

Cautie. Geen cautieplicht bij schriftelijk opvragen van informatie. Aansluiting bij uitspraak grote kamer.

CRvB 17-06-2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1259, m.nt. C.M.M. van Mil en R.P.A. Kraaijeveld

Instantie

Centrale Raad van Beroep

Datum

17 juni 2020

Magistraten

Mrs. H.G. Rottier, S. Wijna, G.A.J. van den Hurk

Zaaknummer

18/5903 WW

Noot

C.M.M. van Mil en R.P.A. Kraaijeveld

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS229505:1

Vakgebied(en)

Bestuursrecht algemeen / Handhaving algemeen

Sociale zekerheid werkloosheid / Verplichtingen en sancties

Brondocumenten

ECLI:NL:CRVB:2020:1259, Uitspraak, Centrale Raad van Beroep, 17-06-2020

Wetingang

Art. 5:10a, 8:72a Awb; art. 22a, 25, 26, 27a lid 1 WW; art. 23 lid 4 Sr; art. 120 Gw; art. 2 lid 7 en 8 Boetebesluit socialezekerheidswetten

Essentie

Schriftelijk opvragen van informatie door UWV is niet gelijk te stellen aan een verhoor, zodat geen cautieplicht geldt.

Samenvatting

In het algemeen geldt dat het schriftelijk opvragen van informatie niet gelijk kan worden gesteld aan een verhoor als hiervoor bedoeld in die zin dat een verhoor een situatie is van een mondelinge ondervraging, waarbij sprake is van een zekere druk. De cautie wil voorkomen dat de ondervraagde onder druk verklaringen aflegt, waarvan niet gezegd kan worden dat ze in vrijheid zijn afgelegd. Bij schriftelijke vragen is als regel geen sprake van een verhoor door het ontbreken van de directe confrontatie met de ondervrager. Dit is slechts anders indien in bijzondere omstandigheden van een schriftelijke vraag een zodanige druk om te antwoorden zou uitgaan, dat materieel sprake is van een verhoor. (Zie de parlementaire geschiedenis van artikel 5:10a van de Awb, Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 99). Van bijzondere omstandigheden als bedoeld in 5.1.4 is geen sprake. De mededeling van het UWV in de brieven van 11 en 25 juli 2017 houdt immers in dat bij geen reactie op het verzoek om de gevraagde gegevens te verstrekken, het recht op uitkering niet kan worden vastgesteld en dat dan de WW-uitkering vanaf 1 juli 2013 zal worden teruggevorderd. Deze mededeling behelst alleen informatie over wat het UWV in dat geval op grond van de artikelen 22a, eerste lid, aanhef en onder c, en 36 van de WW na afloop van de startperiode verplicht zou zijn te doen. Van beide brieven kan objectief bezien niet worden gezegd dat daarvan een zodanige druk tot antwoorden uitgaat, dat materieel sprake was van een verhoor. Uit 5.1.4 en 5.1.5 volgt dat geen sprake was van een verhoor als bedoeld in artikel 5:10a van de Awb, zodat de cautieplicht niet gold toen het UWV met de brieven van 11 en 25 juli 2017 om informatie verzocht. De rechtbank heeft dan ook ten onrechte geoordeeld dat in de bedoelde brieven ten onrechte de cautie niet is gegeven en dat om die reden het bestreden besluit moet worden vernietigd en het primaire boetebesluit moet worden herroepen.

Partij(en)

Uitspraak op de hoger beroepen tegen de uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 9 oktober 2018, 18/541 (aangevallen uitspraak) tussen:

Appellante,

en

De Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV).

Uitspraak

Procesverloop

Appellante heeft in zaak 18/5960 WW hoger beroep ingesteld en in zaak 18/5903 WW een verweerschrift ingediend.

Het Uwv heeft in zaak 18/5903 WW hoger beroep ingesteld en in zaak 18/5960 WW een verweerschrift ingediend.

De Raad heeft het Uwv een vraag gesteld. Het Uwv heeft daarop geantwoord.

Appellante heeft nadere stukken overgelegd.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 12 februari 2020. Appellante is verschenen, bijgestaan door haar echtgenoot. Het Uwv heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. drs. J. Hut.

Overwegingen

1.1.

Appellante is werkzaam geweest als groepsleerkracht in het voortgezet speciaal onderwijs. Per 1 juni 2012 is aan haar een uitkering op grond van de Werkloosheidswet (WW) toegekend, op basis van een verlies van 20 arbeidsuren per week.

1.2.

Appellante heeft toestemming gekregen om van 19 november 2012 tot en met 30 december 2012 met behoud van haar WW-uitkering onderzoek te doen naar het starten van een eigen bedrijf en om van 31 december 2012 tot en met 30 juni 2013 met behoud van haar WW-uitkering te starten als zelfstandig ondernemer.

1.3.

Bij besluit van 27 juni 2013 heeft het Uwv de WW-uitkering van appellante per 1 juli 2013 gedeeltelijk beëindigd en verlaagd naar 15 uur per week, omdat zij had doorgegeven dat zij vijf uur per week als zelfstandige blijft werken. Daarbij is appellante meegedeeld dat de uitkering definitief stopt voor de uren die zij als zelfstandige werkt. Ook is appellante erop gewezen dat zij aan het Uwv alle uren moet opgeven die zij aan haar eigen bedrijf besteedt, zowel directe uren, waarbij daadwerkelijk geld is verdiend, als indirecte uren voor bijvoorbeeld administratie, het verwerven van opdrachtgevers, netwerken of studie. Verder staat in dit besluit dat in het geval wijzigingen niet worden doorgegeven, appellante tijdelijk minder of geen uitkering en/of een boete krijgt en dat te veel ontvangen uitkering moet worden terugbetaald.

1.4.

Per 10 april 2015 is de WW-uitkering van appellante beëindigd wegens het bereiken van de maximale uitkeringsduur.

1.5.

Nadat was gebleken dat appellante over 2013 bij de Belastingdienst volledige zelfstandigenaftrek had geclaimd, wat betekent dat zij gemiddeld minimaal 23,56 uur per week als zelfstandige heeft gewerkt, heeft het Uwv bij brief van 11 juli 2017 aan appellante verzocht om voor 25 juli 2017 de directe en indirecte uren door te geven die zij in de periode van 1 juli 2013 tot en met 9 april 2015 aan haar bedrijf heeft besteed. Bij brief van 25 juli 2017 is appellante nogmaals verzocht de gevraagde gegevens voor 1 augustus 2017 te verstrekken. Daarbij is vermeld dat indien geen reactie van haar wordt ontvangen, het recht op uitkering niet kan worden vastgesteld en dat dan de WW-uitkering vanaf 1 juli 2013 van haar zal worden teruggevorderd. Appellante heeft een uitgebreid overzicht van haar gewerkte uren per week gemaakt en dit bij brief van 30 juli 2017 aan het Uwv toegestuurd.

1.6.

Naar aanleiding van dit overzicht heeft het Uwv bij besluit van 14 september 2017 de WW-uitkering van appellante vanaf 1 juli 2013 herzien en vanaf 19 augustus 2013 ingetrokken omdat is gebleken dat zij vanaf die datum meer uren als zelfstandige heeft gewerkt dan dat zij had doorgegeven. Tevens heeft het Uwv over de periode 1 juli 2013 tot en met 9 april 2015 een bedrag van in totaal bruto € 27.503,72 aan volgens het Uwv onverschuldigd betaalde WW-uitkering van

appellante teruggevorderd.

1.7.

Bij afzonderlijk besluit van 14 september 2017 (boetebesluit) heeft het Uvw aan appellante een boete van € 5.200 opgelegd, omdat zij haar inlichtingenplicht heeft geschonden door het Uvw niet in kennis te stellen van het juiste aantal uren dat zij als zelfstandige heeft gewerkt.

1.8.

Appellante heeft bezwaar gemaakt tegen de besluiten van 14 september 2017. Bij beslissing op bezwaar van 27 december 2017 (bestreden besluit) heeft het Uvw het bezwaar ongegrond verklaard voor zover het ziet op het herzienings- en intrekingsbesluit en het terugvorderingsbesluit (beslissing 1). Het bezwaar is gegrond verklaard voor zover het ziet op het boetebesluit. De boete is wegens geringe verwijtbaarheid verlaagd naar € 2.748,46, zijnde 10% van het benadelingsbedrag (beslissing 2).

2.1.

Appellante heeft beroep ingesteld tegen het bestreden besluit. In een aanvullend beroepschrift heeft appellante de rechtbank gevraagd beslissing 1 te toetsen aan de billijkheid en het terug te vorderen bedrag lager vast te stellen. Zij heeft daarin een voorstel aan het Uvw gedaan voor een andere betaling aan het Uvw op basis van een overzicht van vijf jaar activiteiten in haar bedrijfje, en op basis van financiële gegevens over de periode van 1 juli 2013 tot en met 9 april 2015. Voorts heeft zij de rechtbank verzocht beslissing 2 te vernietigen, omdat zij het Uvw onder dwang de gegevens over gewerkte uren per week heeft moeten verstrekken en omdat de hoogte van de boete volgens haar disproportioneel en onbillijk is. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep van appellante tegen het bestreden besluit gegrond verklaard, het bestreden besluit alleen vernietigd voor zover het betrekking heeft op de boete en het boetebesluit van 14 september 2017 herroepen.

2.2.

Met betrekking tot de herziening, intrekking en terugvordering heeft de rechtbank overwogen dat het voor appellante redelijkerwijs duidelijk had moeten zijn dat zij zowel directe als indirecte uren aan het Uvw had moeten doorgeven. Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat er geen sprake is van een bijzonder geval waarbij strikte toepassing van de dwingendrechtelijke voorschriften zodanig in strijd zou zijn met het rechtszekerheidsbeginsel, dat de toepassing van die voorschriften geen rechtsplicht meer kan zijn. Het beroep van appellante op een dringende reden om af te zien van de terugvordering kan naar het oordeel van de rechtbank niet slagen omdat er geen onaanvaardbare sociale en/of financiële gevolgen zijn voor appellante. Het Uvw heeft daarom terecht het bedrag aan onverschuldigd betaalde uitkering teruggevorderd.

2.3.

Met betrekking tot de boete heeft de rechtbank overwogen dat het Uvw bij het opvragen van de gewerkte uren de cautie had moeten geven, nu dit verzoek was gebaseerd op de ontstane twijfel aan de juistheid van de door appellante opgegeven uren. Omdat het Uvw in de brieven van 11 en 25 juli 2017, waarbij appellante werd verzocht een opgave te verstrekken van de gewerkte uren, geen cautie heeft gegeven, heeft de rechtbank geoordeeld dat de door appellante naar aanleiding van deze brieven verstrekte overzichten in het kader van de boete buiten beschouwing moeten worden gelaten. Nu de overige gegevens uit het dossier onvoldoende grondslag bieden voor het oordeel dat appellante van de overtreding van de inlichtingenplicht niet alleen objectief maar ook subjectief een verwijt kan worden gemaakt, was het Uvw niet bevoegd een boete op te leggen.

3.1.

Het hoger beroep van appellante is gericht tegen het oordeel van de rechtbank om de herziening, intrekking en terugvordering in stand te laten. Samengevat heeft appellante in hoger beroep aangevoerd dat de rechtbank de relevante formele wetgeving had moeten toetsen op redelijkheid of billijkheid en dat er in haar geval sprake is van een evident onredelijke en onbillijke uitkomst van het toepassen van deze wetgeving. Daarnaast heeft appellante betoogd dat de terugvordering voor haar onaanvaardbare gevolgen heeft en dat het inkomen van haar man daarbij buiten beschouwing zou moeten worden gelaten. Naar de mening van appellante zou een terugvordering van hooguit € 11.406 recht doen aan het idee dat werken moet lonen en niet moet worden afgestraft. Voor het overige heeft appellante verzocht om de aangevallen uitspraak te bevestigen.

3.2.

Het hoger beroep van het Uvw is gericht tegen het oordeel van de rechtbank om het bestreden besluit voor zover de boete

is vernietigd en het boetebesluit van 14 september 2017 is herroepen. Het Uvw heeft aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de cautie had moeten worden gegeven in de brieven van 11 en 25 juli 2017. Volgens het Uvw was ten tijde van de bedoelde brieven nog geen sprake van een situatie waarin sprake was van een verdenking van een strafbaar feit. Bovendien ging het niet om wilsafhankelijk materiaal omdat het gegevens betrof die al in bestaande documenten van appellante waren neergelegd, zodat de cautie niet hoefde te worden gegeven. Zelfs als er wel sprake zou zijn van een noodzaak om de cautie te geven, dan was er voldoende andere informatie die gebruikt kon worden bij de heroverweging in bezwaar en is terecht een boete opgelegd. Het Uvw heeft de Raad verzocht om, indien het hoger beroep slaagt, de boete vast te stellen op € 1.040 (10/75 maal € 7.800) omdat bij het bestreden besluit ten onrechte geen rekening was gehouden met het toepasselijke wettelijke strafmaximum van artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht. Voor het overige heeft het Uvw verzocht om de aangevallen uitspraak te bevestigen.

4.

De Raad komt tot de volgende beoordeling.

Herziening, intrekking en terugvordering van de WW-uitkering

4.1.1.

Wat appellante in hoger beroep heeft aangevoerd is in essentie een herhaling van wat zij in beroep heeft aangevoerd en geeft geen aanleiding om anders te oordelen dan de rechtbank. Met de rechtbank en onder verwijzing naar de overwegingen van de rechtbank die aan dat oordeel ten grondslag zijn gelegd wordt geoordeeld dat appellante de op haar rustende inlichtingenplicht van artikel 25 van de WW heeft geschonden, zodat het Uvw op grond van artikel 22a en artikel 36 van de WW verplicht was om de uitkering te herzien en in te trekken en de te veel ontvangen uitkering terug te vorderen. Ook het oordeel van de rechtbank dat er in dit geval geen sprake is van een dringende reden om van herziening, intrekking en terugvordering af te zien, wordt onderschreven.

4.1.2.

Over de grond van appellante dat de uitkomst in haar geval zozeer in strijd is met de redelijkheid en billijkheid dat genoemde artikelen van de WW buiten toepassing moeten worden gelaten, heeft de rechtbank op goede gronden geoordeeld dat daartoe geen aanleiding bestaat. Volgens vaste rechtspraak houdt het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet het verbod in om wetten in formele zin, zoals in dit geval de WW, te toetsen aan algemene rechtsbeginselen en brengt dit voorts mee dat de rechter niet mag treden in de belangenafweging die de wetgever heeft verricht of geacht moet worden te hebben verricht (zie bijvoorbeeld, in navolging van het arrest van de Hoge Raad van 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (het Harmonisatiewet-arrest), de uitspraak van de Raad van 19 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2622). Dit neemt echter niet weg dat, indien sprake is van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, dit aanleiding kan geven tot een andere uitkomst dan waartoe strikte toepassing van de wet leidt. In dit geval is van dergelijke bijzondere omstandigheden geen sprake. Het is de uitdrukkelijke keuze van de wetgever geweest om aan het (gaan) werken als zelfstandige voor een bepaald aantal uren, het gevolg van het verlies van de hoedanigheid van werknemer en het daarmee samenhangende verlies van het recht op een uitkering op grond van de WW voor dat aantal uren te verbinden.

4.1.3.

De aangevallen uitspraak zal, voor zover deze ziet op de herziening, intrekking en terugvordering van de WW-uitkering, worden bevestigd.

De boete

5.1.1.

Over de boete ligt de vraag voor of de rechtbank op goede gronden heeft geoordeeld dat het Uvw bij het schriftelijk opvragen van de gewerkte uren de cautie (de mededeling dat appellante niet verplicht is tot antwoorden) had moeten geven.

5.1.2.

Artikel 5:10a van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) luidt:

1. Degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen.
2. Voor het verhoor wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden."

5.1.3.

Uit artikel 5:10a van de Awb volgt dat de cautieplicht bestaat wanneer naar objectieve maatstaven door een redelijk

waarnemer kan worden vastgesteld dat de betrokkene wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Blijft in een zodanig geval de cautie ten onrechte achterwege, dan kan de verklaring van de betrokkene in de regel niet worden gebruikt als bewijs voor de feiten die aan de sanctie ten grondslag zijn gelegd. Aldus wordt aangesloten bij de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, rechtsoverweging 7.2.

5.1.4.

In het algemeen geldt dat het schriftelijk opvragen van informatie niet gelijk kan worden gesteld aan een verhoor als hiervoor bedoeld in die zin dat een verhoor een situatie is van een mondelinge ondervraging, waarbij sprake is van een zekere druk. De cautie wil voorkomen dat de ondervraagde onder druk verklaringen aflegt, waarvan niet gezegd kan worden dat ze in vrijheid zijn afgelegd. Bij schriftelijke vragen is als regel geen sprake van een verhoor door het ontbreken van de directe confrontatie met de ondervrager. Dit is slechts anders indien in bijzondere omstandigheden van een schriftelijke vraag een zodanige druk om te antwoorden zou uitgaan, dat materieel sprake is van een verhoor. (Zie de parlementaire geschiedenis van artikel 5:10a van de Awb, *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 99).

5.1.5.

Van bijzondere omstandigheden als bedoeld in 5.1.4 is geen sprake. De mededeling van het Uvw in de brieven van 11 en 25 juli 2017 houdt immers in dat bij geen reactie op het verzoek om de gevraagde gegevens te verstrekken, het recht op uitkering niet kan worden vastgesteld en dat dan de WW-uitkering vanaf 1 juli 2013 zal worden teruggevorderd. Deze mededeling behelst alleen informatie over wat het Uvw in dat geval op grond van de artikelen 22a, eerste lid, aanhef en onder c, en 36 van de WW na afloop van de startperiode verplicht zou zijn te doen. Van beide brieven kan objectief bezien niet worden gezegd dat daarvan een zodanige druk tot antwoorden uitgaat, dat materieel sprake was van een verhoor.

5.1.6.

Uit 5.1.4 en 5.1.5 volgt dat geen sprake was van een verhoor als bedoeld in artikel 5:10a van de Awb, zodat de cautieplicht niet gold toen het Uvw met de brieven van 11 en 25 juli 2017 om informatie verzocht. De rechtbank heeft dan ook ten onrechte geoordeeld dat in de bedoelde brieven ten onrechte de cautie niet is gegeven en dat om die reden het bestreden besluit moet worden vernietigd en het primaire boetebesluit moet worden herroepen.

5.1.7.

In het midden kan blijven of het overzicht van gewerkte uren per week dat appellante bij brief van 30 juli 2017 aan het Uvw heeft gegeven ook kan worden gebruikt als bewijs voor de opgelegde boete omdat dit overzicht onder dwang is verstrekt, zoals appellante heeft gesteld. Appellante heeft, nadat het Uvw bij de hoorzitting de cautie had gegeven en zonder dat daar op enige wijze op was aangedrongen, bij aanvullend beroepsschrift een overzicht van vijf jaar activiteiten voor bedrijf A in het geding gebracht, waaruit naar voren komt dat zij in de jaren 2013, 2014 en 2015 1.388,50, 1.716,50 en 1770,79 uren per jaar aan haar bedrijf heeft besteed. Met dit overzicht, gevoegd bij de informatie die het Uvw van de Belastingdienst al had, en waaruit volgde dat zij minimaal 1225 uur per jaar voor haar bedrijf werkte, is aangetoond dat appellante de op haar rustende inlichtingenplicht van artikel 25 van de WW heeft overtreden door het Uvw geen mededeling te doen van al haar als zelfstandige gewerkte uren. Van deze schending van de inlichtingenplicht kan appellante een verwijt worden gemaakt. Appellante is er immers uitdrukkelijk op gewezen dat zij wijzigingen in haar gewerkte (directe en indirecte) uren (tijdig) moest doorgeven aan het Uvw. Dit betekent dat het Uvw was gehouden appellante op grond van artikel 27a, eerste lid, van de WW een boete op te leggen.

5.1.8.

Bij het vaststellen van de hoogte van de boete dient rekening te worden gehouden met artikel 2, zevende en achtste lid, van het Boetebesluit socialezekerheidswetten en het zogenoemde *lex mitior*-beginsel. Dit heeft tot gevolg dat, zoals het Uvw in hoger beroep heeft bepleit, de boete moet worden vastgesteld op € 1.040. Dat is in dit geval passend en geboden. Het bestreden besluit zal daarom worden vernietigd voor zover daarbij een boete van € 2.748,46 is opgelegd, het primaire boetebesluit zal worden herroepen en de boete zal met toepassing van artikel 8:72a van de Awb op € 1.040 worden vastgesteld.

6.

Uit 4 en 5 volgt dat de aangevallen uitspraak, voor zover die ziet op de boete, zal worden vernietigd en voor het overige zal worden bevestigd.

7.

Aanleiding bestaat voor vergoeding van de reiskosten van appellante voor het bijwonen van de zitting bij de rechtbank en bij de Raad ter hoogte van het tarief van het openbaar vervoer tweede klas, te weten € 13,40 en € 18, totaal € 31,40. Van overige voor vergoeding in aanmerking komende kosten is niet gebleken.

Beslissing

De Centrale Raad van Beroep

- vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover deze ziet op de opgelegde boete;
- verklaart het beroep gegrond, vernietigt het besluit van 27 december 2017 voor zover het ziet op de boete en herroept het boetebesluit van 14 september 2017;
- stelt het bedrag van de boete vast op € 1.040 en bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het besluit van 27 december 2017;
- bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;
- veroordeelt het Uvw in de kosten van appellante in beroep en hoger beroep tot een bedrag van € 31,40.

Noot

Auteur: C.M.M. van Mil en R.P.A. Kraaijeveld*

1.

Op 27 juni 2018 deed de grote kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak een uitspraak over de cautie (AB 2018/343). De grote kamer is vooral bedoeld om rechtseenheid te bewerkstelligen tussen de hoogste bestuursrechters (artikel 8:10a, lid 4, Awb). In onze artikelnoot bij die uitspraak ('De cautieplicht en het zwijgrecht in het bestuurs(straf)recht: eindelijk duidelijkheid en rechtseenheid?' *Gst.* 2018/144) merkten wij op: "Indien rechtseenheid het doel is, dan zal de CRvB haar rechtspraak naar aanleiding van de uitspraak van de grote kamer moeten aanpassen." Bijna twee jaar na voornoemde uitspraak heeft de Raad in de onderhavige uitspraak nu voor het eerst expliciet overwogen dat aangesloten wordt bij deze uitspraak van de grote kamer. Daarmee bestaat ook volgens de Raad de cautieplicht:

"wanneer naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat de betrokkene wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie."

2.

In lijn met de uitspraak van de grote kamer oordeelt de Raad in de onderhavige uitspraak dat wanneer de cautie ten onrechte achterwege blijft, de verklaring van de betrokkene dan in de regel niet kan worden gebruikt als bewijs voor de feiten die aan de sanctie ten grondslag zijn gelegd. De Raad voldoet daarmee aan zijn taak om uniforme rechtstoepassing te bevorderen (artikel 3 Beroepswet jo. artikel 23, lid 3, RO) en dat is winst.

3.

De weg naar rechtseenheid rondom de cautie ving aan met het verzoek van de voorzitter van de Afdeling aan staatsraad advocaat-generaal L.A.D. Keus (ABRvS 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034) om in twee boetezaken conclusie te nemen (ABRvS 5 juli 2017, AB 2017/386 en ECLI:NL:RVS:2017:1819). In de conclusie wordt ook ingegaan op de rechtspraak van de Raad (r.o. 4.3.4). De Raad heeft aanvankelijk in een door de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) gekleurde uitleg van artikel 5:10a Awb een cautieplicht aangenomen in *alle* gevallen waarin een betrokkene niet kon uitsluiten dat een door hem gevraagde verklaring aan een boetebesluit ten grondslag zou worden gelegd (vgl. CRvB 30 augustus 2016, AB 2016/389; CRvB 21 juli 2015, AB 2015/333).

4.

Aan deze rechtspraak lag volgens de A-G kennelijk de opvatting ten grondslag, dat van een 'criminal charge' reeds sprake is, als de te verhoren persoon niet kan uitsluiten dat zijn verklaring aan een boetebesluit ten grondslag zal worden gelegd. De A-G gaf in zijn conclusie aan die opvatting niet te kunnen volgen. Hij verwees daarbij naar de rechtspraak van het EHRM waarin vrij algemeen is aangenomen dat van een 'criminal charge' eerst sprake is vanaf "*het moment waarop vanwege de Staat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlelen dat het OM een strafvervolging tegen hem zal instellen*".

5.

Of betrokkene aan een vanwege de overheid verrichte handeling in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlelen dat een strafvervolging tegen hem zal worden ingesteld (c.q. een bestuurlijke boete aan hem zal worden opgelegd), is naar strekking en inhoud een wezenlijk ander (en veel enger) criterium dan het criterium of de te verhoren betrokkene strafvervolging (c.q. bestuurlijke boeteoplegging) niet kan uitsluiten. Het aanvankelijk door de Raad ontwikkelde en

toegepaste criterium zou zich daarom te ver verwijderen van het 'eigen' criterium van artikel 5:10a Awb van een verhoor met het oog op bestuurlijke boeteoplegging, volgens welk criterium naar objectieve maatstaven moet worden vastgesteld dat het bestuursorgaan ten tijde van het verhoor boeteoplegging reeds serieus overweegt. De afwijking van het wettelijke criterium klemde volgens de A-G temeer, nu de Awb-wetgever een criterium waarin de enkele mogelijkheid van boeteoplegging voor het activeren van de cautieplicht zou volstaan, uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen (*Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 96*).

6.

Overigens heeft de Raad in CRvB 19 februari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:767, bij de beoordeling van de verwijtbaarheid van de betrokkene al wel verwezen naar en getoetst aan de rechtsregels die volgen uit de voormelde uitspraak van de grote kamer. In de onderhavige uitspraak past de Raad dus voor wat betreft het cautiemoment voor het eerst expliciet het 'objectieve maatstaven-criterium' toe. De komende jaren wordt het interessant om te bezien hoe bestuursorganen en rechtscolleges hieraan in de praktijk invulling zullen geven teneinde het moment te bepalen waarop een betrokkene het zwijgrecht toekomt en bijgevolg op dat recht moet worden gewezen. Helemaal als men beseft dat de Awb-wetgever in deze context heeft opgetekend (*Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 97*) dat:

"Het subjectieve inzicht van de verhorende ambtenaar (...) dus niet doorslaggevend [is]."

Wordt dit moment, behoudens eerdere bijzondere omstandigheden, bepaald op het moment waarop de kennisgeving van het voornemen tot het opleggen van een boete is gedateerd en verzonden aan de (vermeende) overtreder, waarbij conform art. 5:50 lid 1 sub a Awb het boeterapport wordt toegezonden? In het financieel-economisch ordeningsrecht bijvoorbeeld is dit gebruikelijk (CBb 9 april 2015, ECLI:NL:CBB:2015:121, r.o. 10; CBb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413, r.o. 6.3).

7.

Weliswaar past de Raad in de onderhavige uitspraak het 'objectieve maatstaven-criterium' toe, bij nadere lezing van de uitspraak valt op dat de Raad vervolgens niet toekomt aan toetsing aan dit criterium. In r.o. 5.1.6. oordeelt de Raad namelijk dat geen sprake was van een verhoor als bedoeld in artikel 5:10a Awb. Wat was het geval? Het UWV had betrokkene aanvankelijk een uitkering op grond van de WW toegekend, op basis van een verlies van 20 arbeidsuren per week. De rechtbank heeft in eerste aanleg geoordeeld dat het UWV bij het opvragen van de gewerkte uren de cautie had moeten geven, nu dit verzoek was gebaseerd op de ontstane twijfel aan de juistheid van de door appellante opgegeven uren. Omdat het UWV in de brieven aan appellante, waarbij appellante werd verzocht een opgave te verstrekken van de gewerkte uren, geen cautie heeft gegeven, oordeelde de rechtbank dat de door appellante naar aanleiding van deze brieven verstrekte overzichten in het kader van de boete buiten beschouwing moeten worden gelaten. Naar onze mening gaat de Raad in de onderhavige uitspraak (r.o. 5.1.4 t/m 5.1.6) op juiste gronden terecht niet mee in het oordeel van de rechtbank. Ook dat is winst vanuit het oogpunt van rechtseenheid.

8.

Geldt de cautieplicht alleen voor mondelinge verklaringen of ook voor schriftelijke? Het CBb oordeelde in CBb 2 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:41, r.o. 4.2, al eens "(...) dat de in artikel 5:10a van de Awb neergelegde verplichting tot het geven van de cautie in beginsel geldt voor het afleggen van mondelinge verklaringen en niet voor schriftelijke verklaringen." De fiscale kamer van de Hoge Raad oordeelde in HR 15 november 2019, AB 2020/135, waarbij stilgestaan is in de Commissie rechtseenheid bestuursrecht (Jaarverslag 2019, p. 6), dat de mededeling dat antwoorden niet verplicht is, moet worden gedaan in alle gevallen waarin, anders dan schriftelijk, vragen aan de belanghebbende worden gesteld die betrekking hebben op een bestuurlijke boete. De Hoge Raad verwijst daarbij, net als de Raad in onderhavige uitspraak, ter onderbouwing van zijn oordeel naar *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 99*. De Hoge Raad gaat in zijn arrest nog verder en merkt in r.o. 2.6.4. zelfs op dat de uitleg die de Awb-wetgever respectievelijk de Hoge Raad aan het woord 'verhoor' geeft, strookt met de betekenis en de uitleg van verhoorvoorschriften in het door het Wetboek van Strafvordering beheerste geding. En ook dat lijkt ons juist. De strafkamer van de Hoge Raad oordeelde reeds in HR 1 oktober 1985, NJ 1986/405 en NJ 1986/406, dat het stellen van schriftelijke vragen niet onder het verhoor valt in de zin van artikel 29 WvSv, zodat de cautie niet gegeven hoefde te worden. Over rechtseenheid gesproken.

Toch kan de rechtseenheid mogelijk nog verder versterkt worden. Ook door de Raad en wel door niet alleen de 'cautie-lijn' in informatieverzoeken te verlaten, maar door ook expliciet aan te sluiten bij de 'restrictie-lijn' zoals die volgt uit ABRvS 27 juni 2018, AB 2018/343, r.o. 7.3. De Afdeling overwoog in zijn uitspraak van 27 juni 2018 namelijk ook dat verklaringen die de betrokkene onder dwang heeft afgelegd niet voor bewijs (bij een boete) gebruikt kunnen worden. Dat is bijvoorbeeld het geval als de betrokkene op grond van artikel 5:20, lid 1, Awb gehouden was een verklaring af te leggen. De Afdeling, zo staat letterlijk in laatstgenoemde uitspraak, sluit hiermee aan bij HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, r.o. 3.7 en 3.8.

9.

Uit laatstgenoemd arrest volgt, wat wij al aanduiden als de 'restrictie-lijn'. Deze in 2013 ingezette jurisprudentielijn houdt

het volgende in. Voor zover in inlichtingen-/informatieverzoeken (of-vorderingen) wilsafhankelijk materiaal wordt gevraagd c.q. gevorderd, hoeft geen cautie te worden gegeven, maar dient wel een clausule in de inlichtingenvordering te worden opgenomen die inhoudt dat de verplichting om de inlichtingen te verstrekken, geldt met de restrictie dat het verstrekte wilsafhankelijke materiaal uitsluitend wordt gebruikt ten behoeve van de uitoefening van het toezicht op de naleving en niet (mede) voor doeleinden van bestuurlijke beboeting of strafvervolgning. Deze lijn is voortgezet in HR 8 augustus 2014, *AB* 2015/80 en HR 24 april 2015, *AB* 2017/287). Een lijn die in 2018 door het CBb is ontdaan van de fiscale context en is overgenomen voor het financieel toezichtsrecht (CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3; CBb 4 september 2018, *AB* 2018/454; CBb 7 mei 2019, *AB* 2019/297). In de toelichting op het wetsvoorstel tot wijziging van de Awb en enkele andere wetten in verband met het nieuwe omgevingsrecht en nadeelcompensatierecht (*Kamerstukken II* 2018/19, 35256, nr. 3, p. 43–44) wordt aan die lijn ook gerefereerd.

10.

Het paradoxale van het aansluiten bij de ‘restrictie-lijn’ is wel dat dit materieel eenzelfde uitkomst zou hebben als de ‘oude’ jurisprudentielijn van de Raad. Immers, volgens de restrictie-lijn dient een betrokkene mee te werken aan het verstrekken van wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal en wordt hij er op voorhand op gewezen dat wilsafhankelijk materiaal uitsluitend wordt gebruikt voor de uitoefening van het toezicht op de naleving (lees in casu: het herzien, intrekken of terugvorderen van een uitkering) en niet (mede) voor doeleinden van bestuurlijke beboeting. Terwijl volgens de ‘oude’ jurisprudentielijn van de Raad vroegtijdig een betrokkene op zijn zwijgrecht had moeten worden gewezen en ingeval dat was nagelaten, diende het verkregen wilsafhankelijke bewijs alsnog te worden uitgesloten. Uit het oogpunt van rechtsbescherming is de ‘restrictie-lijn’ te prefereren, rechtsbescherming is immers wat de Raad primair geacht wordt te bieden.

Voetnoten



R.P.A. Kraaijeveld is senior adviseur Handhaven bij de Autoriteit Persoonsgegevens.