

1. In deze uitspraak over een boete op grond van de Wet arbeid vreemdelingen gaat de Afdeling in op de vraag wanneer er bij een (mogelijke) bestuurlijke boete recht op bijstand door een raadsman ontstaat. Deze uitspraak is gedaan naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 6 september 2024 (ECLI:NL:HR:2024:1135) waarin de Hoge Raad (in een belastingzaak) oordeelde dat het recht op bijstand door een raadsman niet is beperkt tot procedures die naar nationaal recht als strafrechtelijk kwalificeren.

2. Artikel 6, derde lid onder c van het EVRM bepaalt dat eenieder tegen wie strafvervolgning is ingesteld recht heeft op bijstand van een raadsman. Dit recht omvat niet alleen het recht op bijstand door een raadsman, maar ook het recht om daarover vooraf geïnformeerd te worden. De raadsman hoeft overigens geen advocaat te zijn, maar mag ook een andere rechtsbijstandverlener zijn. Al sinds de jaren '70 is duidelijk dat het begrip 'criminal charge' meer omvat dan alleen het strafrecht en ook van toepassing is op bestuurlijke boetes (arresten *Engel tegen Nederland* (EHRM 8 juni 1976, zaaknr 5100/71 e.v., NJ 1978/223) en *Ozturk tegen Duitsland* (EHRM 21 februari 1984, zaaknr. 8544/79)).

3. Nu de Hoge Raad en de Afdeling hebben geoordeeld dat het recht op een raadsman én de verplichting daarop te wijzen, van toepassing zijn in bestuurlijke boeteprocedures, is de grote vraag natuurlijk wanneer dat recht aanvangt. Dit hangt nauw samen met het moment van de cautie. In een noot van tien jaar geleden in dit tijdschrift, beschreef ik al het verschil tussen toezicht en opsporing in bestuursrechtelijke procedure (ABRvS 24 december 2015, 201405399/1/V6, JV 2015/61, ve15000043). In die noot beschreef ik dat de cautie gegeven moet worden zodra iemand wordt 'verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie'. De cautie moet worden gegeven om het zwijgrecht (nemo tenetur) te beschermen en daarmee te voorkomen dat iemand een verklaring aflegt waarvan niet in redelijkheid kan worden gezegd dat deze in vrijheid is afgegeven. In het *Saunders* arrest (EHRM 17 december 1996, *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*) 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. t. Zwitserland* (EHRM 3 mei 2001).

4. Het moment dat de cautie moet worden gegeven, ligt vóór het moment dat de criminal charge (vervolgning) aanvangt. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling is daarvan sprake wanneer het bestuursorgaan een handeling verricht waaraan betrokkene redelijkerwijs de verwachting mag ontlelen dat het bestuursorgaan aan hem een boete zal opleggen. Dat is volgens de Afdeling meestal pas bij de boetekennisgeving (de brief waarin het Ministerie het voornemen uitdoet gaan om een bestuurlijke boete op te leggen). Het verhoren van een overtreder is volgens de Afdeling niet voldoende voor het spreken van een handeling waaraan betrokkene redelijkerwijs de verwachting mag ontlelen dat het bestuursorgaan een boete zal opleggen. Mijn inziens is dat overigens onterecht, en ligt het punt waarop de criminal charge start veel vroeger. Immers, zodra de Inspecteur de overtreding aanzegt en betrokkene aanmerkt als overtreder, weet de betrokkene immers op basis van de beginselplicht tot handhaving al dat er handhaving (door middel van een bestuurlijke boete) zal gaan plaatsvinden. Of kan dat in elk geval redelijkerwijs verwachten.

5. Terug naar het recht op bijstand door een raadsman. Ondanks dat er bij een verhoor met het oog op het opleggen van een bestuurlijke boete volgens de Afdeling nog géén sprake is van een criminal charge, bestaat er al wel recht op bijstand door een raadsman. Voor het moment dat dit ingaat, sluiten de Afdeling en de Hoge Raad aan bij de cautie. Het moment van de cautie en het wijzen op het recht op rechtsbijstand vallen dus samen.

6. Wanneer de Arbeidsinspectie dit verzuimt, leidt dit zeker niet zomaar tot uitsluiting van de verklaring. Van bewijsuitsluiting vanwege een vormverzuim is alleen sprake als de procedure in het geheel niet eerlijk is geweest. In onderhavige casus is daarvan geen sprake omdat de overtreder zelf een verklaring wilde afleggen en daarvoor de kans heeft gehad om met een raadsman te overleggen. Het EHRM arrest *Beuze* (ECLI:CE:ECHR:2018:110900) geeft het kader voor de beoordeling van de eerlijkheid van de gehele procedure. Het Hof noemt daar ook een niet-limitatief aantal omstandigheden waarin er sprake kan zijn van een oneerlijk proces als het vormverzuim niet tot bewijsuitsluiting zou leiden.

7. Naar aanleiding van deze uitspraak zijn er drie fases in een Wav onderzoek:

**Noot P.J. Krop**

**ABRvS 24 december 2024, 202207230/1/V6, JV 2025/77, ve25000093, ECLI:NL:RVS:2024:5293**

-Fase 1: De Arbeidsinspectie doet onderzoek in het kader van toezicht. Dit kan op basis van een tip zijn of een willekeurig onderzoek. In het kader van dit toezicht kan de Inspectie allerlei bevoegdheden uitoefenen zoals het vorderen van documenten. Maar ook het stellen van vragen aan de directie van een werkgever kan in het kader van toezicht plaatsvinden. Als er geen aanwijzingen zijn voor een overtreding zal het onderzoek worden afgesloten.

-Fase 2: de Arbeidsinspectie komt tot het vermoeden dat de Wav overtreden is. De werkgever wijzigt van betrokkene naar overtreder ('verdachte'). Dit kan ook tijdens een gesprek met betrokkene gebeuren! Op het moment dat deze wijziging plaatsvindt wijzigt het onderzoek van toezicht naar opsporing. Dit is het moment dat de overtreder de cautie moet ontvangen. De overtreder hoeft geen informatie meer te geven die buiten zijn wil niet bestaat. En door onderhavige uitspraak heeft de overtreder vanaf dat moment ook recht op bijstand door een raadsman, én moet door de Inspectie vooraf op dat recht van bijstand worden gewezen.

-Fase 3: na afronding van het boeterapport en inzending aan het Ministerie van SZW is de Minister aan zet. Vanaf het moment dat deze een boetekennisgeving (voornemen tot boeteoplegging) doet uitgaan is er sprake van een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. Op dit moment start de redelijke termijn voor afhandeling van de zaak. Schending van de redelijke termijn leidt tot matiging van de boete. Die redelijke termijn toetst de Afdeling sinds kort overigens ambtshalve (ABRvS, 20 november 2024, ECLI:NL:RVS:2024:4761).

Naast de onderwerpen die relevant zijn voor het hele punitieve bestuursrecht, zit er ook nog een mooi Wav aspect aan de zaak. De rechtbank heeft de boete met 10% gematigd vanwege cumulatie: zoals gebruikelijk bij de Wav beboet de Minister elke overtreding met hetzelfde bedrag ook als er sprake is van veel, dezelfde, overtredingen (in dit geval 36). De rechtbank vindt dat wel heel straf en matigt met 10%. De Afdeling laat dit in stand: De Afdeling acht hiervoor met name van belang dat alle 36 overtredingen dezelfde soort overtreding betreffen en dat dezelfde persoon betrokken was bij de overtredingen (r.o. 12.2). Daarmee is de eerste matigingsgrond buiten het systeem van de nieuwe beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen (in werking per 1 februari 2025, ve25000367) alweer gecreëerd.

**mr. dr. P.J. Krop, Partner, Kroes Advocaten**