betaalplanologie en dat brengt mij terug bij deze uitspraak. In de verordening is het plangebied aangeduid als 'Gemengd landelijk gebied' en als 'Zoekgebied voor stedelijke ontwikkeling'. De verordening bevat een verbod op nieuwe burgerwoningen in 'Gemengd landelijk gebied'. Daar kan op grond van art. 8.2 van worden afgeweken als sprake is van een 'Zoekgebied voor stedelijke ontwikkeling' mits a. wordt voorzien in een goede landschappelijke inpassing, b. geen sprake is van een aanzet voor een stedelijke ontwikkeling en c. geen inbreuk wordt gemaakt op de toepassing van de regeling als bedoeld in art. 6.8 en 7.8 (ruimte-voor-ruimte). In haar uitspraak van 26 april 2016, *AB* 2016/247, m.nt. D. Korsse, verklaarde de Afdeling art. 7.8 lid 3 overigens onverbindend omdat de Beleidsregel ruimte-voor-ruimte 2006 in strijd met art. 4.1 Wro uitging van een provinciale toestemming voorafgaand aan de vaststelling van een plan. Vervolgens overwoog de Afdeling dat bij de verantwoording op grond van art. 7.8 lid 4 wel aansluiting mag worden gezocht bij de materiële eisen van de Beleidsregel en dat het plan aan deze eisen moet voldoen. Dat betekent dus dat de Beleidsregel van belang blijft en dat deze bij besluit van 7 december 2016 is ingetrokken is niet van belang, want dat dateert van na de aanwijzing. Wel van belang is dat in art. 7.8 lid 4 onder a, staat dat art. 3.2 (kwaliteitsverbetering van het landschap) niet van toepassing is bij de ruimte-voor-ruimte-regeling, hetgeen de Afdeling ook reeds constateerde in haar eerdergenoemde uitspraak van 26 april 2016. In de toelichting bij de Verordening staat in dit verband dat doordat de ruimte-voor-ruimte-regeling zelf al bijdraagt aan een investering in het landschap art. 3.2 niet van toepassing is. Dit betekent volgens mij dat weliswaar moest worden voorzien in een goede landschappelijke inpassing van de twee woningen, maar dat deze inpassing losstaat van de kwaliteitsverbetering uit art. 3.2 en dat de Beleidsregel alleen relevant is in verband met de milieu- en landschapswinst door de feitelijke en juridische beëindiging van een veehouderij elders die als tegenprestatie heeft te gelden. Al met al een vrij ingewikkelde regeling op grond van art. 4.1 lid 1 Wro. Waar het college en de Afdeling in vastlopen.

Onder verwijzing naar de toelichting bij art. 8.2 van de verordening stelt het college namelijk ten onrechte dat de tegenprestatie in de vorm van de landschappelijke inpassing gelijkwaardig moet zijn aan het bouwrecht voor de twee woningen. Dat zou neerkomen op een investering van ongeveer € 250.000 en daar zou niet aan voldaan zijn, nu slechts is voorzien in een landschappelijke inpassing van 20% van de gronden met de woonbestemming en een streekgebonden eigentijdse architectuur. En daar gaan volgens mij verschillende begrippen door elkaar lopen, namelijk de vereiste goede landschappelijke inpassing, de kwaliteitsverbetering van het landschap en de milieuwinst als bedoeld in de ruimte-voor-ruimte-regeling. Begrippen die op elkaar lijken, maar toch echt van elkaar verschillen. De Afdeling volgt het college in het standpunt dat de landschappelijke inpassing onvoldoende is om te spreken van een kwaliteitsverbetering. Daarmee gaat ook de Afdeling er aan voorbij dat art. 3.2 (Kwaliteitsverbetering van het landschap) in art. 7.8 juist expliciet niet van toepassing is verklaard en dat de tegenprestatie bij een ruimte-voor-ruimte-woning niet bestaat uit de inpassing hiervan, maar juist uit de milieu- en landschapswinst elders. Dat laat onverlet dat op grond van art. 8.2 lid 1 onder a Verordening wel moet worden voldaan aan de voorwaarde van een goede landschappelijke inpassing, maar daarbij heeft de gemeenteraad beoordelingsruimte. Het is de vraag of de door de raad gekozen invulling van de landschappelijke inpassing in dat licht onredelijk is en of een reactieve aanwijzing wel terecht was.
R. Kegge

---

**AB 2018/343**

**AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE**
27 juni 2018, nr. 201601765/1/A2
(Mrs. B.J. van Ettekoven, T.G.M. Simons, C.J. Borman, H.C.P. Venema, R.J. Koopman)
m.nt. R. Stijnen

Art. 5:10a, 5:20 Awb

ABkort 2018/313
ECLI:NL:RVS:2018:2115

**Bij een verhoor dat naar objectieve maatstaven is gericht op het opleggen van een bestraffende sanctie geldt een cautieplicht, anders volgt bewijsuitsluiting. Verklaringen die in het kader van nalevingstoezicht onder dwang zijn afgelegd mogen evenmin worden gebruikt als bewijs. Aan wie komt het zwijgrecht toe?**

*De Afdeling ziet aanleiding eerst de vraag te beantwoorden wanneer door een toezichthouder de cautie moet worden gegeven en welk gevolg door de bestuursrechter moet worden verbonden aan het feit dat de cautie ten onrechte achterwege is gebleven. Uit art. 5:10a 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.*

*De Afdeling overweegt voorts dat evenmin voor zodanig bewijs kan worden gebruikt de verklaring die de betrokkene onder dwang heeft afgelegd. Dat is bijvoorbeeld het geval als de betrokkene op grond van art. 5:20 lid 1 Awb gehouden was een verklaring af te leggen. De Afdeling sluit hiermee aan bij het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, de rechtsoverwegingen 3.7 en 3.8.*

*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.*

Uitspraak op het hoger beroep van Appellante, te Amsterdam, tegen de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 2 februari 2016 in 15/510 in het geding tussen:
Appellante,
en
Het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam.

**Procesverloop**

Bij besluit van 23 mei 2014 heeft het college aan appellante een bestuurlijke boete van € 6.000 opgelegd wegens twee overtredingen van de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen (hierna: Wkkp).

Bij besluit van 22 december 2014 heeft het college het door appellante daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 2 februari 2016 heeft de rechtbank het door appellante daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft appellante hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 22 mei 2018, waar appellante, vertegenwoordigd door mr. R. Brouwer, advocaat te Zoetermeer, en het college, vertegenwoordigd door mr. J.C. Smit en B.R. van der Zee, zijn verschenen.

**Overwegingen**

1. Deze zaak gaat over de vraag of aan appellante op 23 mei 2014 terecht een bestuurlijke boete van € 6.000 is opgelegd. Daarbij komt aan de orde of de cautie had moeten worden gegeven en zo ja, op welk moment en aan welke personen.

2. Appellante is houder van een aantal kindercentra in de gemeente Amsterdam, waaronder de buitenschoolse opvang opvang-a, gevestigd aan de locatie-a te Amsterdam. Op 13 november 2013 heeft drs. A. Schaap, werkzaam als inspecteur bij de GGD Amsterdam, in opdracht van het stadsdeel Nieuw-West van de gemeente Amsterdam een inspectiebezoek afgelegd aan deze locatie. Van deze inspectie heeft zij op 9 januari 2014 een rapport opgesteld. In dat rapport is melding gemaakt van zeven overtredingen en is geadviseerd ter zake handhavend op treden. Bij het besluit van 23 mei 2014 heeft het college aan appellante voor twee overtredingen een boete van in totaal € 6.000 opgelegd. De eerste overtreding betrof het niet voldoen aan de eis dat kinderen worden opgevangen in basisgroepen die uit ten hoogste 20 kinderen bestaan. Deze eis is vastgelegd in artikel 6, eerste lid, van de ten tijde van belang geldende Regeling kwaliteit kinderopvang en peuterspeelzalen 2012 (hierna: de Regeling). De tweede overtreding betrof het niet voldoen aan de beroepskracht/kind-ratio, vastgelegd in artikel 6, vijfde lid, van de Regeling.

3. Bij het besluit van 22 december 2014 heeft het college het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften (hierna: de Adviescommissie) van 28 november 2014 overgenomen en het besluit van 23 mei 2014 gehandhaafd, met dien verstande dat ten aanzien van de eerste overtreding de motivering van het advies van de Adviescommissie wordt gevolgd.

4. De rechtbank heeft vastgesteld dat het college bij besluit van 31 mei 2011 aan de directeur van de GGD Amsterdam mandaat heeft verleend om toezicht te houden op de kwaliteitseisen die in de Wkkp zijn opgenomen voor onder andere de kinderopvang. De directeur heeft ondermandaat verleend aan onder andere de Inspecteur Kinderopvang. Deze was dus bevoegd toezicht te houden op appellante.

Ten aanzien van de vraag of gewezen had moeten worden op het zwijgrecht (de cautie) heeft de rechtbank geoordeeld dat het college heeft erkend dat voorafgaande aan een tweede inspectiebezoek van 20 maart 2014 en de hoor-

zitting op 3 oktober 2014 aan appellante de cautie had moeten worden gegeven, maar dat deze nalatigheid geen gevolgen heeft voor de aan de orde zijnde boete. Dit komt omdat de boete is gebaseerd op de conclusies en bevindingen van het inspectiebezoek van 13 november 2013. Het college heeft alleen maar ten overvloede gewezen op de bevindingen van het inspectiebezoek van 20 maart 2014. Verder is de boete niet gebaseerd op hetgeen tijdens de hoorzitting van 3 oktober 2014 naar voren is gebracht.

De rechtbank heeft voorts geoordeeld dat het college heeft aangetoond dat de 28 kinderen die aanwezig waren tijdens het inspectiebezoek werden opgevangen in één basisgroep in plaats van in twee basisgroepen. De rechtbank heeft voorts vastgesteld dat op vrijdagen drie beroepskrachten aanwezig hadden moeten zijn in plaats van twee. Alleen al hierom heeft appellante de beroepskracht/kind-ratio overtreden.

Ten slotte heeft de rechtbank geoordeeld dat het college voldoende heeft gemotiveerd waarom het aan appellante een boete heeft opgelegd. In het Afwegingsmodel is al rekening gehouden met de aard en de ernst van de overtredingen en de omvang van de onderneming.

5. De van toepassing zijnde regelgeving, zoals die luidde ten tijde van belang, is opgenomen in de bijlage. De bijlage maakt deel uit van deze uitspraak.

6. Appellante betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de inspecteur van de GGD die het inspectiebezoek op 13 november 2013 heeft afgelegd en het rapport van 9 januari 2014 heeft opgesteld, daartoe niet bevoegd was. Niet de betrokken inspecteur, maar de directeur van de GGD Amsterdam is als toezichthouder is aangewezen. Het rapport van 9 januari 2014 kon daarom niet dienen als grondslag voor de opgelegde boetes.

6.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2677) heeft het college bij besluit van 31 mei 2011 de directeur van de GGD aangewezen als toezichthouder op de naleving van de kwaliteitseisen die in de Wkkp zijn opgenomen. Daarbij is tevens aan de directeur toestemming verleend om voor uitvoering van deze toezichtstaak gekwalificeerde toezichthouders aan te stellen. De directeur heeft gebruik makend van die toestemming zijn toezichthoudende taak aan inspecteurs van de GGD opgedragen. Daarmee is geen mandaat verleend aan de inspecteurs om besluiten te nemen die uit de toezichthoudende taak voortvloeien, maar is een machtiging verleend om feitelijk toezicht te houden op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Wkkp, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen. Ter zitting heeft appellante nog gewezen op de regeling van de aanwijzing van toezichthouders in de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. Uit de wijze waarop het toezicht in artikel 5.11 van die wet is geregeld kan echter niet worden afgeleid dat artikel 1.61 van de Wkkp zo beperkt moet worden uitgelegd, dat deze bepaling eraan in de weg staat dat de directeur van de GGD inspecteurs aanwijst die onder zijn verantwoordelijkheid het toezicht feitelijk uitoefenen.

Het betoog faalt.

7. Appellante betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het college haar ten onrechte een boete heeft opgelegd, omdat de betrokken inspecteur van de GGD heeft nagelaten voorafgaand aan het inspectiebezoek van 13 november 2013 de cautie te geven aan de op dat moment aanwezige werknemers van appellante. Zij voert daartoe aan dat reeds voorafgaand aan dit inspectiebezoek het voornemen bestond appellante een boete op te leggen. De inspecteur had de medewerkers van appellante daarom voor aanvang van het inspectiebezoek op hun zwijgrecht moeten wijzen. Dit geldt temeer nu de inspecteur suggestieve vragen aan de medewerkers van appellante heeft gesteld en omdat het onmogelijk is achteraf een onjuiste weergave van een verklaring te wijzigen.

7.1. De voorzitter van de Afdeling heeft in twee eerdere zaken over de oplegging van bestuurlijke boetes, ECLI:NL:RVS:2017:1819 en ECLI:NL:RVS:2017:1818, staatsraad advocaat-generaal L.A.D. Keus (hierna: de staatsraad advocaat-generaal) gevraagd een conclusie te nemen als bedoeld in artikel 8:12a van de Awb. De voorzitter van de Afdeling heeft de staatsraad advocaat-generaal in die zaken onder meer de volgende vraag gesteld:

> "Ingevolge artikel 5:10a van de Awb is degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. Voorafgaand aan dergelijke verhoren dient aan de betrokkene de cautie te worden gegeven. De grens tussen onderzoek in het kader van toezicht en boeteoplegging is in sommige gevallen vaag. Welke criteria gelden er, mede gelet op het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 5 april 2012, *Chambaz /Zwitserland*, voor de beoordeling of een verhoor met voormeld oogmerk plaatsvindt? Dient bij een controle- of inspectiebezoek de cautie te worden gegeven? Zo ja, onder welke omstandigheden, op welk moment en aan welke personen?"

De staatsraad advocaat-generaal heeft op 12 april 2017 geconcludeerd, ECLI:NL:RVS:2017:1034. De

staatsraad advocaat-generaal heeft in punt 4.3.4 van zijn conclusie het volgende opgemerkt:

> "In de benadering van het EHRM geldt het zwijgrecht vanaf het tijdstip dat sprake is van een "criminal charge". Vaak wordt aangenomen dat van een "criminal charge" sprake is vanaf "het moment waarop vanwege de Staat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlenen dat het OM een strafvervolging tegen hem zal instellen." In artikel 5:10a van de Awb, dat het zwijgrecht en de cautie in het punitieve bestuursrecht vastlegt, is voor een andere formulering gekozen; volgens die formulering is bepalend (het moment) dat iemand wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Voor die formulering is aangeknoopt bij het begrip "verhoor", dat volgens de nota naar aanleiding van het verslag ook in het strafrecht (en het fiscale recht) als ijkpunt wordt gehanteerd voor het zwijgrecht. Naar zich uit de wetsgeschiedenis voorts laat afleiden, is met de woorden "wordt verhoord" bedoeld dat naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat van een "verhoor" met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete sprake is. Dat sluit het zwijgrecht (en de cautieplicht) in een fase waarin het bestuursorgaan (nog) niet serieus overweegt de overtreding punitief af te doen, uit."

De staatsraad advocaat-generaal heeft in punt 4.3.7–4.3.9 van zijn conclusie het volgende opgemerkt:

> "Dat het niet altijd eenvoudig zal zijn om aan de hand van het criterium van artikel 5:10a van de Awb (en aan de hand van hetgeen naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld) tussen het op toezicht en het op boeteoplegging gerichte stadium van het onderzoek te onderscheiden, acht ik in verband met de eerder genoemde reflexwerking van het zwijgrecht uit oogpunt van rechtsbescherming weinig problematisch. Het ontbreken van de cautie heeft immers tot gevolg dat wilsafhankelijk materiaal, ongeacht of dit (onder dwang) in het op toezicht dan wel het op boeteoplegging gerichte stadium van het onderzoek is verkregen, niet als bewijsmiddel mag meewerken, wanneer aan de verhoorde persoon uiteindelijk een boete wordt opgelegd. (…) 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. Uit de wet en het EVRM vloeit niet voort dat in het kader van een controlebezoek waarbij vragen worden gesteld de cautie moet worden gegeven. Indien er sprake is van een wettelijk gesanctioneerde inlichtingenplicht en de te horen persoon derhalve het risico loopt te worden bestraft indien hij geen antwoord geeft op aan hem gestelde vragen, zal de verhorende ambtenaar echter goed eraan doen zich tevoren af te vragen of de betrokken persoon wellicht in een later stadium zou kunnen worden aangemerkt als degene aan wie een (bestuurlijke) bestraffende sanctie dient te worden opgelegd. Het geven van de cautie kan de later eventueel aan de verklaringen toekomende "bewijswaarde" veiligstellen. Anderzijds kan het beantwoorden van de gestelde vragen dan uiteraard niet meer worden afgedwongen. (…) Het is voorstelbaar dat, ondanks de eigen formulering van artikel 5:10a van de Awb, een "toezichtverhoor" van een getuige als gevolg van hetgeen de getuige verklaart "van kleur verschiet" en bij voortzetting daarvan (mede) op het opleggen van een bestraffende sanctie aan degene die wordt verhoord zou zijn gericht, in welk geval de in artikel 5:10a, tweede lid, van de Awb bedoelde cautie vóór de daadwerkelijke voortzetting van het verhoor dient te worden gegeven."

7.2. De Afdeling ziet aanleiding eerst de vraag te beantwoorden wanneer door een toezichthouder de cautie moet worden gegeven en welk gevolg door de bestuursrechter moet worden verbonden aan het feit dat de cautie ten onrechte achterwege is gebleven. 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.

7.3. De Afdeling overweegt voorts dat evenmin voor zodanig bewijs kan worden gebruikt de verklaring die de betrokkene onder dwang heeft afgelegd. Dat is bijvoorbeeld het geval als de betrokkene op grond van artikel 5:20, eerste lid, van de Awb gehouden was een verklaring af te leggen. De Afdeling sluit hiermee aan bij het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, de rechtsoverwegingen 3.7 en 3.8.

7.4. 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, appel-

lante, 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.

8. Appellante betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het college een boete mocht opleggen wegens overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Regeling en artikel 6, vijfde lid, van de Regeling. Appellante betoogt voorts dat de rechtbank niet heeft onderkend dat volgens het beleid van het college, vastgelegd in het Afwegingsmodel Sanctionering Kinderopvang (hierna: Afwegingsmodel), pas een boete kan worden opgelegd nadat een waarschuwing is gegeven.

8.1. Gelet op het hierna volgende kan in het midden blijven of appellante de gestelde overtredingen heeft begaan.

8.2. Anders dan het college in zijn verweerschrift heeft gesteld, kon appellante voor het eerst in hoger beroep tegen de boete aanvoeren dat geen waarschuwing is gegeven als bedoeld in het Afwegingsmodel. De Afdeling zal daarom inhoudelijk op deze grond ingaan.

8.3. Het ten tijde van belang geldende Afwegingsmodel, dat de overtredingen en sancties beschrijft van onder meer de buitenschoolse opvang, is vastgesteld door het college bij besluit van 29 november 2011. In paragraaf 2, onder B2, is, voor zover hier van belang, het volgende vermeld:

> "Voordat dit afwegingsmodel werd vastgesteld, hanteerde de gemeente Amsterdam geen bestuurlijke boete binnen de kinderopvang. Met het vaststellen is dus een nieuwe sanctie geïntroduceerd en daarover zijn houders geïnformeerd door de gemeente. Ter overgang naar deze nieuwe situatie krijgt een houder eenmalig een waarschuwing, in geval de eerste overtreding zich aandient (welke dan ook) waarvoor normaal gesproken een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Deze waarschuwing wordt één keer gegeven, ongeacht het aantal kinderopvangvoorzieningen van een houder. Na deze eenmalige waarschuwing worden bestuurlijke boetes in principe opgelegd en wel volgens onderstaande richtlijnen."

8.4. In haar uitspraak van 28 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1693 heeft de Afdeling geoordeeld dat uit het hiervoor onder 9.2 opgenomen citaat uit het Afwegingsmodel blijkt dat de waarschuwing niet slechts tot doel heeft de houders te informeren over de bestuurlijke boete als sanctie. De houder krijgt ter overgang naar de nieuwe situatie eenmalig een waarschuwing, ingeval de eerste overtreding zich aandient. In het verweerschrift heeft college gesteld dat alle houders van kinderopvanginstellingen bij brief 9 maart 2012 zijn geïnformeerd over het Afwegingsmodel. Bij besluit van 15 maart 2012 heeft het college een aanwijzing gegeven voor een overtreding van eisen omtrent de opvang in basisgroepen en omtrent de beroepskracht/kind-ratio. Bij de aanwijzing is geen waarschuwing gegeven dat bij een volgende overtreding een boete zal worden opgelegd. Het college heeft in hoger beroep voorts een afschrift van een aan appellante gerichte brief overgelegd. In deze brief is onder meer het volgende vermeld:

> "Een toezichthouder heeft tijdens een inspectiebezoek bij uw kindercentra één of meerdere overtredingen vastgesteld. Het bevoegd gezag kan voor de geconstateerde overtreding(en) een bestuurlijke boete opleggen. De bestuurlijke boete is een nieuwe sanctie in het handhavingsbeleid kinderopvang van de Gemeente Amsterdam. U bent hierover al eerder geïnformeerd door de gemeente. Omdat deze sanctie nieuw is, krijgt u hierbij eenmalig een waarschuwing. U krijgt deze waarschuwing één keer, ongeacht het aantal kinderopvangvoorzieningen dat u exploiteert. Bij de eerstvolgende constatering van een overtreding leggen wij een bestuurlijke boete op. Hiervoor stellen wij een aparte beschikking op."

8.5. Uit het hiervoor opgenomen citaat van de brief blijkt dat deze brief een waarschuwing bevat als bedoeld in het Afwegingsmodel. Het college heeft in het verweerschrift gesteld dat in januari 2013 alle houders van kinderopvangvoorzieningen, waaronder appellante, waar tussen 26 november 2011 en december 2012 overtredingen zijn geconstateerd, die in principe beboetbaar zijn, deze brief in januari 2013 hebben ontvangen. appellante heeft de ontvangst van de brief ontkend. Nu de brief niet aangetekend is verzonden, dient het college aannemelijk te maken dat de brief daadwerkelijk per gewone post aan appellante is verzonden. Het overleggen van de verzendlijst van kinderopvanginstellingen aan wie de brief zou zijn geadresseerd, is daarvoor niet voldoende. Nu het afschrift van de overgelegde aan appellante gerichte brief bovendien niet is gedateerd, kan niet worden vastgesteld of de brief tijdig, dat wil zeggen, vóór de beboete gedraging, is opgesteld en verzonden.

8.6. Op grond van het vorenstaande komt de Afdeling tot de slotsom dat niet kan worden vastgesteld dat het college appellante overeenkomstig het Afwegingsmodel een waarschuwing heeft gegeven. Het moet er daarom voor worden gehouden dat het college niet overeenkomstig

het beleid heeft gehandeld door zonder een eerdere waarschuwing een boete op te leggen. Het college kon daarom bij het besluit van 23 mei 2014 geen boete aan appellante opleggen.

Het betoog slaagt.

9. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen komt de Afdeling tot de slotsom dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het college terecht een boete aan appellante heeft opgelegd. Aan een bespreking van de grond dat de boete onevenredig hoog is komt de Afdeling derhalve niet meer toe.

10. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 22 december 2014 van het college alsnog gegrond verklaren. Dat besluit komt wegens het in 8.6 vastgestelde gebrek voor vernietiging in aanmerking. Omdat dit gebrek niet herstelbaar is, zal het primaire besluit van 23 mei 2014 worden herroepen. De Afdeling zal bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit.

11. Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

**Beslissing**

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 2 februari 2016 in 15/510;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep gegrond;

IV. vernietigt het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam van 22 december 2014, kenmerk 14-27799;

V. herroept het besluit van 23 mei 2014, kenmerk 14/9034;

VI. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit;

VII. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam tot vergoeding van bij appellante in verband met de behandeling van het bezwaar opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.002 (zegge: duizendtwee euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

VIII. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam tot vergoeding van bij appellante in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 2.004 (zegge: tweeduizend vier euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

IX. gelast dat het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam aan appellante het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 831 (zegge: achthonderd eenendertig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

**Bijlage**

**Algemene wet bestuursrecht**

*Artikel 5:10a*

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.

*Artikel 5:20*

1. Een ieder is verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

2. Zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, kunnen het verlenen van medewerking weigeren, voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit.

**Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peuterspeelzalen**

*Artikel 1.50, tweede lid*

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de kwaliteit van kinderopvang bij een kindercentrum. Deze regels kunnen betrekking hebben op:

a. de veiligheid en de gezondheid;

b. de opleidingseisen waaraan de beroepskrachten voldoen;

c. de inzet van beroepskrachten in opleiding;

d. het aantal beroepskrachten en vrijwilligers in relatie tot het aantal kinderen per leeftijdscategorie;

e. de groepsgrootte;

f. het pedagogisch beleid en de pedagogische praktijk;

g. de accommodatie en de inrichting van de ruimte die bestemd is voor kinderopvang;

h. de beschikbare ruimte voor kinderen.

*Artikel 1.61*

1. Het college ziet toe op de naleving van de bij of krachtens afdeling 3 van dit hoofdstuk gestelde regels, onderscheidenlijk de krachtens artikel 1.65

gegeven aanwijzingen en bevelen en de krachtens artikel 1.66, eerste lid, gegeven bevelen tot sluiting dan wel de krachtens artikel 1.66, tweede lid, uitgevaardigde verboden en de in de bij artikel 1.50b vastgestelde algemene maatregel van bestuur vastgelegde basisvoorwaarden voor kwaliteit van voorschoolse educatie. Het college wijst de directeur van de GGD aan als toezichthouder.

2. Voor zover een kindercentrum een voorziening voor gastouderopvang of een gastouderbureau in een woning is gevestigd, zijn de toezichthouders ter uitvoering van de taken, bedoeld in het eerste lid, bevoegd zonder toestemming van de bewoners in die woning binnen te treden.

*Artikel 1.72*

1. Het college kan de houder die een verplichting als bedoeld bij of krachtens afdeling 3 van dit hoofdstuk, een afspraak als bedoeld in artikel 167 van de Wet op het primair onderwijs, een aanwijzing onderscheidenlijk een bevel als bedoeld in artikel 1.65 of een vordering tot medewerking als bedoeld in artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht niet nakomt dan wel handelt in strijd met een verbod krachtens artikel 1.66, een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 45 000.

2. In afwijking van het eerste lid kan de overtreding van de houder niet met een bestuurlijke boete worden afgedaan, indien de overtreding opzettelijk of roekeloos geschiedt en een direct gevaar voor de gezondheid of de veiligheid van personen tot gevolg heeft.

**Noot**

1. Heel fijn, dat een grote kamer van de Afdeling eindelijk klare wijn schenkt voor wat betreft zwijgrecht, cautieplicht en de zogenoemde reflexwerking. De Afdeling volgt met deze uitspraak een arrest van de civiele kamer van de Hoge Raad van 12 juli 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *AB* 2013/343, m.nt. R. Stijnen), dat overeind bleef bij het Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM 16 juni 2015, *AB* 2017/286, m.nt. R. Stijnen (*Van Weerelt/Nederland*)). Begin dit jaar ging het College van Beroep voor het bedrijfsleven — dat voordien hardnekkig vasthield aan het standpunt dat inlichtingen die voorafgaand aan het charge-moment onder dwang waren verkregen gewoon voor de boeteoplegging konden worden gebruikt (zie daarover R. Stijnen, 'De onschuldpresumptie bij de oplegging van bestuurlijke boetes: recente ontwikkelingen inzake bewijskwesties en het nemo-teneturbeginsel', *JBplus* 2017/2) — de Afdeling al voor en trok daarbij overigens ook heel mooi de lijn van de civiele kamer van de Hoge Raad door, want voortaan diende het bestuursorgaan mee te delen dat het door een last onder dwangsom te verkrijgen wilsafhankelijk materiaal niet voor vervolging of beboeting zou worden gebruikt (CBb 10 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:3, *RF* 2018/33).

2. Ik breng graag in herinnering dat er twee lijnen of scenario's zijn die EVRM-proof zijn als het gaat om de inlichtingenvordering afgezet tegen het in art. 5:10a Awb neergelegde zwijgrecht: (scenario-a) er wordt bij een eerste verdenking direct een cautie verstrekt of (scenario-b) de verhorende toezichthouder laat dit na, maar dan draagt het bestuursorgaan (of de rechter) er zorg voor dat belastende verklaringen (wilsafhankelijk materiaal) niet worden gebruikt voor vervolging of boeteoplegging (o.a. R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 623–624 en T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014, p. 126). Het voordeel van scenario-b is dat met het oog op een juiste belastingheffing of juiste uitkeringsverstrekking een afgedwongen belastende verklaring wel kan worden gebruikt, omdat een gewone naheffing of een herziening en terugvordering van de uitkering geen bestraffende sancties vormen. Dit argument voor toepassing van scenario-b geldt ook indien het bestuursorgaan overweegt om een last op te leggen of een aanwijzing te geven. De wetgever heeft nagelaten dit te regelen, want de tekst van art. 5:10a Awb gaat slechts uit van een zwijgrecht en cautieplicht indien vragen zijn gericht op boeteoplegging. Hier ligt daarom een taak voor het bestuur en de rechter.

3. In deze uitspraak van 27 juni 2018 wordt bij de vraag naar de verhouding tussen art. 5:10a Awb en de inlichtingenplicht die volgt uit art. 5:16 en 5:20 Awb te rade gegaan bij de conclusie die toenmalig staatsraad advocaat-generaal Keus op 12 april 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1034) heeft uitgebracht ten behoeve van twee eerdere uitspraken van de grote kamer van de Afdeling (ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818, *AB* 2017/386, m.nt. R. Stijnen en ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1819, *JB* 2017/151, m.nt. C.L.G.F.H. Albers). Voor het wijzen van die eerdere uitspraken waren vooral de bewijskracht, de bewijsvoering en het horen van getuigen van belang en speelde het zwijgrecht geen rol. De grote kamer overwoog op 5 juli 2017 dat voor zover in de conclusie vragen zijn beantwoord waarover in deze uitspraak geen oordeel wordt gegeven, de beschouwingen van de staatsraad advocaat-generaal zullen worden betrokken bij zaken, waarin die kwesties wel om een antwoord vragen. In deze zaak, waarin door de houder van kinderdagverblijven (de houder) is betoogd dat bij het horen van medewerkers tijdens

een inspectie de cautie had moeten worden verstrekt, ziet een grote kamer van de Afdeling zijn kans schoon om alsnog te reageren op die punten uit de conclusie van staatsraad A-G Keus.

4. De Afdeling citeert in deze uitspraak de aan staatsraad A-G Keus gestelde vragen van de voorzitter van de Afdeling inzake het zwijgrecht en vervolgt met twee citaten waarin staatsraad A-G Keus die vragen beantwoordt. Het begint met punt 4.3.4 van zijn conclusie. Daarin overweegt staatsraad A-G Keus dat door de wetgever met de woorden 'wordt verhoord' in art. 5:10a Awb is bedoeld dat naar objectieve maatstaven door een redelijke waarnemer kan worden vastgesteld dat van een 'verhoor' met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete sprake is. Dat sluit volgens staatsraad A-G Keus het zwijgrecht (en de cautieplicht) uit in een fase waarin het bestuursorgaan (nog) niet serieus overweegt de overtreding punitief af te doen. Jansen merkt in zijn bijdrage 'Koudwatervrees in een bananenkoninkrijk?', *JBplus* 2017/0 hierover op:

> "In zijn conclusie over bewijsgaring in het boeterecht kiest de staatsraad advocaat-generaal voor het criterium dat 'naar objectieve maatstaven door een redelijke waarnemer kan worden vastgesteld dat van een "verhoor" met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete sprake is'. (…) Als de Grote Kamer dit overneemt, hebben we met dit 'cirkelcriterium' nog steeds geen omschrijving van 'verhoor' en bestaat de kans nog steeds dat het bestuursrechtelijk boeterecht nodeloos afwijkt van het strafprocesrecht. Hier wreekt zich wellicht dat in het formele boeterecht het begrip 'verhoor' wel, maar de begrippen 'verdachte' en 'verdenking' niet van belang zijn."

De Afdeling volgt niettemin de conclusie van staatsraad A-G Keus op dit punt vrij klakkeloos, want zij overweegt dat uit art. 5:10a 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.

5. Het tweede aangehaalde citaat van staatsraad A-G Keus is interessanter dan die onder 4.3.4. De staatsraad advocaat-generaal merkt in punt 4.3.7 van zijn conclusie — dat onderdeel uitmaakt van dat citaat — het volgende op:

> "Dat het niet altijd eenvoudig zal zijn om aan de hand van het criterium van art. 5:10a Awb (en aan de hand van hetgeen naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld) tussen het op toezicht en het op boeteoplegging gerichte stadium van het onderzoek te onderscheiden, acht ik in verband met de (…) reflexwerking van het zwijgrecht uit oogpunt van rechtsbescherming weinig problematisch. Het ontbreken van de cautie heeft immers tot gevolg dat wilsafhankelijk materiaal, ongeacht of dit (onder dwang) in het op toezicht dan wel het op boeteoplegging gerichte stadium van het onderzoek is verkregen, niet als bewijsmiddel mag meewerken, wanneer aan de verhoorde persoon uiteindelijk een boete wordt opgelegd."

Dit citaat ziet dus op scenario-b of wat staatsraad A-G Keus de reflexwerking noemt. De kern van het citaat komt terug in de overweging 7:3 van de Afdeling:

> "De Afdeling overweegt voorts dat evenmin voor zodanig bewijs kan worden gebruikt de verklaring die de betrokkene onder dwang heeft afgelegd. Dat is bijvoorbeeld het geval als de betrokkene op grond van art. 5:20 lid 1 Awb gehouden was een verklaring af te leggen. De Afdeling sluit hiermee aan bij het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, de rechtsoverwegingen 3.7 en 3.8."

Met deze benadering lost dus het probleem op dat mogelijk niet altijd duidelijk is wanneer objectief sprake is van een verdenking of van een verhoor waarop art. 5:10a Awb van toepassing is omdat onder toepassing van art. 5:20 lid 1 Awb verkregen verklaringen (wilsafhankelijk materiaal) toch niet mogen worden gebruikt voor vervolging of beboeting (scenario-b). Omdat Jansen in zijn voornoemde bijdrage in *JBplus* 2017/0 meent dat deze reflexwerking niet bestaat, zal die vaagheid voor hem onbevredigend blijven, maar dat scenario-b wel degelijk een basis heeft in de rechtspraak inzake art. 6 EVRM volgt, voor zover dat niet reeds zou volgen uit EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge (*Saunders/VK*), toch zeker uit het hiervoor genoemde arrest van het EHRM inzake *Van Weerelt/Nederland* en de genoemde rechtspraak van de Hoge Raad en van de hoogste bestuursrechters. Ten overvloede merk ik op dat art. 6 EVRM een ondergrens en niet een bovengrens aan rechtsbescherming bevat (vergelijk T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014, p. 182).

6. Mede gelet op de samenstelling van de grote kamer is het wellicht wijselijk dat de Afdeling zich niet uitlaat over de opmerking van staatsraad A-G Keus verderop onder punt 4.3.4 van zijn conclusie dat de Centrale Raad van Beroep in zijn uitspraken de aanvang van de criminal charge in de zin van art. 6 EVRM te ver naar voren haalt en dat die rechtspraak geen navolging verdient, omdat die afdoet aan de door de wetgever beoogde strekking van art. 5:10a Awb. In mijn

eerder genoemde bijdrage in *JBplus* 2017/2 heb ik aangegeven dat ik de uitspraken van de Centrale Raad zo begrijp dat de Centrale Raad niet zozeer het chargemoment naar voren haalt, maar het zwijgrecht naar voren haalt aan de hand van de formule dat 'betrokkene niet kon uitsluiten dat zijn verklaring aan een boetebesluit ten grondslag zou worden gelegd', wat bij een verdenking het geval zal zijn (scenario-a), waarbij geldt dat voor zover het verhoor samenvalt met het onderzoek naar de rechtmatigheid van de uitkeringsverstrekking tegelijk een medewerkingsplicht voor de belanghebbende geldt en daarom de onder dwang en zonder cautie verkregen verklaringen wel kunnen worden gebruikt voor op herstel gerichte maatregelen, zoals herziening en terugvordering van de uitkering (scenario-b). Zie voor die benadering (CRvB 21 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2451, *AB* 2015/333, m.nt. R. Stijnen; CRvB 30 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3288, *AB* 2016/389, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman; en CRvB 26 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3338, *USZ* 2017/420, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman). Voorts gaf ik daarbij aan dat niet zo heel relevant is wat de wetgever met art. 5:10a Awb precies heeft beoogd, omdat die bepaling bij gebrek aan flankerende waarborgen niet voldoet aan art. 6 lid 2 EVRM en de wetgever dus evenmin de reflexwerking van scenario-b voor ogen heeft gehad. Maar we mogen er gelet op het voorgaande dus wel gerust vanuit gaan dat de Afdeling geen aansluiting zoekt bij scenario-a en dus de gelaagde benadering van de Centrale Raad niet volgt.

7. Aan wie komt het zwijgrecht toe? In zaken waarin de Autoriteit Consument en Markt (ACM) handhavend optreedt is art. 12i Instellingswet ACM van toepassing, waaruit volgt dat het zwijgrecht ook toekomt aan andere, voor de marktorganisatie werkzame, natuurlijke personen. Naar vaste rechtspraak van de Afdeling kwam buiten die zaken uitsluitend aan de bestuurders van de rechtspersoon die de overtreding heeft begaan een zwijgrecht toe (bijvoorbeeld ABRvS 24 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL8718, *AB* 2010/332, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en ABRvS 21 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2500). Dat is een wat enge opvatting van het zwijgrecht van rechtspersonen. Zo zouden volgens van Asperen de Boer — in navolging van Hartmann & De Meijer — wel die werknemers die vallen binnen het kader van de wijze waarop de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de betrokken rechtspersoon wordt geconstitueerd, een beroep moeten kunnen doen op het van de verdachte rechtspersoon afgeleide zwijgrecht (C.M.I. van Asperen de Boer, 'Strafrechtelijke waarborgen bij de bestuurlijke boete', in: M. Jurgens & R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht* (derde druk), Deventer: Wolters Kluwer: 2018, p. 237-238). De overige werknemers komt dan geen zwijgrecht toe; zij zijn getuigen. In de hier opgenomen uitspraak lijkt de grote kamer een nuancering aan te brengen. Zij overweegt namelijk als volgt:

> "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."

Indien een medewerker als vertegenwoordiger 'namens' zijn werkgever optreedt dan lijkt de Afdeling dus niet (langer) uit te sluiten dat die kan worden vereenzelvigd met de onderneming en dat dus het zwijgrecht op hem van toepassing is.

8. Nog een aardig detail is dat de Afdeling oordeelt dat in het midden kan blijven of een beboetbare overtreding is begaan, dit vanwege het door de houder (mogelijk) niet hebben ontvangen van een eerste waarschuwing. Omdat het college van burgemeester en wethouders van Amsterdam het beleid voert dat iedere houder bij een eerste overtreding eerst een waarschuwing krijgt en de houder stelt dat hij de eerdere waarschuwingsbrief niet heeft ontvangen en verweerder geen bewijs van het tegendeel heeft geleverd, komt de Afdeling tot de slotsom dat niet kan worden vastgesteld dat het college de houder overeenkomstig het Afwegingsmodel een waarschuwing heeft gegeven. Daarmee vervalt de boetebevoegdheid. Zo'n waarschuwing, die op beleid is gebaseerd (en dus niet op een wettelijk voorschrift), zal geen voor bezwaar vatbaar besluit vormen, zodat ik het er voor houd dat wanneer door de houder niet was betoogd dat de waarschuwingsbrief niet was ontvangen, maar wel de eerdere overtreding was ontkend door de houder, op het college de last zou hebben gerust om alsnog aan te tonen dat die waarschuwing destijds terecht was gegeven (zie ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449, *AB* 2018/224, m.nt. R. Ortlep). Zie voor een zaak waarin eveneens met succes werd geklaagd dat de ACM had nagelaten een onderneming eerst te waarschuwen alvorens tot boeteoplegging over te gaan, terwijl dat bij andere ondernemingen wel was gebeurd, de uitspraak Rb. Rotterdam 14 december 2017 (ECLI:NL:RBROT:2017:9657).

R. Stijnen