

1. In deze zaak is aan de orde geweest op welk moment een onderzoek van de Inspectie SZW in het kader van toezicht overgaat in opsporing van beboetbare feiten. Dit omslagmoment is op zich zelf van belang vanwege de verplichting tot het geven van de cautie. Tegelijkertijd boet dit omslagmoment aan belang in, omdat in beide fasen van het onderzoek van de Inspectie een plicht tot medewerking bestaat.

2. Uit administratief onderzoek is gebleken dat de beboete vennootschap drie Bulgaren heeft tewerkgesteld in 2012. De vennootschap heeft betoogd dat bij het verkrijgen van de documenten uit de administratie door de Inspectie SZW ten onrechte geen cautie is gegeven aan de boekhouder. De cautie vloeit voort uit het *nemo tenetur* beginsel, zoals neergelegd in artikel 6 EVRM. De twee richtinggevende arresten van het EHRM op dit gebied zijn *Saunders* (EHRM 17 december 1996, *Saunders v. Verenigd Koninkrijk*) en *J.B. v. Zwitserland* (EHRM 3 mei 2001). In het *Saunders* arrest oordeelt het Hof dat het zwijgrecht zich niet uitstrekt tot informatie die niet buiten de wil van de verdachte bestaat. Zakelijke documenten, zoals de administratie van overtreder, bestaan ook buiten de wil van de overtreder. Er mag door de overheid echter alleen worden gevraagd naar documenten waarvan de overheid redelijkerwijs het bestaan kan vermoeden, volgt uit *J.B. v. Zwitserland*. Zie uitgebreid de noot van Stijnen bij AB 2013/27.

3. De verplichting tot het geven van een cautie is in Nederland geregeld in artikel 5:10a van de Awb. De tekst van artikel 5:10a Awb geeft een redelijk inzicht in de reikwijdte van de cautie. De cautie dient te worden gegeven aan degene die wordt 'verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie'.

4. Uit deze formulering volgen drie voorwaarden voor een situatie waarin een cautie moet worden gegeven. Er moet ten eerste sprake zijn van een verhoor. Ten tweede moet dit verhoor plaatsvinden met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. Er moet dus een verdenking bestaan. Het toezicht op naleving moet zijn overgegaan in opsporing van beboetbare feiten. De derde voorwaarde ligt besloten in de zinsnede 'aan hem'. De cautie hoeft alleen te worden gegeven aan (de vertegenwoordiger van) degene aan wie de bestraffende sanctie zal worden opgelegd. In de onderhavige zaak is de Afdeling van oordeel dat er ten aanzien van de boekhouder aan geen van de (cumulatieve) voorwaarden was voldaan.

5. De cautie dient om te voorkomen dat iemand een verklaring aflegt waarvan niet in redelijkheid kan worden gezegd dat deze in vrijheid is afgelegd. De overtreder moet op zijn zwijgrecht worden gewezen, om te voorkomen dat dit recht illusoir wordt. In de onderhavige zaak bestond echter helemaal geen zwijgrecht. Op grond van artikel 5:17 Awb kan de toezichthouder inzage vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden. Gelet op de EHRM jurisprudentie is dit weliswaar beperkt tot documenten waarvan de toezichthouder redelijkerwijs het bestaan kan vermoeden, maar als dat vermoeden bestaat moeten de documenten ook worden overlegd. Als er geen zwijgrecht bestaat, is er ook geen plaats voor een cautie.

6. De boekhouder is bovendien geen vertegenwoordiger van de vennootschap. Op grond van de Awb hoeft aan hem dan ook geen cautie te worden gegeven. De bestraffende sanctie zal immers niet aan hem of zijn bedrijf worden opgelegd. Uit de uitspraak blijkt niet dat er sprake is geweest van een vordering ex artikel 5:17 op basis waarvan een toezichthouder inzage in zakelijke gegevens en bescheiden kan vorderen. Er lijkt alleen sprake te zijn geweest van een verzoek. Het verzoek zal zijn gericht aan de boekhouder. Als de boekhouder had geweigerd, dan was niet de boekhouder maar waren de vennoten gevorderd inzage te geven. In die situatie was het duidelijk geweest dat een cautie voor de boekhouder niet logisch is.

7. Volgens de Afdeling was er bovendien nog sprake van toezicht in plaats van opsporing. De Afdeling overweegt dat er een aanwijzing was dat de werkzaamheden van de Bulgaren voor de vennootschap mogelijk in strijd met de Wav zijn verricht en dat er daarom nader administratief onderzoek is ingesteld. Volgens de Afdeling was er geen aanleiding om te veronderstellen dat op dat moment reeds de verdenking bestond dat de vennootschap de Wav had overtreden. Dus, concludeert de Afdeling, nog geen opsporingsfase en derhalve geen noodzaak voor een cautie. Deze redenering is naar mijn mening onbegrijpelijk. Als er een aanwijzing is dat de werkzaamheden in strijd met de Wav zijn verricht, die een nader onderzoek rechtvaardigt, zie ik niet in hoe er op dat moment geen verdenking kan ontstaan tegen de vennootschap. Dat is uiteraard anders wanneer het nadere onderzoek geboden is omdat niet kan worden vastgesteld of er sprake is van een overtreding (vergelijk

ECLI:NL:RBAMS:2012:BY8666, ve13000296). Nu de aanleiding voor het nader onderzoek is gelegen in aanwijzingen dat de Wav daadwerkelijk is overtreden lijkt het duidelijk dat er sprake was van een verdenking. Het lastige is dat de Afdeling geen algemene regel hanteert of formuleert voor het omslagmoment van toezicht naar opsporing, op grond waarvan kan worden beoordeeld wanneer er sprake is van opsporing. De Afdeling volstaat met de overweging dat er geen verdenking bestond en daarmee is de kous af.

8. Ook ten aanzien van de verklaringen van de vennoten klaagt appellant over het ontbreken van de cautie. Volgens appellant is ten onrechte in de verklaringen opgenomen dat de cautie is gegeven. Hier stuit de vennootschap echter op de schier onmogelijke taak aan te tonen dat er bijzondere omstandigheden zijn die er toe nopen er van uit te gaan dat de inhoud van het boeterapport niet juist is. In alle andere gevallen, zoals hier, wordt volledig uitgegaan van de juistheid van hetgeen in het boeterapport is opgenomen.

9. Het verzoek aan de boekhouder was op vrijwillige basis. Zoals ik eerder schreef (RV 2010, nr. 47, m. nt. P.J. Krop) is het de vraag of een verzoek van een toezichthouder wel echt als vrijwillig wordt ervaren. Het is niet bekend of de Inspectie SZW zich bij deze vrijwillige verzoeken beperkt tot documenten waarvan ze het bestaan redelijkerwijs kunnen vermoeden. De vrijwillige verzoeken mogen geen *fishing expeditions* worden. De praktijk leert dat de advocaat, indien die in deze fase al bij de zaak is betrokken, zich goed van de status en inhoud van het verzoek van de Inspectie moet vergewissen. Het kan geen kwaad bij een vrijwillig verzoek van de Inspectie SZW, de inspecteurs te verzoeken een vordering te formuleren.

mr. dr. P.J. Krop,
advocaat bij Kroes Advocaten Immigration Lawyers