voert zo’n onderzoek uit voordat hij een boete oplegt. Hij onderzoekt dan of er voldoende bewijs bestaat voor opzet en/of grove schuld. De belangrijkste vraag die in dit verband speelt, is of de inspecteur informatie die van belang kan zijn voor het opleggen van een boete kan afdwingen. Ook hier komt de kwestie aan de

orde op welk moment het nemo tenetur-beginsel van toepassing is. De vraag is ook wanneer het nemo tenetur-beginsel van toepassing is ten aanzien van het schuldonderzoek. Indien een inspecteur een dergelijk onderzoek uitvoert, kan de overtreder dan in redelijkheid de gevolgtrekking verbinden dat een fiscale boete zal worden opgelegd? Hoewel het EHRM in de zaak *De Legé tegen Nederland*¹⁵ stelde dat het nemo tenetur-beginsel in financiële (administratieve) procedures anders wordt uitgelegd dan in zuiver strafrechtelijke procedures, is het moeilijk voorstelbaar dat het nemo tenetur-beginsel niet van toepassing zou zijn op de uitvoering van een schuldonderzoek. Op basis van zo’n onderzoek kan de overtreder in redelijkheid de gevolgtrekking verbinden dat een fiscale boete wordt opgelegd. Tot dezelfde conclusie moet worden gekomen indien de overweging van de Afdeling wordt gevolgd: een schuldonderzoek heeft niet uitsluitend het karakter van een onderzoek in het kader van toezicht en een juiste naleving van de wet, maar ook op het opleggen van een boete. Hiermee is het nemo tenetur-beginsel van toepassing op het schuldonderzoek. Dit relativeert het verschil in opvatting tussen de Afdeling en de Hoge Raad; het resultaat zal niet zelden hetzelfde zijn.

11 Vgl. ABRvS 31 mei 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2067, AB 2023/250, m.nt. R. Stijnen.

12 ABRvS 26 juli 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2862, JB 2023/181, r.o. 4.2.

13 Nan 2021, p. 127.

14 Nan 2021, p. 127. Inmiddels heeft het EHRM in de nog te bespreken zaak *De Legé t. Nederland* (EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, NLF 2022/2127, m.nt. A.J.C. Perdaems) meer klare wijn geschonken, ook voor ‘financial law matters’. Zie: HR 14 november 2023, ECLI:NL:HR:2023:1562.

15 EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, NLF 2022/2127, m.nt. A.J.C. Perdaems.