

Jurisprudentie

Recht op rechtsbijstand in het punitieve bestuursrecht: adequate rechtsbescherming?

Annotatie bij ABRvS 24 december 2024, ECLI:NL:RVS:2024:5293

Mr. T.G. Hop en mr. T. Tepaske*

100

Inleiding

1. Sinds 2024 kan niemand in handhavingsland er meer omheen: het recht op rechtsbijstand in punitieve bestuursrechtelijke procedures. De Hoge Raad was op 6 september 2024 de eerste hoogste bestuursrechter die het recht van toepassing verklaarde in een bestuursrechtelijke (fiscale) boetezaak.¹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) volgde op 24 december 2024 met onderhavige uitspraak. Deze uitspraak is annotatiewaardig, omdat de Afdeling duidelijk maakt in hoeverre een overtreder in het bestuursrecht recht heeft op rechtsbijstand, vanaf welk moment een overtreder moet worden gewezen op het recht en wat het gevolg is als een bestuursorgaan hier ten onrechte niet op wijst.

2. De feiten in deze zaak zijn als volgt: naar aanleiding van een e-mail van een politieambtenaar deed de Nederlandse Arbeidsinspectie (hierna: de Arbeidsinspectie) een inspectie en administratief onderzoek naar mogelijke illegale tewerkstelling van Oekraïense arbeidskrachten door een werkgever in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Over deze illegale tewerkstelling is de werkgever op 9 mei 2019 door de arbeidsinspecteurs verhoord. Het voorgaande onderzoek leidde

tot een boeterapport met de constatering van 36 overtredingen van artikel 2 Wav. Vervolgens ontving de werkgever op 25 augustus 2020 van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) een boetekennisgeving. Dit resulteerde in een besluit met een boete van € 144.000 (hierna: de boete) en een waarschuwing preventieve stillegging van werk (hierna: de waarschuwing). Het hiertegen ingestelde bezwaar verklaarde de minister ongegrond.

3. De werkgever liet het er niet bij zitten en ging in beroep. De rechtbank matigde de boete in het licht van het verwijtbaarheids- en evenredigheidsbeginsel tot € 91.800. Meer relevant voor deze annotatie is de opvatting van de rechtbank dat de werkgever, voorafgaand aan het verhoor op 9 mei 2019, had moeten worden gewezen op de mogelijkheid van rechtsbijstand. De arbeidsinspecteurs hebben dat niet gedaan, maar de minister mocht de afgelegde verklaring toch ten grondslag leggen aan de boete en de waarschuwing.²

4. In hoger beroep gaat de discussie over het recht op rechtsbijstand onverminderd door. De minister voert aan dat de werkgever op het moment van het verhoor geen recht had op rechtsbijstand en daarover ook niet geïnformeerd had hoeven worden. De werkgever meent daarentegen dat de tijdens het verhoor afgelegde verklaring uitgesloten had moeten worden van het bewijs, nu de werkgever niet voorafgaand aan het verhoor gewezen is op het recht op rechtsbijstand.

* Tim Hop is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Tom Tepaske is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1 HR 6 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1135.

2 Rb. Midden-Nederland 10 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4517.

Overwegingen van de Afdeling

5. De Afdeling begint haar overwegingen met een expliciete verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 6 september 2024. Degene tegen wie strafvervolgning is ingesteld in de zin van artikel 6 EVRM (en daarmee te maken heeft met een *criminal charge*) heeft op grond van artikel 6 lid 3 aanhef en onder c EVRM het recht om bij zijn verdediging bijstand te hebben van een raadsman. Vervolgens schrijft de Afdeling dat het recht op rechtsbijstand bij een *criminal charge* een van de fundamentele kenmerken van een behoorlijk proces is. Een (tijdelijke) uitzondering is alleen mogelijk bij dwingende redenen.³ Deze redenen doen zich enkel voor in uitzonderlijke omstandigheden. In ieder geval kan sprake zijn van dwingende redenen om toegang tot rechtsbijstand te beperken wanneer sprake is van een dringende noodzaak om ernstige nadelige gevolgen voor het leven, de vrijheid of de fysieke integriteit af te wenden.⁴ Het beperken van toegang tot rechtsbijstand vanwege een dwingende reden neemt overigens niet weg dat de procedure in het geheel alsnog eerlijk moet verlopen.⁵

6. In het licht van het fundamentele belang van het recht op rechtsbijstand herhaalt de Afdeling de opmerking van de Hoge Raad dat het recht niet beperkt is tot zaken die naar nationaal recht tot het strafrecht behoren. Het recht op rechtsbijstand geldt ook bij andere sancties die als een *criminal charge* worden aangemerkt, zoals de bestuurlijke boete.⁶ Het valt de oplettende lezer op dat wij voor het recht op rechtsbijstand een andere terminologie gebruiken dan de Afdeling. Zij noemt het steeds een recht op bijstand door een raadsman. De verlener van rechtsbijstand hoeft in het bestuursrecht echter geen advocaat te zijn, zoals de Afdeling ook opmerkt (artikel 2:1 lid 2 Awb). Om verwarring tussen de synoniemen raadsman en advocaat te voorkomen, gebruiken wij voor het punitieve bestuursrecht de term recht op rechtsbijstand.

7. In lijn met de rechtbankuitspraak oordeelt de Afdeling uiteindelijk dat de werkgever op grond van artikel 6 EVRM recht heeft op rechtsbijstand en dat hij hierover door de arbeidsinspecteurs geïnformeerd had moeten worden. Vervolgens wijdt de Afdeling woorden aan het belang van rechtsbescherming in de context van de bestuurlijke boete. Zij schrijft, ten overvloede, dat de bestuurlijke boete in de loop der jaren een grote ontwikke-

ling heeft doorgemaakt. De bestuurlijke boete was bedoeld om het strafrechtelijke handhavingstekort te ondervangen en bestuursorganen de bevoegdheid te geven om handhavend op te treden tegen lichte strafbare feiten. Steeds meer gaat het bij de bestuurlijke boete echter om zware, complexe overtredingen die worden bedreigd met hoge bestuurlijke boetes. In deze zaak met een hoge bestuurlijke boete rechtvaardigt dit een goede rechtsbescherming van de betrokkene.

8. Het voorgaande maakt duidelijk dat de werkgever recht heeft op rechtsbijstand. De Afdeling gaat vervolgens in op de vraag vanaf welk moment de werkgever op het recht op rechtsbijstand moet worden gewezen. Mogelijk was dat al voorafgaand aan het verhoor op 9 mei 2019. Als uitgangspunt vangt een *criminal charge* aan op het moment dat een overtreder uit handelingen van het bestuursorgaan redelijkerwijs de verwachting mag ontlelen dat een bestuurlijke boete zal worden opgelegd.⁷ In de regel is uiterlijk sprake van een *criminal charge* op het moment dat het bestuursorgaan een boetekennisgeving stuurt.⁸ Ook in een eerder stadium kan echter sprake zijn van een *criminal charge*.⁹

9. De Afdeling komt tot de conclusie dat vanaf het versturen van de boetekennisgeving op 25 augustus 2020 sprake was van een *criminal charge*. Uit het eerdere verhoor op 9 mei 2019 zou nog geen concrete handeling af te leiden zijn waaraan de werkgever redelijkerwijs de verwachting kon ontlelen dat de minister hem een boete zou opleggen. Op het moment van het verhoor op 9 mei 2019 was daarom volgens de Afdeling nog geen sprake van een *criminal charge*.

10. Toch had de werkgever voorafgaand aan het verhoor gewezen moeten worden op het recht op rechtsbijstand, zo meent de Afdeling. Zij verwijst wederom naar het arrest van de Hoge Raad van 6 september 2024. Hieruit volgt dat degene tegen wie de strafvervolgning is ingesteld in elk geval geïnformeerd moet worden over het recht op rechtsbijstand voordat een verhoor als bedoeld in artikel 5:10a Awb plaatsvindt. De Afdeling volgt dit uitgangspunt van de Hoge Raad. De Afdeling trekt hieruit de conclusie dat het moment waarop een overtreder moet worden gewezen op het recht op rechtsbijstand aansluit bij het moment van de verplichte cautie als bedoeld in artikel 5:10a Awb. Dat maakt dat de werkgever voorafgaand aan het verhoor op 9 mei 2019 gewezen had moeten worden op het recht op rechtsbijstand.

11. Doordat de werkgever ten onrechte niet is gewezen op het recht op rechtsbijstand, is sprake van een vormverzuim. De vraag resteert nu of de minister de afgeleg-

3 HR 6 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1135, r.o. 5.2.1; EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, AB 2010/82, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, r.o. 55 (*Salduz t. Turkije*).

4 EHRM 13 september 2016, nr. 50541/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, EHRC 2017/3, r.o. 259 (*Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Dit is in het strafrecht ook neergelegd in artikel 28e lid 2 onder a Sv.

5 EHRM-arrest *Ibrahim e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 273.

6 Dat een bestuurlijke boete onder het 'criminal charge'-begrip valt volgt uit het *Öztürk*-arrest. Zie: EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79, ECLI:CE:ECHR:1984:0221JUD00854479, NJ 1988, 937, m.nt. E.A. Alkema (*Öztürk t. Duitsland*).

7 Vgl. EHRM 23 juli 2002, nr. 36985/97, ECLI:CE:ECHR:2002:0723JUD003698597, BNB 2003/2, m.nt. M.W.C. Feteris, r.o. 103 en 104 (*Vastberga Taxi Aktiebolagen v. Ulic t. Zweden*). Zie ook ABRvS 18 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3204, r.o. 4.1 en Conclusie A-G Keus 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034, punt 4.3.3.

8 Vgl. ABRvS 18 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3204, r.o. 4.1.

9 Vgl. EHRM 10 december 1982, nr. 7604/76 e.a., ECLI:CE:ECHR:1982:1210JUD00760476 (*Foti e.a. t. Italië*).

de verklaring desondanks mocht gebruiken als bewijs. Ook voor een antwoord op deze vraag verwijst de Afdeling naar het arrest van de Hoge Raad van 6 september 2024. Dat een overtreder niet is gewezen op het recht op rechtsbijstand, brengt niet zonder meer met zich dat hij in de daaropvolgende procedure geen behoorlijk proces heeft gekregen als bedoeld in artikel 6 EVRM. De beoordeling of het proces in een punitieve zaak behoorlijk is geweest, vindt plaats aan de hand van het verloop van het proces als geheel met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Van belang is daarbij onder andere in hoeverre de overtreder toch bijstand van een raadsman heeft gekregen. Als een overtreder ten onrechte niet is gewezen op het recht op rechtsbijstand voorafgaand aan een verhoor en het proces als geheel niet behoorlijk was, moet de tijdens het verhoor afgelegde verklaring worden uitgesloten van het bewijs.¹⁰

12. Aan de hand van de *Beuze*-factoren, die van belang kunnen zijn bij de beoordeling of sprake is geweest van een eerlijk proces,¹¹ komt de Afdeling tot de conclusie dat de procedure voor de werkgever in zijn geheel eerlijk is verlopen. Enkele relevante omstandigheden zijn volgens de Afdeling dat de werkgever volwassen is en niets duidt op zijn kwetsbaarheid. Ook nam de werkgever zelf contact op met de arbeidsinspecteur en daarbij gaf hij aan bereid te zijn een verklaring af te leggen. Verder is volgens de Afdeling relevant dat de werkgever de mogelijkheid had om voorafgaand aan het verhoor op 9 mei 2019 een raadsman te raadplegen en om zich tijdens het verhoor te laten bijstaan door een raadsman. Ook het feit dat de werkgever wel de cautie heeft gekregen voorafgaand aan zijn verhoor is een omstandigheid die de Afdeling relevant acht.¹² Vanwege onder meer voorgaande omstandigheden is sprake van een eerlijk proces en ziet de Afdeling geen aanleiding om de verklaring uit te sluiten als het bewijs.

Ontwikkeling jurisprudentie Hoge Raad

13. Voorheen was het uitgangspunt van hoogste bestuursrechters dat een niet-aangehouden overtreder geen recht had om geïnformeerd te worden over het recht op rechtsbijstand.¹³ Dit was in lijn met eerdere strafrechtelijke arresten van de Hoge Raad.¹⁴ Sinds 1 januari 2015 is in artikel 27c lid 2 Wetboek van Strafvorde-

ring (Sv) echter wettelijk vastgelegd dat ook een niet-aangehouden verdachte voorafgaand aan het eerste verhoor moet worden gewezen op het recht op rechtsbijstand.¹⁵ Recentere strafrechtelijke jurisprudentie bevestigt dan ook dat het recht om geïnformeerd te worden niet beperkt is tot personen die zijn aangehouden of op een andere manier van hun vrijheid zijn beroofd.¹⁶ Met verwijzing naar deze jurisprudentie stelt de Hoge Raad in zijn arrest van 6 september 2024 dat deze beperking in dat geval óók niet langer geldt in punitieve bestuursrechtelijke procedures.¹⁷ Zoals al volgt uit de hierboven behandelde overwegingen van de Afdeling, omarmt zij deze nieuwe lijn van de Hoge Raad.

14. Naar aanleiding van het *Salduz*-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM),¹⁸ bepaalde de Hoge Raad in een strafrechtelijk arrest eerst dat een verdachte alleen voorafgaand aan het verhoor recht had op rechtsbijstand (het zogenoemde consultatierecht).¹⁹ Pas veel later bepaalde de Hoge Raad (naar aanleiding van EU-recht en nadere jurisprudentie van het EHRM) dat een verdachte vanaf 1 maart 2016 ook recht heeft op rechtsbijstand tijdens het verhoor (het zogenoemde aanwezigheidsrecht).²⁰ Dit is nadien ook vastgelegd in artikel 28d Sv.²¹ In het licht van deze strafrechtelijke ontwikkelingen gaan wij ervan uit dat een overtreder in het punitieve bestuursrecht zowel het consultatierecht als het aanwezigheidsrecht heeft.

Adequate rechtsbescherming?

15. In onderhavige uitspraak besteedt de Afdeling, zoals hiervoor al naar voren kwam, bijzondere aandacht aan het belang van rechtsbescherming in de context van de bestuurlijke boete. De Afdeling oordeelt in deze zaak, waarin het gaat om een *'hoge bestuurlijke boete'*, dat een goede rechtsbescherming van de betrokkene gerechtvaardigd is. Wij betwijfelen of de overwegingen van de Afdeling voor betrokkene of toekomstige overtreders altijd leiden tot adequate rechtsbescherming op het punt van rechtsbijstand. Dat lichten wij hierna nader toe.

• Invloed van de boetehoogte

16. De opmerking over de hoogte van de bestuurlijke boete roept bij ons de vraag op of de Afdeling de rechtsbescherming (en in het bijzonder het recht op rechtsbijstand) bij een lagere boete minder gerechtvaardigd zou

10 HR 6 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1135, AB 2024/299, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.2.4-5.2.5.

11 EHRM 9 november 2018, nr. 71409/10, ECLI:CE:ECHR:2018:1109JUD007140910, r.o. 150 (*Beuze t. België*).

12 Zie voor alle omstandigheden die de Afdeling relevant acht r.o. 5.11.

13 Zie de tiende opmerking van R. Stijnen, annotatie bij HR 6 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1135, AB 2024/299. Zie bijv. HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:63, r.o. 3.10.

14 HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079; HR 11 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2555.

15 Stb. 2014, 433.

16 HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:368.

17 HR 6 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1135, AB 2024/299, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.2.1.

18 EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, AB 2010/82, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Salduz t. Turkije*).

19 HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079, NJ 2009, 349, m.nt. T.M.C.J. Schalken.

20 HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, NJ 2016/52, m.nt. A.H. Klip.

21 Stb. 2016, 475.

vinden. Dit idee zou niet nieuw zijn. In procedures die niet behoren tot de harde kern van het strafrecht (zoals bestuurlijke boeteprocedures), zouden de strafvorderlijke waarborgen uit artikel 6 EVRM volgens het EHRM niet allemaal zonder meer hoeven te gelden. De hoogte van de bestuurlijke boete kan hierbij een rol spelen.²² Ook in de Nederlandse literatuur bestaat al langer aandacht voor de mogelijkheid van een gedifferentieerde toepassing van artikel 6 EVRM.²³ Zo schreef Wattel al in 1995 dat de strafvorderlijke waarborgen van artikel 6 EVRM beperkt zouden moeten blijven tot bestuurlijke boetes ‘die wél ergens over gaan’.²⁴ In lijn hiermee betoogde Blomberg dat niet alle strafvorderlijke rechten ten volle hoeven te gelden wanneer het gaat om lage boetes die geen strafrechtelijke connotaties hebben.²⁵ Ook de Awb differentieert sinds 2009 naar boetehoogte. Op grond van artikel 5:53 Awb gelden minder procedurele eisen wanneer voor een overtreding een bestuurlijke boete van minder dan € 340 kan worden opgelegd.²⁶

17. Hoeveel waarde de Afdeling daadwerkelijk hecht aan de boetehoogte bij de beoordeling van het recht op rechtsbijstand blijft voor nu gissen. Een versoepeling van het recht ligt in onderhavige zaak met een boete van € 91.800 namelijk niet in de rede.²⁷ De werkgever verdient in dit geval hoe dan ook een goede rechtsbescherming.

• Moment informeren over recht op rechtsbijstand

18. Voor een goede rechtsbescherming is het belangrijk dat een overtreder op het juiste moment wordt geïnformeerd over zijn recht op rechtsbijstand. Zoals hiervoor al besproken, overwoog de Afdeling dat degene tegen wie de strafvervolgning is ingesteld in elk geval geïnformeerd moet worden over het recht op rechtsbijstand voordat een verhoor plaatsvindt als bedoeld in artikel 5:10a Awb. Een dergelijk verhoor betreft een verhoor met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. Dit moet naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kunnen worden vastgesteld.²⁸ Bij een verhoor als bedoeld in artikel 5:10a Awb is het bestuursorgaan verplicht de betrokkene te wijzen op zijn zwijgrecht (de cautie). Het moment waarop een overtreder

moet worden gewezen op het recht op rechtsbijstand sluit dus volgens de Afdeling aan bij het moment van de verplichte cautie als bedoeld in artikel 5:10a Awb. Dat maakt dat de werkgever voorafgaand aan het verhoor op 9 mei 2019 gewezen had moeten worden op het recht op rechtsbijstand. Alhoewel dit niet expliciet uit de overwegingen van de Afdeling volgt, gaan wij ervan uit dat zij tot deze conclusie komt omdat de arbeidsinspecteurs voorafgaand aan het verhoor op 9 mei 2019 de cautie hebben gegeven.²⁹

19. Wij zijn het eens met de conclusie van de Afdeling, maar hebben wel enkele twijfels bij de motivering. Eerst stelt de Afdeling dat op het moment van het verhoor geen sprake was van een criminal charge, maar vervolgens oordeelt zij toch dat de werkgever gewezen had moeten worden op het recht op rechtsbijstand als bedoeld in artikel 6 EVRM. Dit is wat ons betreft tegenstrijdig. Het geven van de cautie in een verhoorsituatie als bedoeld in artikel 5:10a Awb is juist een handeling waaraan de overtreder redelijkerwijs de verwachting mag ontlelen dat een bestuurlijke boete zal worden opgelegd. Daarmee is op dat moment sprake van een criminal charge. Dat leiden wij ook af uit de wetgeschiedenis bij artikel 5:10a Awb³⁰ en het arrest van de Hoge Raad van 6 september 2024.³¹ Wij zijn het dan ook oneens met de Afdeling dat uit het eerdere verhoor op 9 mei 2019 nog geen concrete handeling zou zijn af te leiden waaraan de werkgever redelijkerwijs de verwachting kon ontlelen dat de minister hem een boete zou opleggen. Op het moment van het 5:10a-verhoor op 9 mei 2019 was volgens ons wel degelijk sprake van een criminal charge.

20. Ook de strikte aansluiting die de Afdeling heeft gezocht tussen het moment waarop een overtreder moet worden gewezen op het recht op rechtsbijstand en het moment van de verplichte cautie volgen wij niet. Het moment van de cautie is in een concreet geval een praktische manier om vast te stellen of sprake is van een criminal charge. Daarvan kan echter ook al voor het moment van de cautie sprake zijn als een overtreder in een eerder stadium uit andere handelingen van het bestuursorgaan redelijkerwijs de verwachting mag ontlelen dat een bestuurlijke boete zal worden opgelegd. Door de gehanteerde maatstaf van de Afdeling kan zich het risico van misbruik voordoen. Vanwege het uitstellen van de cautie zou namelijk ook het moment van rechtsbijstand kunnen worden uitgesteld. Dit is een onwenselijk risico dat zich nu kan voordoen. Wij zouden het logischer vinden als de Afdeling aansluiting had gezocht bij het autonome Straatsburgse criterium.³² In lijn met dat criterium zou een passendere motivering onzes

22 EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01, ECLI:CE:ECHR:2006:1123JUD007305301, AB 2007/51, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Jussila t. Finland*).

23 F.M.J. den Houdijker, annotatie bij het EHRM-arrest *Jussila t. Finland*, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 167-178, punt 1.

24 P.J. Wattel, ‘De reikwijdte van fundamentele rechten in belastingzaken’, in: E.A. Alkema e.a. (red.), *De reikwijdte van fundamentele rechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 221. Ook recent herhaalt Wattel in zekere zin dit punt: Conclusie A-G Wattel 26 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:457, punt 1.15 en 7.9.

25 A.B. Blomberg, ‘Handhaven binnen EVRM-grenzen’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht* (Preadviezen VAR-reeks 132), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 187.

26 Dit artikel is met ingang van 1 juli 2009 ingevoerd bij Wet van 25 juni 2009, *Stb.* 2009, 264 (wetsvoorstel 29702).

27 Vgl. Conclusie A-G Wattel 26 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:457, punt 7.9.

28 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, r.o. 7.2. Zie ook: *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 97.

29 Vgl. R. Stijnen, annotatie bij HR 6 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1135, AB 2024/299, punt 21.

30 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, p. 97.

31 HR 6 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1135, r.o. 5.2.3.

32 Vgl. EHRM 23 juli 2002, nr. 36985/97, ECLI:CE:ECHR:2002:0723JUD003698597, BNB 2003/2, m.nt. M.W.C. Feteris, r.o. 103 en 104 (*Vastberga Taxi Aktiebolag en Vulic t. Zweden*). Zie ook: EHRM 27 februari 1980, nr. 6903/75, ECLI:CE:ECHR:1980:0227JUD00690375, NJ 1980, 561, r.o. 44 (*Deweert t. België*).

inziens zijn dat de arbeidsinspecteurs voorafgaand aan het verhoor op 9 mei 2019 de cautie hebben gegeven, daaruit volgt dat sprake was van een verhoorsituatie als bedoeld in artikel 5:10a Awb en daarom op dat moment ook sprake was van een criminal charge.

• Sanctionering verzuim informatieplicht

21. De Afdeling komt tot de conclusie dat de werkgever ten onrechte niet is gewezen op het recht op rechtsbijstand. Dit brengt met zich mee dat sprake is van een vormverzuim. Zoals uit de overwegingen van de Afdeling volgt, hoeft dit vormverzuim echter niet tot gevolg te hebben dat de verklaringen worden uitgesloten van het bewijs. De Afdeling toetst in haar uitspraak of sprake is van een schending van het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM, maar gaat niet in op Nederlandse jurisprudentie over bewijsuitsluiting. In het nationale bestuursrecht geldt daarvoor het 'zozeer indruist'-criterium als invulling van het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb).³³ Bewijsmiddelen worden uitgesloten van het bewijs indien deze zijn verkregen op een wijze die 'zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verdacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht'.³⁴ Aangezien de Afdeling in onderhavige zaak niet toetst aan het 'zozeer indruist'-criterium, blijft onduidelijk hoe het recht om geïnformeerd te worden over het recht op rechtsbijstand zich hiertoe verhoudt. Dat is wat ons betreft een gemiste kans.

22. In het strafrecht is het uitgangspunt dat bij het niet wijzen op het recht op rechtsbijstand bewijsuitsluiting moet volgen,³⁵ maar ook in dit rechtsgebied kan daar aan voorbij worden gegaan als het proces als geheel toch eerlijk is verlopen. De Hoge Raad ziet in het strafrecht echter niet alleen ruimte voor bewijsuitsluiting bij vormverzuimen die het recht op een eerlijk proces rechtstreeks schenden, maar ook in gevallen waarbij een ander strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel is geschonden. Het moet dan wel gaan om een ernstige schending waardoor onder omstandigheden bewijsuitsluiting noodzakelijk kan worden geacht 'als rechtsstatelijke waarborg en als middel om met de opsporing en vervolging belaste ambtenaren te weerhouden van onrechtmatig optreden en daarmee als middel om te voorkomen dat vergelijkbare vormverzuimen in de toekomst zullen plaatsvinden'.³⁶ In die zin bestaat de mogelijkheid van bewijsuitsluiting niet alleen om in een concrete zaak adequaat te kunnen reageren, maar heeft bewijsuitsluiting ook een algemeen doel. Met betrekking tot het algemene doel is het interessant dat de wetgever in het

nieuwe Wetboek van Strafvordering expliciet wil opnemen dat bewijsuitsluiting mogelijk is ter preventie. Het nieuwe artikel 4.3.14 lid 2 luidt als volgt (TH/TT: vet): *'Bij onrechtmatig handelen door het openbaar ministerie of opsporingsambtenaren kan het belang van een goede rechtsbedeling meebrengen dat de resultaten worden uitgesloten van het bewijs met als doel te bevorderen dat in overeenstemming met de geschonden norm wordt gehandeld'*.³⁷

23. De strafrechter moet bij de beoordeling van bewijsuitsluiting ter preventie kijken naar de negatieve effecten van bewijsuitsluiting, gelet op de zwaarwegende belangen van waarheidsvinding, de vervolging en berechting van strafbare feiten en de rechten van slachtoffers. Verder kan bij het bepalen van de ernst van het vormverzuim van belang zijn welk verwijt politie en justitie kan worden gemaakt. Als laatste speelt een rol of sprake is van herhaling van het vormverzuim en daarbij is van belang of politie en justitie zich reeds hebben ingespannen herhaling tegen te gaan.³⁸ Voorgaande strenge vereisten maken dat strafrechters in beginsel weinig ruimte hebben om ter preventie over te gaan tot bewijsuitsluiting.³⁹ Wij zijn voorstander van het overnemen van de strafrechtelijke mogelijkheid van bewijsuitsluiting ter preventie in het bestuursrecht, maar menen dat de restrictieve benadering daaromtrent geen goede inspiratiebron is. De afwezigheid van potentiële sancties op de schending van normen, kan het bestuur namelijk minder wetsetrouw maken.⁴⁰ Wat ons betreft, zou het algemene doel van bewijsuitsluiting (preventie) in de praktijk een belangrijker rol moeten krijgen. Niet alleen de gevolgen van het niet wijzen op het recht op rechtsbijstand in de concrete zaak zouden relevant moeten zijn bij de keuze om al dan niet over te gaan tot bewijsuitsluiting.

24. Op basis van artikel 6 EVRM begrijpen wij dat de Afdeling de verklaring in onderhavige zaak uiteindelijk niet heeft uitgesloten. Ook bij toetsing aan het 'zozeer indruist'-criterium zou bewijsuitsluiting onder deze omstandigheden verstrekkend zijn. Alhoewel wij de Afdeling nu volgen in haar conclusie, zien wij het als een gemiste kans dat de Afdeling zich enkel heeft uitgelaten over artikel 6 EVRM. Juist vanwege het zeer grote belang van deze uitspraak bij de verdere ontwikkeling van de rechtsbescherming hadden wij gehoopt dat de Afdeling zich breder had uitgelaten over dit punt. Bij omstandigheden waarbij zich herhaaldelijk een verzuim voordoet en een bestuursorgaan geen inspanning doet om het verzuim te voorkomen, zou bewijsuitsluiting in de rede kunnen liggen. Deze factoren spelen namelijk ook een rol in de strafrechtelijke jurisprudentie van de Hoge

33 N. Hmoumou, 'De toelaatbaarheid van onrechtmatig door burgers verkregen bewijsmateriaal', *NTB* 2024/378, p. 534.

34 N. Hmoumou, 'De toelaatbaarheid van onrechtmatig door burgers verkregen bewijsmateriaal', *NTB* 2024/378, p. 533. Vgl. HR 1 juli 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC5028, r.o. 3.2.3-3.2.5; CRvB 17 januari 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BV1077, r.o. 4.1.

35 HR 20 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:368. Zie meer recent Conclusie A-G Van Wees 12 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1124, punt 4.51.

36 HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, *NJ* 2021/169, m.nt. N. Jörg, r.o. 2.4.4.

37 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 2.

38 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 2.

39 Conclusie A-G Bleichrodt 30 juni 2020, ECLI:NL:PHR:2020:655, punt 141; M. Samadi, M.J. Dubelaar & K.M. Pitcher, 'Korte metten met politiegeweld? Een kritische reflectie op de lijn van de Hoge Raad inzake toepassing van artikel 359a Sv bij excessief politiegeweld', *NJB* 2021/11, p. 827.

40 T. Barkhuysen, 'Nieuw procesrecht en "deresponsabel" bestuur', *NJB* 2013/2404, p. 2855.

Raad. Ook is bewijsuitsluiting ter preventie van (toekomstige) verzuimen expliciet opgenomen in het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Het blijft van belang om te kijken naar het algemene doel van bewijsuitsluiting, ook in zaken waarbij in het concrete geval misschien nog steeds sprake kan zijn van een eerlijk proces. Een te terughoudende opstelling bij het uitsluiten van bewijs kan ertoe leiden dat bestuursorganen weinig gestimuleerd worden om de regels omtrent het recht op rechtsbijstand na te leven.⁴¹ Dat zou zonde zijn in het licht van de goede ontwikkeling voor de rechtsbescherming die de Afdeling met onderhavige uitspraak voor ogen heeft.

Conclusie

25. Het is toe te juichen dat de Afdeling het recht op rechtsbijstand in navolging van de Hoge Raad van toepassing verklaart in punitieve bestuursrechtelijke procedures. Toch betwijfelen wij in hoeverre de uitspraak van de Afdeling zorgt voor adequate rechtsbescherming. Allereerst is nog onduidelijk of de Afdeling ook bij lagere bestuurlijke boetes ruimte ziet voor het recht op rechtsbijstand. Daarnaast signaleren wij dat de Afdeling voor het moment van het informeren over het recht op rechtsbijstand een maatstaf hanteert die kan leiden tot misbruik door bestuursorganen. De Afdeling sluit namelijk aan bij het moment waarop de cautie wordt gegeven als bedoeld in artikel 5:10a Awb. Dat betekent dat een bestuursorgaan het geven van een cautie kan uitstellen om ook later te kunnen informeren over het recht op rechtsbijstand. Als laatste is het volgens ons een gemiste kans dat de Afdeling alleen heeft getoetst of het bewijs moest worden uitgesloten vanwege een schending van artikel 6 EVRM. De Afdeling had aandacht kunnen besteden aan het ‘zoeer indruist’-criterium of kunnen ingaan op bewijsuitsluiting ter preventie, vooral nu de Afdeling zich in de uitspraak expliciet uitlaat over het belang van rechtsbescherming. Of bestuursorganen ook zonder het sanctioneren van vormverzuimen ter preventie consequent zullen blijven wijzen op het recht op rechtsbijstand zal de toekomst moeten uitwijzen.

41 Vgl. M. Samadi, ‘Policing the police: het toezicht op de opsporing’, *DD* 2016/37, p. 410; R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 14; Conclusie A-G Bleichrodt 30 juni 2020, ECLI:NL:PHR:2020:655, punt 56.