

ven, facturen als bewijs voor het opleggen van een bestuurlijke boete niet in strijd is met het uit art. 6 EVRM voortvloeiende nemo tenetur beginsel, nu de Arbeidsinspectie het bestaan van de facturen mocht aannemen en deze buiten de wil van de betrokkene bestaan.

Art. 6 EVRM; art. 5:10a Awb; Art. 5:13 Awb; Art. 5:17 Awb; art. 18 derde lid Wav (oud)

(...)

1. Procesverloop

Bij besluit van 2 februari 2007 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) [appellante] een boete opgelegd van € 40.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 16 januari 2008 heeft de minister het daartegen door [appellante] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Bij uitspraak van 30 juli 2009, verzonden op 3 augustus 2009, heeft de rechtbank Amsterdam (hierna: de rechtbank) het daartegen door [appellante] ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd, het besluit van 2 februari 2007 herroepen, de boete vastgesteld op € 36.000,00 en bepaald dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 26 augustus 2009, hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak samen met zaak nr. 200906651/1/V6 ter zitting gevoegd behandeld op 14 januari 2010, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. R. Vos, advocaat te Haarlem, en de minister, vertegenwoordigd door mr. A.G. Oosthoek, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Op dit geding is de Wav van toepassing zoals die wet luidde tot de inwerkingtreding van de wet van 25 juni 2009 (Stb. 2009, 265) op 1 juli 2009.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef en onderdeel b, onder 1°, van de Wav, wordt onder werkgever verstaan degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wav is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling ten aanzien van wie ingevolge bepalingen vastgesteld bij overeenkomst met andere mogendheden dan wel bij een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, een tewerkstellingsvergunning niet mag worden verlangd.

Ingevolge artikel 18 wordt het niet naleven van artikel 2, eerste lid, als beboetbaar feit aangemerkt.

Nr. 47: *Nemo Tenetur*

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 24 maart 2010, nr. 200906490/1/V6 (mrs. Lubberdink, Sevenster, Hent).

De Afdeling concludeert dat het gebruik van, al dan niet onder dwang maar in ieder geval zonder cautie afgege-

Ingevolge artikel 18b, eerste lid, maakt, indien de toezichthouder vaststelt dat een beboetbaar feit is begaan, hij daarvan zo spoedig mogelijk een rapport op.

Ingevolge het derde lid is, indien de toezichthouder, bedoeld in het eerste lid, jegens de bij een beboetbaar feit betrokken persoon een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat jegens hem wegens het begaan van het beboetbare feit een rapport als bedoeld in het eerste lid zal worden opgemaakt, die persoon niet langer verplicht ter zake enige verklaring af te leggen. Deze persoon wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd.

Ingevolge artikel 19a, eerste lid, legt een daartoe door de minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar namens hem de boete op aan degene op wie de verplichtingen rusten, welke voortvloeien uit deze wet, voor zover het niet naleven daarvan is aangeduid als een beboetbaar feit.

Ingevolge artikel 19d, eerste lid, aanhef en onder b, is de hoogte van de boete, die voor een beboetbaar feit kan worden opgelegd, indien begaan door een rechtspersoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 45.000,00.

Ingevolge het derde lid stelt de minister beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de beboetbare feiten worden vastgesteld.

Volgens artikel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2007 (hierna: de beleidsregels) worden bij de berekening van een boete als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, van de Wav voor alle beboetbare feiten als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de ‘Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav’ (hierna: de Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd.

Volgens de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav op € 8.000,00 gesteld per persoon per beboetbaar feit.

Ingevolge artikel 39, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag), thans, na wijziging, artikel 45, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU), is het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap vrij.

Ingevolge Bijlage XII Lijst bedoeld in artikel 24 van de Toetredingsakte: Polen, onderdeel 2, punt 1, is wat betreft het vrij verkeer van werknemers dat gepaard gaat met tijdelijk verkeer van werknemers als bedoeld in artikel 1 van Richtlijn 96/71/EG tussen, voor zover thans van belang, Polen en Nederland, artikel 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 45 van het VWEU, slechts volledig van toepassing onder voorbehoud van de overgangsregelingen van de punten 2 tot en met 14.

Ingevolge punt 2, voor zover thans van belang, zullen de huidige lidstaten, in afwijking van de artikelen 1 tot en met 6 van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot het einde van het tweede jaar na de datum van toetreding van Polen, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepassen om de toegang van Poolse onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen.

Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge voormelde Bijlage XII het recht op het vrij verkeer van werknemers, zoals neergelegd in artikel 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 45 van het VWEU, tijdelijk te beperken en heeft door voortzetting van de overgangsperiode de vergunningplicht ingevolge de Wav tot 1 mei 2007 gehandhaafd (Kamerstukken II, 2003/04, 29 407, nr. 1 e.v.).

In het arrest van 15 december 2005, C-151/04 en C-152/04, Nadin en Durré, (www.curia.europa.eu) heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EG van 20 november 2001, nr. C-268/99, Jany e.a., (www.curia.europa.eu) in punt 31 overwogen:

“31. Aangezien het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding in de zin van artikel 39 EG-Verdrag is, dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt, moet als een werkzaamheid anders dan in loondienst in de zin van artikel 43 EG-Verdrag worden aangemerkt, de activiteit die een persoon zonder gezagsverhouding uitoefent (zie arrest van 20 november 2001, Jany e.a., C-268/99, Jurispr. blz. I-8615, punt 34 en de aangehaalde rechtspraak).”

2.2. Het door inspecteurs van de Arbeidsinspectie (hierna: de inspecteurs) op ambtseid onderscheidenlijk ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 12 juli 2006 (hierna: het boeterapport) houdt in dat bij een controle op 31 januari 2006 [vreemdeling A], [vreemdeling B], [vreemdeling C], [vreemdeling D] en [vreemdeling E] (hierna gezamenlijk: de vreemdelingen), van Poolse nationaliteit, in een pand aan de [locatie] in [plaats] (hierna: het pand) zijn aangetroffen, terwijl zij arbeid verrichtten bestaande uit sloop- en demontagewerkzaamheden, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven.

Het boeterapport vermeldt voorts dat het pand ten tijde van de controle in eigendom toebehoorde aan [belanghebbende]. [belanghebbende] is directeur van [bedrijf]. [bedrijf] is bestuurder van [appellante]. Verder blijkt uit het boeterapport dat [appellante] voormelde werkzaamheden heeft uitbesteed aan [klussenbedrijf].

2.3. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de minister niet in strijd met de Wav heeft gehandeld door tijdens een telefonisch contact met [belanghebbende] op 31 januari 2006, hem niet de cautie te geven. Hiertoe wijst zij erop dat dit telefoongesprek blijkens het boeterapport deel uitmaakte van het vervolgonderzoek en dat aan [belanghebbende] in dat gesprek is gevraagd om facturen van [klussenbedrijf] met betrekking tot de werkzaamheden van de vreemdelingen (hierna: de facturen) op te sturen, waaruit kan worden afgeleid dat één en ander tot een boeterapport zou leiden. [appellante] wijst er verder op dat, voordat aan [belanghebbende] op 20 februari 2006 de cautie is gegeven, door de inspecteurs verschillende keren aan [belanghebbende] is verzocht om de facturen op te sturen. Voorts betoogt [appellante], onder verwijzing naar het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM), Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk, van 17 december 1996, nr.

43/1994/490/572, RJ&D ECHR 1996-VI, NJ 1997/699 (hierna: het arrest Saunders), dat de minister de facturen hoe dan ook niet had mogen gebruiken als bewijs voor de overtreding. Door het betrekken van deze, onder dwang door [belanghebbende] verstrekte, facturen in de onderhavige boeteprocedure, is volgens [appellante] haar uit artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) voortvloeiende recht om zichzelf niet te hoeven incrimineren geschonden.

2.3.1. Ten tijde van het telefonisch contact met [belanghebbende] op 31 januari 2006 was door de inspecteurs feitelijk slechts geconstateerd dat de vreemdelingen in het pand arbeid hadden verricht. Het naar aanleiding daarvan gezochte telefonisch contact met eigenaar [belanghebbende], alsmede de, tijdens dat contact en nadien gedane, verzoeken tot het opsturen van de facturen, dienen te worden aangemerkt als handelingen in het kader van het toezicht op de juiste naleving van de Wav. Daar komt bij dat de minister blijkens het boeterapport op dat moment niet op de hoogte was van de betrokkenheid van [appellante] en dat eerst op 11 mei 2006 uit navraag bij de Centrale organisatie voor werk en inkomen is gebleken dat voor de door de vreemdelingen verrichte werkzaamheden geen tewerkstellingsvergunningen zijn afgegeven. Van een verhoor met het oog op een aan [appellante] op te leggen bestraffende sanctie was derhalve destijds nog geen sprake, zodat de cautie niet hoefde te worden gegeven.

Voorts bestaat geen grond voor het oordeel dat de minister in de onderhavige procedure geen rekening heeft mogen houden met de opgevraagde facturen. In rechtsoverweging 69 van het arrest Saunders heeft het EHRM overwogen dat het zwijgrecht in een punitieve procedure zich niet uitstrekt tot bewijsmateriaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de beschuldigde. De facturen, waarvan het bestaan, gelet op de door de vreemdelingen in het pand verrichte arbeid, door de minister mocht worden aangenomen, vormen dergelijk bewijsmateriaal. De gedingstukken bevatten voorts geen aanknopingspunten dat de, in het kader van toezicht op naleving van de Wav opgevraagde, facturen zijn verkregen door het gebruik van ongeoorloofde druk van de zijde van de minister. Dat de inspecteurs [belanghebbende] naar aanleiding van zijn toezegging om de facturen toe te zenden meermalen hebben verzocht deze toezegging gestand te doen, is hiertoe onvoldoende. Van schending van artikel 6 van het EVRM is geen sprake.

Het betoog faalt.

2.4. [appellante] betoogt verder dat niet zij, maar [belanghebbende] moet worden aangemerkt als werkgever van de vreemdelingen. Hiertoe voert [appellante] aan dat het pand waarin de arbeid is verricht eigendom van [belanghebbende] was, dat dit pand door hem gefinancierd was, dat hij de ontwikkeling ervan zelf heeft begeleid, dat hij de opdracht tot de werkzaamheden heeft gegeven en dat ook de revenuen van het pand uitsluitend aan hem ten goede zijn gekomen. Volgens [appellante] is zij slechts betrokken om in een

later stadium, afhankelijk van de bestemming die op het pand kwam te rusten, eventueel BTW te kunnen verrekenen. De reden dat het pand op 14 juni 2006 door [belanghebbende] aan [appellante] is geleverd, is dat [belanghebbende] hierdoor de door hem betaalde overdrachtsbelasting kon terugvorderen. Verder stelt [appellante] dat zij in het geheel geen winst heeft gemaakt met het project.

2.4.1. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 1 en 2 van de Wav (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 13) blijkt dat diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever is en dat deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk is voor en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding is daarbij niet relevant. Het feit dat in opdracht of ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht is voor het feitelijk werkgeverschap reeds voldoende (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, blz. 2).

2.4.2. Blijkens het aan het boeterapport gehechte verslag van het gehoor op 17 mei 2006 heeft [belanghebbende] verklaard het de bedoeling was dat hij het pand aan [appellante] zou verkopen en dat [appellante] het pand vervolgens aan twee particulieren zou leveren. Uit de zich bij de stukken bevindende aktes van levering blijkt dat dit ook is gebeurd. Verder staat vast dat de facturen waren gericht aan [appellante] en dat zij deze facturen ook heeft voldaan. Bovendien heeft [klussenbedrijf], blijkens het verslag van gehoor dat is gevoegd bij het hem betreffende boeterapport, verklaard dat de werkzaamheden in opdracht van [appellante] werden uitgevoerd. Uit het voorgaande volgt dat de werkzaamheden van de vreemdelingen ten behoeve van [appellante] zijn verricht, zodat aan de in 2.4.1 weergegeven maatstaf is voldaan. [belanghebbende]' motief voor de overdracht van het pand, noch het al dan niet door [appellante] verkregen voordeel uit de transacties, zijn in dit verband van belang. Het betoog faalt.

2.5. Voorts betoogt [appellante] dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de vreemdelingen de werkzaamheden niet als zelfstandigen hebben uitgevoerd. Hiertoe voert zij aan dat het voeren van overleg over werktijden ook plaatsvindt tussen een opdrachtgever en opdrachtnemer en hieruit geen gezagsverhouding kan worden afgeleid. Dit geldt evenzeer voor het toezicht dat door [klussenbedrijf] op de werkzaamheden is gehouden, aldus [appellante].

2.5.1. Gelet op de in rechtsoverweging 2.1. vermelde jurisprudentie van het HvJ EG, is voor de beantwoording van de vraag of de werkzaamheden door de vreemdelingen als zelfstandigen zijn verricht, bepalend of sprake is van activiteiten die zonder gezagsverhouding zijn uitgeoefend, waarbij de vraag of de werkzaamheden onder eigen verantwoordelijkheid worden uitgeoefend een rol speelt en voorts de feitelijke situatie van belang is.

2.5.2. In het als bijlage aan het boeterapport gehechte inlichtingen- en verhoorformulier betreffende [vreem-

deling A] is, voor zover thans van belang, vermeld dat deze heeft verklaard dat [klussenbedrijf] vooraf heeft gezegd wat ze moeten doen, dat [klussenbedrijf] soms dagelijks langskomt en ze hem soms een aantal dagen niet zien en dat [klussenbedrijf] hem om praktische redenen belt en zegt wat er gedaan moet worden.

In het als bijlage aan het boeterapport gehechte inlichtingen- en verhoorformulier betreffende [vreemdeling B] is, voor zover thans van belang, vermeld dat deze heeft verklaard dat de vreemdelingen allen hetzelfde werk deden, namelijk sloopwerkzaamheden, en dat de som geld die zij daarvoor krijgen door hun vijven werd gedeeld.

In het als bijlage aan het boeterapport gehechte inlichtingen- en verhoorformulier betreffende [vreemdeling C] is, voor zover thans van belang, vermeld dat deze heeft verklaard dat de werktijden samen met [klussenbedrijf] werden bepaald.

In het als bijlage aan het boeterapport gehechte verslag van het gehoor met [belanghebbende] is, voor zover thans van belang, vermeld dat deze heeft verklaard dat [klussenbedrijf] niet de baas was van de vreemdelingen, maar slechts als coördinator optrad. [klussenbedrijf] was volgens [belanghebbende] de aanstuurder, het aanspreekpunt en de factuurschrijver.

2.5.3. Gezien de hiervoor weergegeven verklaringen heeft de rechtbank terecht overwogen dat sprake was van een gezagsverhouding tussen [klussenbedrijf] en de vreemdelingen. Uit deze verklaringen komt naar voren dat de vreemdelingen de sloop- en demontagewerkzaamheden gezamenlijk hebben uitgevoerd en dat het overleg tussen [klussenbedrijf] en de vreemdelingen over deze werkzaamheden, alsmede het door [klussenbedrijf] daarop uitgeoefende toezicht, zeer intensief was. Verder wordt wat betreft de hoedanigheid waarin de vreemdelingen de werkzaamheden hebben verricht in aanmerking genomen dat zij blijkens hun verklaringen grotendeels niet op de hoogte waren van hetgeen over de overeengekomen prijs en de door hen te verrichten werkzaamheden is vermeld in de door [klussenbedrijf] overgelegde hen betreffende aannemingscontracten. Gelet op het voorgaande komt aan de door de vreemdelingen ten tijde van de controle afgelegde verklaringen dat zij als zelfstandigen werkten, in dit geval geen doorslaggevende betekenis toe. Voor het oordeel dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de vreemdelingen niet als zelfstandigen kunnen worden aangemerkt, bestaat derhalve geen grond.

Het betoog faalt.

2.6. [appellante] betoogt ten slotte dat de haar opgelegde boete dient te worden gematigd. Hiertoe wijst zij erop dat het niet de bedoeling is geweest de Wav te overtreden en dat [belanghebbende] noch [appellante] eerder een boete heeft gekregen.

2.6.1. Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling (onder meer de uitspraken van 11 juli 2007 in zaak nr. 200607461/1, 12 maart 2008 in zaak nr. 200704906/1, 3 juni 2009 in zaak nr. 200803230/1/V6, 17 juni 2009 in zaak nr. 200806748/1/V6, 16 september 2009 in zaak nr. 200900632/1/V6) vloeit het volgende voort.

De minister heeft in redelijkheid de in de beleidsregels opgenomen boetenormbedragen kunnen vaststellen,

zodat hij deze bij de vaststelling van de hoogte van de boete als uitgangspunt dient te nemen. Gelet op de aard van het te nemen besluit zal de minister bij de besluitvorming in het concrete geval echter ook het in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht dienen te nemen. Dit betekent dat de minister zich bij het vaststellen van de hoogte van een boete moet afvragen of de uit de boetenormbedragen voortvloeiende boete, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig is aan het door de wetgever beoogde doel. Tot de omstandigheden van het geval behoren in ieder geval de aard en de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Wanneer het toepassen van het boetenormbedrag niet evenredig is, is matiging van dit bedrag passend en geboden.

Artikel 6 van het EVRM, dat op het opleggen van boete als waarom het hier gaat van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid dient te toetsen of de door de minister in het concrete geval opgelegde boete in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.

Indien de rechter van oordeel is dat dit niet het geval is en hij op die grond het besluit vernietigt, neemt hij bij het zelf bepalen van de hoogte van de boete de boetenormbedragen eveneens als uitgangspunt.

2.6.2. Het betoog van [appellante] kan niet tot matiging van de boete leiden. De omstandigheid dat, naar gesteld, [appellante] niet de intentie had om de Wav te overtreden, brengt niet met zich dat de boete dient te worden gematigd, nu voor de onderhavige overtreding opzet geen vereiste is. Voorts leidt de omstandigheid dat [appellante] niet eerder de Wav heeft overtreden, evenmin tot het oordeel dat de opgelegde boete had dienen te worden gematigd, omdat, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 12 maart 2008 in zaak nr. 200704906/1), uit artikel 19d, tweede lid, van de Wav, kan worden afgeleid dat een eerste overtreding dient te worden beboet, aangezien daar dwingend is voorgeschreven dat de boete, indien nog geen 24 maanden zijn verstreken nadat een eerder beboetbaar feit, bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting, is geconstateerd en de boete wegens dat feit onherroepelijk is geworden, wordt verhoogd met 50%. De Wav biedt geen grond voor het geven van een waarschuwing of een voorwaardelijke boete.

Het betoog faalt.

2.7. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.8. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State Recht doende in naam der Koningin: bevestigt de aangevallen uitspraak.

(...)

Noot

1. Bij een controle op 31 januari 2006 treft de Arbeidsinspectie in een pand in Bloemendaal vijf vreemdelingen aan die sloop- en demontage werkzaamheden verrichten zonder dat hiervoor een tewerkstellingsvergunning is afgegeven. Hier voor wordt een boete van € 40.000 opgelegd. Appellant voert in hoger beroep een aantal grieven aan. Twee daarvan zal ik in deze noot behandelen. De eerste grief betreft het feit dat een inspecteur van de Arbeidsinspectie de eigenaar van de beboete BV telefonisch om de facturen voor de verrichte arbeid heeft verzocht, en dit verzoek vervolgens meerdere malen herhaald heeft, zonder de eigenaar een cautie te geven (op dat moment was de uiteindelijk beboete BV nog niet in beeld). De tweede grief betreft het feit dat deze facturen, die volgens appellant onder dwang zijn verstrekt, gebruikt zijn ter motivering van het boete besluit. Appellant stelt dat het gebruik van de facturen ter motivering van de opgelegde boete in strijd is met het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende *nemo tenetur* beginsel.

2. Om de eerste grief te beoordelen is het noodzakelijk te bepalen vanaf welk moment de appellant zich op zijn zwijgrecht kon beroepen, dat is immers het moment voor de cautie. De cautieplicht was destijds nog opgenomen in de Wav zelf (sinds de inwerkingtreding van de Vierde Tranche op 1 juli 2009 staat deze plicht in de Awb). Art. 18 derde lid Wet arbeid vreemdelingen (Wav) bepaalde dat het afleggen van een verklaring niet langer verplicht was indien de *toezichthouder jegens de bij een beboetbaar feit betrokken persoon een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat jegens hem wegens het begaan van het beboetbaar feit een rapport* (een boeterapport, PJK) (...) zal worden opgemaakt.

3. De Afdeling sluit, weliswaar niet expliciet, ter beoordeling van de grief aan bij het ten tijde van de overtreding nog niet in werking getreden artikel 5:10a Awb. Dit artikel bepaalt dat degene die wordt verhoord met het oog op een aan hem op te leggen bestraffende sanctie niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen (lid 1) en dat voor het verhoor de cautie gegeven dient te worden (lid 2). Het overgangsrecht zoals opgenomen in artikel 4 van de Vierde tranche bepaalt dat bij een bestuurlijke sanctie die is opgelegd vóór inwerkingtreding van de Vierde tranche de oude bepalingen van toepassing blijven. Uit de MvT blijkt dat dit bedoeld is om te voorkomen dat tijdens het proces van toezicht, opsporing, boeteoplegging, bezwaar en beroep een ander rechtsregime van toepassing wordt. (Kamerstukken II, 2003/2004, 29 702, nr. 3, pag. 165). Hoewel niet expliciet, sluit de Afdeling tekstueel toch duidelijk aan bij het nieuwe artikel 5:10a. Dit is te prijzen nu onder de Awb de rechtsbescherming voor de burger beter is (oftewel: de cautie eerder gegeven moet worden) dan onder de Wav (zie noot O.J.D.M.L. Jansen bij rb. Den Haag, 23-9-2010, JV 2010/484). Blomberg concludeert naar aanleiding van artikel 5:10 onder 2 Awb dat *“het recht om te zwijgen heeft te gelden bij vragen die zijn gericht op bestraffing van betrokkene. Niet alle vragen worden dus door het zwijgrecht bestreken. Vra-*

gen die samenhangen met de normale wetstoepassing moeten gewoon worden beantwoord, óók wanneer daarvoor mogelijk beoebbare feiten aan het licht komen”. (Toezicht en ‘opsporing’ in het punitieve bestuursrecht, Straftblad 4-2005, pag. 409-421)

4. De Afdeling overweegt dat het telefoongesprek met de eigenaar van de beboete BV moet worden aangemerkt als een handeling in het kader van het toezicht op de juiste naleving van de Wav en dat er geen sprake was van een verhoor met het oog op het opleggen van een boete. Een cautie was zodoende niet noodzakelijk.

5. De tweede grief: het gebruik van de facturen als bewijs. Bijzonder in deze zaak is dat de Arbeidsinspectie, voor zover dat valt op te maken uit de verschillende stukken die ik heb kunnen bestuderen, appellant enkel verzocht heeft de facturen vrijwillig te verstrekken. Van een vordering ex artikel 5:17 Awb was (nog) geen sprake. Bij de door appellant gestelde verkrijging ‘onder dwang’ zijn dus kanttekeningen te maken. De Afdeling gaat hier aan voorbij en beslist op de grief alsof de facturen inderdaad onder dwang zijn verstrekt.

6. Met betrekking tot het gebruik als bewijs van verplicht afgegeven informatie is het Saunders arrest richtinggevend (EHRM 17 december 1996, Saunders v. Verenigd Koninkrijk). Het Hof bepaalde in die zaak dat het gebruik als bewijs van een verplicht afgelegde verklaring en/of informatieverschaffing in de voorfase (of een andere procedure) niet verenigd kan worden met artikel 6 EVRM, mits deze informatie niet buiten de wil van de verdachte bestaat. Deze voorwaarde moet nauw worden uitgelegd, zodat in beginsel enkel verklaringen hieronder vallen. Zaken waartoe een uitleveringsplicht kan bestaan, zoals schriftelijke zakelijke gegevens, vallen hier in de regel niet onder.

7. Met betrekking tot het vorderen van zakelijke gegevens stelt het Hof in Straatsburg ook een grens. De gegevens kunnen slechts gevorderd worden indien de overheid redelijkerwijs het bestaan van de gegevens kan vermoeden (EHRM 3 mei 2001, J.B. v. Zwitserland). Blomberg schrijft: *Het is dit onder dwang ‘vissen’ naar informatie – een vordering met een speculatief karakter; ook wel fishing expedition genoemd – dat het EHRM niet toelaatbaar acht* (Blomberg, *Handhaving en toezicht*, in: Handhaving, red. Michiels en Muller, Kluwer, 2006, pag. 50). Deze beperking vloeit volgens Blomberg ook voort uit artikel 5:13 Awb, het proportionaliteitsbeginsel. De Afdeling overweegt dat er hier sprake is van informatie die buiten de wil van de betrokkene bestaat en dat de Arbeidsinspectie op het moment dat het verzoek werd gedaan mocht aannemen dat de facturen bestonden, ze hebben de werkzaamheden immers plaats zien vinden en konden er zodoende vanuit gaan dat er facturen zouden bestaan.

8. Nu de Afdeling tot de, juiste, conclusie komt dat de facturen wel degelijk gebruikt kunnen worden als bewijs dringt zich de vraag op hoe de Arbeidsinspectie precies gehandeld heeft. Het is goed voor te stellen dat de Arbeidsinspectie niet onmiddellijk gaat vorderen, maar eerst op vriendelijke wijze verzoekt om bepaalde informatie. De vraag is echter hoe vrijwillig het verstrekken van die informatie is als deze opgevraagd

wordt door toezichhouders namens een bestuursorgaan. Vragen staat de burger misschien wel vrij, maar het bestuursorgaan niet per sé. Bij een vordering op grond van art. 5:17 Awb mag de Arbeidsinspectie slechts verzoeken om stukken waarvan het bestaan aangenomen mag worden en kan er enkel gevorderd worden voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van de taak nodig is (art. 5:13 Awb). Het ligt voor de hand dat de Arbeidsinspectie, indien er sprake is van een vriendelijk verzoek voorafgaand aan de vordering, met deze waarborgen rekening houdt.

9. Tot slot dringt zich nog één vraag op die op grond van de juridische stukken, behorend bij deze zaak, niet te beantwoorden is. Hoe is de Arbeidsinspectie nu juist bij dit pand uitgekomen? Puur toeval? Of was er wellicht sprake van een tip of een vermoeden? De aanleiding tot de inspectie door de Arbeidsinspectie kan onder omstandigheden een vriendelijke verzoek in de voorfase omtoveren tot een verhoor met het oog op een op te leggen bestraffende sanctie. Het is aan de rechtshulpverlener om bij dit soort zaken de aanleiding tot de inspectie tot op de bodem uit te zoeken.

Pieter Krop