

Cautie. Geen sprake van verhoor met het oog op oplegging bestuurlijke boete. Werknemer niet namens werkgever gehandeld.

CBb 26-04-2021, ECLI:NL:CBB:2021:445, m.nt. C.M.M. van Mil en R.P.A. Kraaijeveld

Instantie

College van Beroep voor het bedrijfsleven

Datum

26 april 2021

Magistraten

Mrs. J.H. de Wildt, H.O. Kerkmeester, D. Brugman

Zaaknummer

19/843

Noot

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

Folio weergave

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

JCDI

JCDI:ADS277226:1

Vakgebied(en)

Bestuursrecht algemeen / Handhaving algemeen

Milieurecht / Agrarisch recht

Bestuursrecht algemeen / Toezicht

Brondocumenten

ECLI:NL:CBB:2021:445, Uitspraak, College van Beroep voor het bedrijfsleven, 26-04-2021

Wetgeving

Art. 3.83 lid 1 onder b Activiteitenbesluit milieubeheer; art. 1 lid 1, 20 lid 1, 80 lid 1 Wgb; art. 28 lid 1 Verordening (EG) 1107/2009

Essentie

Cautie. Niet valt in te zien op welke grond de toezichthouder verplicht zou zijn te vragen of de werknemer bij de reactie op zijn verzoek al dan niet op instructie van zijn werkgever handelde.

Samenvatting

Het College leidt uit het rapport van bevindingen niet af dat de werknemer bij het voldoen aan het verzoek de spuitbomen opnieuw in te stellen namens de werkgever heeft gehandeld. Alleen al daarom was geen sprake van een verhoor van appellante met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete. Dat de werknemer geen cautie is gegeven, kan verweerder dus niet worden tegengeworpen (zie ook de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, rechtsoverweging 7.4). Niet valt in te zien op welke grond de toezichthouder verplicht zou zijn te vragen of de werknemer bij de reactie op zijn verzoek al dan niet op instructie van zijn werkgever handelde, zoals appellant stelt. Dat verweerder een toezegging om contact op te nemen met appellantes advocaat niet zou zijn nagekomen, kan evenmin worden afgeleid uit het rapport en de in dat verband overgelegde stukken. Hieruit blijkt dat appellante het verhoor bij voorkeur bij e-mail wilde afhandelen, maar vervolgens niet reageerde op de door de toezichthouder gestelde vragen. Vervolgens belde appellante met de boodschap dat haar advocaat contact zou opnemen, waarop de toezichthouder aangaf dat hij na zijn vakantie contact zou opnemen met de advocaat van appellante. Vervolgens heeft de toezichthouder na terugkeer van zijn vakantie tot twee maal toe naar appellante gemailld dat hij beschikbaar was voor overleg met de advocaat en dat hij graag een afspraak wilde maken. Appellante heeft vervolgens laten weten dat zij dat niet wilde.

Partij(en)

Uitspraak van de meervoudige kamer van 26 april 2021 op het hoger beroep van naam 1 B.V., appellante, (gem.: mr. F.J.M. Kobossen), tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 6 juni 2019, kenmerk 18/4426, in het geding tussen:

Appellante,

en

De Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (de minister), (gem.: mr. ing. H.D. Strookman).

Uitspraak

Procesverloop in hoger beroep

Appellante heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam. Bij brieven van 4 augustus, 10 augustus en 10 december 2019 heeft zij haar hoger beroepschrift nader aangevuld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend. Appellante heeft hierop bij brief van 16 januari 2020 gereageerd.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 27 januari 2021. De minister heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde. Appellante en zijn gemachtigde zijn niet verschenen.

Grondslag van het geschil

1.1.

Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2.

Appellante heeft een akkerbouwbedrijf met percelen op verschillende locaties. Zij teelt onder meer aardappelen.

1.3.

Op 16 oktober 2017 heeft een toezichthouder van verweerder een rapport van bevindingen opgemaakt, waarin onder meer het volgende is vermeld:

“Op vrijdag 11 augustus 2017 bevond ik, rapporteur [...], mij op de openbare weg [...] ter hoogte van perceel kadastraal bekend onder [...]. Ik bevond mij daar onder andere voor een controle van de voorschriften zoals gesteld in het Activiteitenbesluit milieubeheer.

[...]

Op voornoemd perceel waar aardappelen geteeld worden zag ik, rapporteur, naast de daar gelegen hoofdwatergang een tractor met daaraan gekoppeld een getrokken veldspuit staan. Ik zag dat de veldspuit met de achterkant naar de sloot toegekeerd stond opgesteld. Ik zag dat de spuitbomen van de getrokken veldspuit waren uitgekapt. Ik zag dat de spuitbomen van de veldspuit hoog boven het gewas hingen. Vermoedelijk hoger dan de maximale hoogte van 50 centimeter zoals staat voorgeschreven in artikel 3.83 onder c van het Activiteitenbesluit milieubeheer. Ik zag namelijk dat de spuitbomen van de veldspuit boven de band van de veldspuit uitkomen. Ik zag dat de veldspuit in werking werd gesteld. Ik zag een witte nevel onder de spuitbomen hangen. Ik zag dat de tractor met de getrokken veldspuit met de inwerking zijnde spuitbomen weg reed van het oppervlaktewaterlichaam het perceel op. Ik zag enige tijd later de tractor met de daaraan gekoppelde getrokken veldspuit met ingekapte spuitbomen het perceel verlaten. Ik volgde de tractor en zag dat de tractor een pad op reed en naar een ander perceel ging. Op dit perceel sprak ik de bestuurder aan en legitimeerde ik mij als toezichthouder. De bestuurder stelde zich voor als [...]. Op mijn verzoek ging [...] weer terug naar perceel kadastraal bekend onder [...] en stelde daar de spuitbomen weer in op de hoogte zoals hij had gespoten op het perceel. Ik, rapporteur, mat en zag dat de afstand tussen de spuitbomen van de getrokken veldspuit en het op het land staande gewas, zijnde aardappelen, ongeveer 100 centimeter bedroeg. Verder zag ik dat op de getrokken veldspuit enkele zakken lagen met daarop het opschrift Valbon. Ik zag dat de tekst op de zakken gesteld was in het Duits. [...]

Ik, rapporteur [...], bracht de gehoorde, [...], van mijn bevindingen op de hoogte en deelde hem mede dat hij, ingevolge het bepaalde in artikel 5:10a van de Algemene wet bestuursrecht niet tot antwoorden verplicht was. Hierop verklaarde deze mij zoveel mogelijk weergegeven in eigen woorden, het volgende: “Ik heb de spuitboom alvast zo hoog hangen omdat er in het perceel rijsporen zijn. Dan slaat de boom in de grond en dan heb je alles kapot. Ik spuit met Valbon dat is tegen fytoftora. Ik ben werknemer bij [...] te [...].

[...]”

1.4.

Op basis van deze bevindingen heeft verweerder aan appellante een boete opgelegd van € 1.875, bestaande uit een bedrag van € 375 wegens het feit dat bij het gebruik van veldspuitapparatuur de spuitdoppen zich hoger dan de toegestane 50 cm boven het gewas bevonden, wat een overtreding vormt van artikel 80, eerste lid, van de Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden (Wgb), gelezen in verband met thans artikel 3.83, eerste lid, aanhef en onder b, van het Activiteitenbesluit milieubeheer, en een bedrag van € 1.500 wegens gebruik van een niet in Nederland toegelaten gewasbeschermingsmiddel, zijnde Valbon, wat een overtreding vormt van artikel 20, eerste lid, van de Wgb, gelezen in verband met artikel 28, eerste lid, van Verordening (EG) nr. 1107/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 betreffende het op de markt brengen van gewasbeschermingsmiddelen (Verordening 1107/2009).

Uitspraak van de rechtbank

2.1.

De rechtbank heeft het beroep van appellante ongegrond verklaard. Over de eerste overtreding (de spuitdophoogte) heeft de rechtbank onder meer overwogen dat de toezichthouder een afstand van ongeveer 100 cm tussen het gewas en de spuitkoppen heeft gemeten en dat daarmee voldoende vast is komen te staan dat de spuitkoppen zich hoger dan de toegestane 50 cm boven het gewas bevonden. Over de tweede overtreding (het gebruik van Valbon) heeft de rechtbank onder meer overwogen dat de bestuurder van de tractor tegen de toezichthouder heeft verklaard dat hij Valbon gebruikte, dat de toezichthouder zakken met het opschrift "Valbon" heeft zien staan met Duitse tekst op de zakken, en dat daarmee in voldoende mate is vast komen te staan dat appellante het Duitse middel Valbon heeft gebruikt.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3.1.

Appellante voert in hoger beroep ten eerste aan dat in het rapport van bevindingen de feiten onjuist zijn vermeld en dat dit rapport niet voldoet aan de minimale eisen. Zo stelt appellante dat het niet gedagtekend en ondertekend is en pas is opgemaakt op 16 oktober 2017, en vervolgens pas op 5 januari 2018 aan appellante is toegestuurd, terwijl de constatering zijn gedaan op 11 augustus 2017. Ook ontbreekt de ondertekening door de verhoorde werknemer.

3.2.

Het College stelt voorop dat een bestuursorgaan in beginsel mag uitgaan van de bevindingen in een toezichtrapport, indien de controle is verricht en het toezichtrapport is opgemaakt door een hiertoe bevoegde toezichthouder en het rapport zelf geen grond biedt om aan de juistheid van de bevindingen te twijfelen. Aan de bevindingen van een toezichthouder kan daarom niet lichtvaardig voorbij worden gegaan. Indien de bevindingen worden betwist, zal moeten worden onderzocht of er, gelet op de aard en inhoud van die betwisting, grond bestaat voor zodanige twijfel aan die bevindingen dat deze niet of niet volledig aan de vaststelling van de overtreding ten grondslag kunnen worden gelegd. In dit geval bestaat, gelet op wat appellante heeft aangevoerd, onvoldoende grond voor zodanige twijfel. Anders dan appellante stelt, is het rapport wel voorzien van een dagtekening en handtekening van de betrokken toezichthouder. Dat het rapport niet direct is opgemaakt op of kort na de dag van controle betekent op zichzelf nog niet dat het rapport om die reden niet zou mogen worden gebruikt. Appellante heeft op geen enkele wijze toegelicht of onderbouwd waarom het tijdsverloop tussen het moment van de controle en het opmaken van het rapport en het toezenden van het rapport aan appellante in dit geval afbreuk zou doen aan de juistheid of betrouwbaarheid van het rapport. Deze grond slaagt niet.

4.

Appellante betwist voorts beide overtredingen.

4.1.

Ten aanzien van de eerste overtreding (de spuitdophoogte) stelt appellante dat deze overtreding niet kan worden vastgesteld aan de hand van de bevindingen van de toezichthouder, nu in het rapport alleen is vermeld dat de toezichthouder bij het waarnemen van de rijdende tractor vermoedde dat de spuitbomen hoger dan de toegestane 50 cm waren afgesteld. Vervolgens heeft hij de werknemer pas de cautie gegeven na zijn verzoek om de spuitbomen weer op de hoogte in te stellen waarmee was gespoten. Verder heeft de toezichthouder de werknemer niet gevraagd of hij conform de instructies van zijn werkgever heeft gehandeld. De toezichthouder heeft tenslotte het recht van hoor en wederhoor geschonden, nu hij ondanks een toezegging daartoe geen contact heeft opgenomen met de advocaat van appellante.

4.2.

Het College leidt uit het rapport van bevindingen niet af dat de werknemer bij het voldoen aan het verzoek de spuitbomen

opnieuw in te stellen namens de werkgever heeft gehandeld. Alleen al daarom was geen sprake van een verhoor van appellante met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete. Dat de werknemer geen cautie is gegeven, kan verweerder dus niet worden tegengeworpen (zie ook de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, rechtsoverweging 7.4). Niet valt in te zien op welke grond de toezichthouder verplicht zou zijn te vragen of de werknemer bij de reactie op zijn verzoek al dan niet op instructie van zijn werkgever handelde, zoals appellant stelt. Dat verweerder een toezegging om contact op te nemen met appellantes advocaat niet zou zijn nagekomen, kan evenmin worden afgeleid uit het rapport en de in dat verband overgelegde stukken. Hieruit blijkt dat appellante het verhoor bij voorkeur bij e-mail wilde afhandelen, maar vervolgens niet reageerde op de door de toezichthouder gestelde vragen. Vervolgens belde appellante met de boodschap dat zijn advocaat contact zou opnemen, waarop de toezichthouder aangaf dat hij na zijn vakantie contact zou opnemen met de advocaat van appellante. Vervolgens heeft de toezichthouder na terugkeer van zijn vakantie tot twee maal toe naar appellante gemaïld dat hij beschikbaar was voor overleg met de advocaat en dat hij graag een afspraak wilde maken. Appellante heeft vervolgens laten weten dat zij dat niet wilde.

4.3.

In wat appellante heeft aangevoerd over de vaststelling van de eerste overtreding vindt het College geen aanknopingspunten om te twijfelen aan de juistheid van de overwegingen en de conclusie van de rechtbank dat uit het rapport genoegzaam blijkt dat deze overtreding vaststaat. Deze conclusie is niet alleen gebaseerd op het vermoeden van de toezichthouder dat de spuitbomen te hoog stonden afgesteld toen hij deze in werking zag, maar ook op zijn vaststelling dat de hoogte ongeveer 100 centimeter bedroeg toen de werknemer de spuitbomen desgevraagd opnieuw op de bij het spuiten gehanteerde hoogte had gezet. Verweerder was dus bevoegd appellante hiervoor een boete op te leggen.

5.1.

Volgens appellant heeft verweerder (en vervolgens de rechtbank) voorts de tweede overtreding (het gebruik van Valbon) ten onrechte bewezen geacht. Daartoe wijst appellante erop dat de toezichthouder volgens het rapport slechts één of meerdere zakken met het opschrift Valbon heeft zien liggen met Duitse tekst en verder geen onderzoek heeft gedaan. Appellante stelt voorts dat het Nederlandse middel Valbon Start en het Duitse middel Valbon exact dezelfde samenstelling hebben, zodat het gebruik ervan niet te beboeten is.

5.2.

Aan deze overtreding liggen de volgende artikelen ten grondslag.

5.3.

Op grond van artikel 1, tweede lid, van de Wgb wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder 'gebruiken' mede verstaan de aanwezigheid van een werkzame stof, al dan niet in een gewasbeschermingsmiddel of biocide, op of in gebouwen, plaatsen, voorwerpen, de grond dan wel op of in planten of plantaardige producten, met uitzondering van binnen Nederland gebracht uitgangsmateriaal waaronder stekken en zaaizaad, voor zover de werkzame stof in het land van herkomst op het uitgangsmateriaal is toegepast in overeenstemming met de wetgeving van dat land.

5.4.

Op grond van artikel 20, eerste lid, van de Wgb is het verboden in strijd te handelen met onder meer artikelen 28, eerste lid, van Verordening 1107/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 21 oktober 2009 betreffende het op de markt brengen van gewasbeschermingsmiddelen (Verordening 1107/2009) of de ter uitvoering daarvan vastgestelde verordeningen.

5.5.

In artikel 28, eerste lid, van Verordening 1107/2009 is bepaald dat een gewasbeschermingsmiddel alleen op de markt wordt gebracht of gebruikt wanneer het in de betrokken lidstaat overeenkomstig deze verordening is toegelaten.

5.6.

De rechtbank heeft over deze overtreding het volgende overwogen:

"3.3. Ten aanzien van het beboetbare feit 2 overweegt de rechtbank dat het rapport van bevindingen geen grond biedt om aan de juistheid van de bevindingen van de toezichthouder te twijfelen. Uit het rapport volgt dat de toezichthouder op de veldspuit enkele zakken zag met het opschrift "Valbon" en dat de tekst op de zakken gesteld was in het Duits. Daarnaast heeft [...] blijkens het rapport verklaard dat hij met Valbon spuit. Naar het oordeel van de rechtbank staat in voldoende mate vast dat eiseres het Duitse middel Valbon heeft gebruikt. Verweerder heeft niet ook nog onderzoek hoeven doen naar de inhoud van de zakken met Duits etiket. Eiseres heeft ook niet onderbouwd waarom verweerder niet heeft mogen uitgaan

van de tekst op de zakken. Voorts is voor de overtreding niet noodzakelijk dat wordt vastgesteld dat eiseres met dit middel op het land heeft gespoten, de aanwezigheid ervan is al voldoende. De rechtbank verwijst daartoe naar artikel 1, tweede lid, van de Wgb waarin — kort gezegd — staat dat onder “gebruiken” mede wordt verstaan de aanwezigheid van een gewasbeschermingsmiddel op of in gebouwen, plaatsen, voorwerpen, de grond dan wel op of in planten. Anders dan eiseres lijkt te stellen is het gebruik van het Duitse middel Valbon niet toegestaan in Nederland. Weliswaar heeft het Ctgb besloten tot wederzijdse erkenning van het middel Valbon Start (toelatingsnummer 14291 N) en tot toelating van het middel Valbon (toelatingsnummer 12667 N) maar dat heeft geen betrekking op de door eiseres gebruikte Duitse zakken Valbon. Op grond van artikel 28, eerste lid, van Verordening 1107/2009 mag een gewasbeschermingsmiddel alleen op de markt worden gebracht of gebruikt wanneer het in de betrokken lidstaat overeenkomstig deze verordening is toegelaten. Het door eiseres gebruikte middel Valbon met Duits etiket is niet door het Ctgb toegelaten in Nederland en heeft ook geen Ctgb toelatingsnummer. Ook uit artikel 40, eerste lid, en artikel 41, eerste lid, van Verordening 1107/2009 volgt dat een gewasbeschermingsmiddel dat in een bepaalde lidstaat is toegelaten niet zomaar in een andere lidstaat kan worden gebruikt; daarvoor dient een aanvraag te worden ingediend bij de andere lidstaat die vervolgens de stukken bestudeert en in overeenstemming met de omstandigheden van zijn grondgebied een besluit tot toelating of wederzijdse erkenning kan afgeven. Het Ctgb heeft zo'n besluit alleen afgegeven voor de hiervoor genoemde middelen en eiseres heeft niet van een van deze middelen (met Nederlands toelatingsnummer) gebruik gemaakt. De stelling van eiseres dat het Duitse middel dezelfde werkzame stoffen heeft als het middel dat in Nederland is toegelaten is allereerst onvoldoende onderbouwd. Eiseres heeft verwezen naar het toelatingsbesluit van het Ctgb van het middel Valbon Start maar heeft geen stukken overgelegd waaruit blijkt welke stoffen in het Duitse middel aanwezig zijn. Daarnaast is van belang dat een toelating door een lidstaat niet alleen ziet op de verhouding van werkzame stoffen in een middel maar ook op de toepassingen waarvoor het middel is toegelaten (bijvoorbeeld voor welk gewas, welke periode en welke dosis); dit kan per lidstaat verschillen. Voorts kan het belang van een etiket met waarschuwingen en voorschriften in de eigen taal van de lidstaat niet worden ontkend. Gelet op het voorgaande heeft verweerder terecht vastgesteld dat eiseres het beboetbare feit 2 heeft gepleegd en was verweerder bevoegd eiseres daarvoor een boete op te leggen.”

5.8.

Het College onderschrijft de overwegingen van de rechtbank waarin zij tot het oordeel is gekomen dat in voldoende mate vaststaat dat het Duitse middel Valbon is gebruikt. Alles wijst er blijkens de bevindingen van de toezichthouder op dat gebruik is gemaakt van het Duitse Valbon. Het betoog van appellante dat onvoldoende is onderzocht of Valbon daadwerkelijk is gebruikt, slaagt dan ook niet. Zoals de rechtbank verder terecht heeft overwogen, is het gebruik van het Duitse Valbon niet toegestaan in Nederland. Dat het Duitse Valbon qua samenstelling exact zou overeenkomen met het in Nederland toegelaten Valbon, zoals appellante heeft gesteld en met stukken onderbouwd, doet hier niet aan af.

6.1.

Appellante heeft in hoger beroep verder naar voren gebracht dat haar gemachtigde door een verlaat tijdstip de zitting bij de rechtbank niet kon bijwonen en dat daardoor haar recht is geschonden om gehoord te worden in beroep.

6.2.

Het College leidt uit de stukken af dat de zaak bij de rechtbank stond gepland op 27 mei 2019 om 13:00 uur, maar dat ruim een maand van tevoren het tijdstip is verplaatst naar 14:00 uur. Een dag na de zitting heeft gemachtigde van appellante in een fax aan de rechtbank het volgende meegedeeld:

“Het aanvangstijdstip was 14:00. Ik heb gewacht. Om 14:35 ving een nieuwe behandeling aan. Ik veronderstelde dat dat [...] de zaak [...] zou zijn. Toen ik de zaal binnenliep gaf de rechter mij echter aan dat de kwestie [...] pas de volgende zitting zou betreffen. Die zou aanvangen ongeveer 3 kwartier later. Vanwege het feit dat mijn eigen planning volstrekt verstoord zou raken heb ik mij bij de bode afgemeld. De rechter gaf daarbij aan dat de oorzaak was gelegen bij een verzoek om zittingen om te draaien. [...] Gaarne verneem ik uw standpunt ten deze.”

6.3.

De rechtbank heeft hierop per fax aan de gemachtigde van appellante meegedeeld dat de oorzaak van de latere aanvang van de zaak dan gepland was dat de daarvoor geplande zaak meer tijd in beslag had genomen dan was gepland. De bode heeft het bericht van de afmelding door de gemachtigde van appellante voorafgaande aan de behandeling van de zaak van appellante aan de rechter doorgegeven. Omdat er geen verzoek tot aanhouding was gedaan, heeft de rechtbank de zaak inhoudelijk behandeld op de zitting en daarna het onderzoek gesloten.

6.4.

Het College ziet geen aanleiding om aan deze gang van zaken gevolgen te verbinden. De gemachtigde van appellante heeft zich immers afgemeld voor de zitting, zonder te vragen om verdaging. Op het faxbericht van de rechtbank heeft hij

evenmin gereageerd.

7.

Het hoger beroep is ongegrond.

8.

De aangevallen uitspraak wordt bevestigd.

9.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot

Auteur: C.M.M. van Mil en R.P.A. Kraaijeveld¹

1.

In de maand april heeft het CBb in een tweetal uitspraken (CBb 6 april 2021, AB 2021/187, en CBb 26 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:445) stappen (in de goede richting) gezet in het bewerkstelligen van rechtseenheid in het bestuurlijk boeterecht. In beide uitspraken wordt voor het eerst en expliciet door het CBb aangesloten bij de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, die is gedaan in grote-kamerverband over onder meer het zwijgrecht en de cautieplicht. In deze annotatie wordt de hierboven opgenomen uitspraak van het College van 26 april 2021 besproken en wordt ingegaan op de vraag wie namens een rechtspersoon het zwijgrecht toekomt en aan wie derhalve de cautie moet worden gegeven.

2.

In de onderhavige zaak gaat het om een besloten vennootschap, derhalve een rechtspersoon (artikel 2:3 van het Burgerlijk Wetboek), die een akkerbouwbedrijf voert. Het akkerbouwbedrijf is beboet omdat bij het gebruik van veldspuitapparatuur de spuitdoppen te hoog zijn afgesteld en omdat het bedrijf het niet in Nederland toegelaten Duitse gewasbeschermingsmiddel Valbon heeft gebruikt. Aan beide overtredingen ligt als bewijs ten grondslag onder meer een verklaring van een werknemer van de rechtspersoon. Overweging 1.3. van de hierboven opgenomen uitspraak bevat een beschrijving van het rapport van bevindingen. Hieruit leiden wij af dat de toezichthouder tweemaal contact heeft gehad met de betreffende werknemer. De eerste keer heeft de toezichthouder de werknemer verzocht met de tractor terug te gaan naar het perceel alwaar de werknemer de spuitbomen weer instelde op de hoogte zoals hij eerder had gespoten op het perceel. De tweede keer bracht de toezichthouder de werknemer op de hoogte van zijn bevindingen en gaf hem de cautie. In hoger beroep wordt er onder meer over geklaagd dat de cautie te laat aan die werknemer is gegeven (r.o. 4.2).

3.

Staatsraad advocaat-generaal L.A.D. Keus is in zijn conclusie over bewijsvergaring in boetezaken van 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034, duidelijk over de vraag wie de cautie moet worden gegeven:

“De handhavende instanties moeten de cautie geven aan een persoon die wordt verhoord met het oog op een aan hem op te leggen sanctie. Aan getuigen behoeft de cautie niet te worden gegeven.”

In onderhavig geval is de boete opgelegd aan de rechtspersoon en niet aan de betreffende werknemer. Aldus zou men de werknemer als getuige kunnen beschouwen, die verklaart over wat hij heeft waargenomen en meegemaakt. De werknemer werd immers niet verhoord met het oog op een aan hem op te leggen sanctie.

4.

De Afdeling bestuursrechtspraak hanteerde lange tijd een stringente lijn waar het ging om de vraag wie namens de rechtspersoon het zwijgrecht toekomt en bijgevolg de cautie moet worden gegeven. Bij boeteoplegging aan een rechtspersoon kwam het zwijgrecht alleen toe aan de (daadwerkelijke) bestuurders en niet aan de werknemers van een rechtspersoon (zie ABRvS 17 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI8490; ABRvS 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5835; ABRvS 27 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL0746, AB 2010/48; ABRvS 20 januari 2016,

5.

In onze artikelnoot bij ABRvS 27 juni 2018, *Gst.* 2018/144, hebben wij onder meer opgemerkt dat het opvallende aan die uitspraak van de grote kamer is dat de vraag wie namens de rechtspersoon (wel) het zwijgrecht toekomt, onbeantwoord is gebleven. Wat wij wel uit die uitspraak (r.o. 7.4) hebben kunnen afleiden, is dat het zwijgrecht niet toekomt aan werknemers:

“Uit het inspectierapport van 9 januari 2014 blijkt dat de inspecteur tijdens het inspectiebezoek uitsluitend vragen heeft gesteld aan werknemers van appellante. Deze werknemers hebben de vragen niet namens de houder, appellante, beantwoord. Appellante is dus niet verhoord met het oog op het aan haar opleggen van een bestuurlijke boete. Reeds hierom bestaat er geen grond vanwege het ontbreken van de cautie de door de werknemers afgelegde verklaringen uit te sluiten van het bewijs in de boetezaak tegen appellante. Het betoog faalt.”

Dit heeft bij ons de vraag doen rijzen of de lijn die de Afdeling tot dan toe had uitgezet, dat het zwijgrecht alleen toekomt aan de bestuurders van de rechtspersoon en in beginsel niet aan werknemers, onverminderd is blijven gelden.

6.

Ook een andere lezing hiervan is echter mogelijk, vgl. de annotatie van Stijnen bij ABRvS 27 juni 2018, *AB* 2018/343. Uit die lezing volgt dat indien een medewerker als vertegenwoordiger ‘namens’ zijn werkgever optreedt, de Afdeling dus niet (langer) lijkt uit te sluiten dat die kan worden vereenzelvigd met de onderneming en dat dus het zwijgrecht op hem van toepassing is. Zie ook hoofdstuk 4 van S.M.C. Nuijten & R. Stijnen, *Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses*, Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2018, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 138 en R. Stijnen, ‘Komt het zwijgrecht alleen toe aan formele bestuurders?’, *TvT* 2020-3/4, p. 178–180.

7.

Onze vraag of de eerdere lijn van de Afdeling onverminderd is blijven gelden, is beantwoord in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 24 oktober 2018, *AB* 2018/114, *Gst.* 2018/55. De Afdeling overwoog daarin (r.o. 5.1.):

“(…) reeds omdat bij boeteoplegging aan een rechtspersoon het zwijgrecht alleen toekomt aan de bestuurders. Uit onder meer de uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2115, volgt dat de cautieplicht niet geldt bij het horen van werknemers van een rechtspersoon. Zelfs als appellante zou moeten worden gevolgd in haar betoog dat de medewerker feitelijk als bestuurder van opdrachtgever optrad, wat niet uit de stukken valt af te leiden, laat dat onverlet dat hij niet daadwerkelijk bestuurder was, terwijl dat bepalend is voor het antwoord op de vraag of de arbeidsinspecteurs hem de cautie hadden moeten geven.”

In zijn annotatie bij laatstgenoemde uitspraak (*AB* 2019/114) spreekt Stijnen van een ‘verregaande tournure van de Afdeling’. Hij roept dan ook op tot een derde gezaghebbende uitspraak van een grote kamer van een van de appelcolleges over het zwijgrecht.

8.

Een zaak die zich daar bij uitstek voor zou hebben geleend, betreft die tussen de Autoriteit Financiële Markten en Baker Tilly (Netherlands) N.V. In die zaak oordeelde een meervoudige kamer van de Rechtbank Rotterdam op 21 februari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:1506, vrij principieel als volgt:

“Zoals ook de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraken van 24 oktober 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:3494 en ECLI:NL:RVS:2018:3495), volgt uit de door eiseres genoemde uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2115), anders dan eiseres meent, dat de cautieplicht niet geldt bij het horen van werknemers van een rechtspersoon. Zelfs als eiseres zou moeten worden gevolgd in haar betoog dat haar werknemers tijdens de gesprekken op 30 augustus, 31 augustus en 15 november 2016 als vertegenwoordigers van eiseres zijn gehoord, laat dat onverlet dat zij geen bestuurders van eiseres waren, terwijl dat bepalend is voor het antwoord op de vraag of aan hen de cautie had moeten worden gegeven. Dit heeft de Afdeling recent nog eens bevestigd in haar uitspraken van 21 augustus 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:2801) en 28 augustus 2019 (ECLI:NL:RVS:2019:2952).”

Volgens de website van de AFM is hiertegen geen hoger beroep ingesteld.

9.

Aldus moeten we het voor wat betreft de vraag wie namens een rechtspersoon het zwijgrecht toekomt en bijgevolg de cautie moet worden gegeven vooralsnog doen met onderhavige uitspraak van het CBb. Daarin wordt in r.o. 4.2 enerzijds verwezen naar de eerdergenoemde uitspraak van de grote kamer. Dit is uit het oogpunt van rechtseenheid zeker te prijzen. Maar anderzijds wordt in de onderhavige uitspraak ook gesteld dat uit het rapport van bevindingen niet af te leiden is dat de werknemer bij het voldoen aan het verzoek de spuitbomen opnieuw in te stellen “namens de werkgever heeft gehandeld.” Als gevolg hiervan is de lezing van Stijnen van de uitspraak van de grote kamer (zie aantekening 6. hiervoor) niet

uitgesloten. Dit komt de door de praktijk gewenste duidelijkheid over de toepasselijkheid van het zwijgrecht en de cautieplicht niet ten goede. Een derde gezaghebbende uitspraak van een grote kamer van een van de appelcolleges of (nog) een uitspraak van een meervoudige kamer van het CBb die uitlegt wat de grote kamer heeft bedoeld zou op dit punt uitkomst moeten bieden.

Voetnoten



R.P.A. Kraaijeveld is senior jurist bij De Nederlandsche Bank. Deze annotatie is geschreven op persoonlijke titel.