

Het zwijgrecht bij ondervraging van de onderneming

*Mr. S.M. Peek en mr. J.H. Tonino**

Inleiding

Een van de pijlers van de rechtsbescherming voor personen en rechtspersonen die geconfronteerd worden met een overheid die handhavend optreedt, is het recht om te zwijgen. Dit komt niet alleen in beeld in geval van een aanhouding in verband met een verdenking van een strafbaar feit, maar ook bij een onverwachte bedrijfsinval of een brief van een toezichthouder met de vraag om informatie te verstrekken. Het zwijgrecht is een onderdeel van het algemene – maar minder stellige – beginsel dat niemand gedwongen kan worden om zichzelf te belasten of om mee te werken aan zijn eigen veroordeling (het *nemo tenetur*-beginsel). Het zwijgrecht is geïntroduceerd in ons rechtstelsel aan het eind van de negentiende eeuw en neergelegd in het Wetboek van Strafvordering (art. 29 Sv). Ook in het kader van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is als een van de uitgangspunten van het recht op een *fair trial* erkend dat verdachten het recht hebben om te zwijgen. De belangrijkste redenen voor dit recht is het voorkomen van oneigenlijke pressie op een verdachte om te verklaren, alsmede om te garanderen dat een verklaring alleen uit vrije wil wordt afgelegd.

Het recht om te zwijgen moet worden onderscheiden van de specifieke verplichting voor de overheid om bij verhoor van verdachten hen nadrukkelijk te wijzen op dit recht om te zwijgen, de zogenoemde cautieplicht. Ook zonder dat deze cautie is gegeven, kan nog steeds het recht om te zwijgen bestaan.

Hoe ondubbelzinnig dit recht om te zwijgen in geval van een verhoor ook lijkt te zijn, er wordt de afgelopen jaren regelmatig gediscussieerd over het bereik van dit recht. Deze discussie is met name ingegeven doordat dit fundamentele recht van de verdachte niet beperkt is gebleven tot de strafrechtelijke sfeer, maar ook zijn ingang heeft gevonden in het bestuurlijke boeterecht. Dit bestuursstrafrecht heeft de afgelopen jaren een grote vlucht genomen, waarbij verschillende beginselen uit het strafrecht, waaronder het zwijgrecht, zijn gecodificeerd in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Met betrekking tot het in het *fair trial*-beginsel van artikel 6 EVRM besloten liggende zwijgrecht is bepaald dat dit ook geldt in geval van bestraffende bestuurlijke sancties. Dit is neergelegd in boeteregelingen van

verschillende bijzondere wetten. Sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb op 1 juli 2009 is een algemene bepaling over het zwijgrecht opgenomen in artikel 5:10a Awb, waardoor bepalingen hieromtrent in enkele bijzondere wetten zijn vervangen.

De nadere invulling van het recht om te zwijgen is voor een belangrijk deel in de jurisprudentie ingekleurd door specifieke bijzonderheden van het strafrecht. Gedurende lange tijd was het strafrecht alleen van toepassing op natuurlijke personen. Een en ander werd gecompliceerder toen – vanaf 1976 – ook rechtspersonen strafrechtelijk konden worden vervolgd. De meeste strafrechtelijke jurisprudentie heeft evenwel immer nog betrekking op de natuurlijke persoon als verdachte in een strafrechtelijke procedure. Een uitzondering betreft een uitspraak van de Hoge Raad waarin ook een vertegenwoordiger van een verdachte rechtspersoon het zwijgrecht is toegekend.¹ Voor het bestuursstrafrecht geldt juist – zeker op het gebied van het economische orderingsrecht – dat meestal de onderneming als geadresseerde van een bepaalde regel het centrale uitgangspunt is. Dit heeft ertoe geleid dat voor de invulling van het zwijgrecht voor rechtspersonen de bestuursrechtelijke jurisprudentie relevant is geworden.

Een andere karakteristiek van het bestuursrecht die invloed heeft op de interpretatie van het zwijgrecht, is het uitgangspunt dat er een rechtens afdwingbare verplichting bestaat om mee te werken aan onderzoeken van toezichthouders (art. 5:20 Awb). Terwijl in strafrechtelijke zin een dergelijke medewerkingsplicht maar sporadisch voorkomt en het uitgangspunt is dat er niet meegewerkt hoeft te worden aan een onderzoek waar de persoon zelf onderwerp van is, geldt binnen het bestuursrecht de situatie dat eigenlijk altijd meegevoerd moet worden, tenzij er sprake is van een risico op een bestraffende reactie van de overheid en verwacht mag worden dat een boete zou kunnen worden opgelegd. Het recht om te zwijgen brengt dan het einde van de verplichting om mee te werken mee. De vraag waar de inlichtingenplicht ophoudt en het zwijgrecht begint, is in het bestuursrecht dan ook een belangrijk – zo niet het belangrijkste – discussiepunt.

De bedoeling van deze bijdrage is om een korte schets te geven van de manier waarop een onderneming en de aan de onderne-

* Mr. S.M. Peek is werkzaam als advocaat bij Clifford Chance. Mr. J.H. Tonino is advocaat te Amsterdam en is als extern adviseur verbonden aan Clifford Chance.

1. HR 13 oktober 1981, NJ 1982, 17.

ming gelieerde natuurlijke personen kunnen omgaan met het algemene recht om te zwijgen. De discussies hierover in de strafrechtelijke sfeer zijn onvermijdelijk van invloed op de discussies in de bestuursrechtelijke sfeer en andersom. Daarom wordt dit vraagstuk vanuit strafrechtelijk en bestuursrechtelijk perspectief bekeken.

Het moment van ontstaan van het zwijgrecht

In strafrechtelijke onderzoeken gaat het zwijgrecht heel ver en in beginsel slaat het op alles wat in het kader van een verhoor gevraagd wordt aan een verdachte.² In het bestuursrecht wordt hierover wel eens anders geoordeeld. Het bekendste voorbeeld speelt binnen het mededingingsrecht. In navolging van het Europees Hof van Justitie strekt het zwijgrecht zich niet uit tot verklaringen over feiten, maar heeft het alleen betrekking op (mondelijke) verklaringen over de overtreding zelf.³

Voor een verdachte

In het strafrecht is het moment waarop het recht om te zwijgen ontstaat, redelijk concreet afgebakend, voor zover dat mogelijk is, door dit op te hangen aan de status van verdachte. Iemand is verdachte indien er een redelijk vermoeden van schuld is aan enig strafbaar feit. In de terminologie van het EVRM dient er sprake te zijn van een *criminal charge*.⁴ Zolang iemand geen verdachte is, heeft hij ook niet het recht om te zwijgen. In hoeverre er sprake is van de status van verdachte is casuïstisch en moeilijk in algemene regels te vatten. Van belang is dan ook goed na te gaan in welke hoedanigheid iemand vragen worden gesteld.

De status van verdachte is niet iets dat op enig moment wordt toegekend, maar betreft de intrinsieke waardering van het aanwezige feitenmateriaal. Het ligt besloten in de feiten zoals deze bekend zijn bij autoriteiten. Echter, het discretionaire element in het toekennen van de status van verdachte zit in het trekken van de juiste conclusie op basis van dit feitenmateriaal. Het is niet van belang of een strafrechtelijk onderzoek zich richt op vervolging van enkel bepaalde personen. Het feit dat iemand niet als onderzoekssubject is onderkend (al dan niet bewust), betekent niet dat hij dan ook geen verdachte kan zijn.

In hoeverre een rechtspersoon als verdachte kan worden aangemerkt en het recht om te zwijgen toekomt (en daarmee dus ook een statutair directeur als wettelijk vertegenwoordiger van een rechtspersoon, zie hierna), hangt af van de feiten die op het moment van verhoor bekend waren en niet van een beoordeling van een functionaris over die status. Het ten onrechte niet geven van de cautie – het wijzen van de verdachte op zijn recht om te zwijgen – kan ertoe leiden dat de aldus afgelegde verklaring, en eventueel op grond van die verklaring verkregen nader bewijs, niet mag worden gebruikt voor de bewijsvoering. Wordt echter de verklaring later in een verhoor met de cautie

herhaald, dan kan deze verklaring alsnog voor het bewijs worden gebruikt.⁵

Uitgaande van de situatie dat iemand als verdachte is aangemerkt, is de volgende relevante vraag wanneer er sprake is van een verhoorsituatie waarvoor dit zwijgrecht geldt. Zo is de vraag opgekomen of dit ook geldt voor een vrijblijvend praatje met opsporingsambtenaren, bijvoorbeeld in de auto bij het afvoeren van de verdachte of bij gelegenheid van het afnemen van een bloedproef. Moet hij dan ook al gewezen zijn op het zwijgrecht en mocht dat niet het geval zijn geweest, mag die verklaring dan niet gebruikt worden voor het bewijs? De Hoge Raad heeft over dergelijke situaties geoordeeld dat niet elke beroepsmatige verrichting van een rechter of ambtenaar moet worden beschouwd als een verhoor in de zin van artikel 29 Sv.⁶ Ook is de situatie van verhoor relevant voor bijvoorbeeld undercoveracties waarbij een opsporingsambtenaar of infiltrant undercover in contact wordt gebracht met de verdachte teneinde verklaringen te verkrijgen. In de zaak Allan⁷ van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is uitgemaakt dat onder omstandigheden een dergelijke situatie leidt tot schending van het recht om te zwijgen. Eenzelfde situatie zou kunnen gelden voor bijvoorbeeld een infiltrant die gaat werken binnen een verdachte rechtspersoon. Op zich is dit een opsporingsactiviteit die nog niet vaak is toegepast voor zaken waarin ook een rechtspersoon als verdachte wordt aangemerkt, maar voor zover dat wel het geval zou kunnen zijn, komt de vraag naar voren in hoeverre het recht om te zwijgen voor een dergelijke rechtspersoon wordt geschonden door een dergelijke infiltratieactie.

In het bestuursrecht

Voor wat betreft de bestuurlijke handhaving bepaalt artikel 5:10a Awb dat het zwijgrecht ingaat zodra de betrokkene wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie; deze is dan niet verplicht een verklaring over de overtreding af te leggen. Volgens de memorie van toelichting geldt het recht om te zwijgen bij vragen die zijn gericht op bestraffing, niet bij vragen die (tevens) zijn gericht op andere bestuurstaken. Voorts moet een redelijk waarnemer naar objectieve omstandigheden kunnen vaststellen dat sprake is van een 'verhoor' met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete.⁸

Het is nog de vraag hoe de nieuwe terminologie 'wordt verhoord' in de jurisprudentie haar uitwerking krijgt. Vóór de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb werd namelijk ter bepaling van het moment waarop het zwijgrecht begint, in aansluiting op de *criminal charge*-jurisprudentie van het EHRM, aangeknoopt bij het *moment a quo*, dat wil zeggen de

2. HR 12 november 1974, NJ 1975, 41.

3. Zie recentelijk nog Rb. Rotterdam 6 mei 2010, LJN BM5246.

4. EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (Funke) en EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders).

5. Zie voor een recent voorbeeld Rb. Zwolle 17 juni 2010, LJN BM8126.

6. HR 14 september 1981, NJ 1981, 666.

7. EHRM 5 november 2002, case 2003/7.

8. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 96 en 97.

handeling waaraan de betrokkene in redelijkheid het vermoeden kan ontlenen dat hem een boete zal worden opgelegd.⁹

Zo heeft de Rechtbank Rotterdam ten aanzien van financiële toezichtbepalingen bij meerdere gelegenheden geoordeeld dat het zwijgrecht – en ter waarborging daarvan de cautieplicht – niet bestaat ten aanzien van de uitoefening van reguliere toezichtbevoegdheden. Echter, degene jegens wie door het bestuursorgaan een handeling is verricht waaraan hij in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat hem wegens een overtreding een boete zal worden opgelegd, is niet verplicht ter zake daarvan enige verklaring af te leggen.¹⁰ In een recente uitspraak van 9 maart 2010 (Van Baerle/DNB) oordeelde de rechtbank dat als al eerder een op herstel gerichte maatregel is gegeven en de toezichthouder opnieuw onderzoek komt doen naar voortdurende overtredingen, dan uit een algemene mondelinge waarschuwing dat wel eens nieuwe maatregelen kunnen volgen, kan worden afgeleid dat een bestuurlijke boete wordt opgelegd, en dan geldt het zwijgrecht.¹¹

Schriftelijke vragen

Ook speelt de vraag in hoeverre er sprake is van een verhoor indien schriftelijke vragen worden gesteld aan een rechtspersoon. Vaste jurisprudentie is dat het stellen van schriftelijke vragen geen verhoor is in de zin van artikel 29 Sv en derhalve geen verplichting bestaat voor de afzender van deze vragen om de verdachte te wijzen op zijn recht om te zwijgen.¹² Alsdan blijft de bevrageerde in het ongewisse of hij formeel ook het recht heeft om te zwijgen of niet. Echter, in gevallen waarin er tevens een plicht kan bestaan voor het geven van inlichtingen, wordt het recht om te zwijgen wel nadrukkelijk erkend. Zo heeft de Hoge Raad bij arrest van 22 juni 1999 overwogen dat het niet behoeven af te leggen van een verklaring over de betrokkenheid bij een strafbaar feit ook het verschaffen van schriftelijke inlichtingen daaromtrent omvat.¹³ Hieraan werd echter nog niet de verplichting tot het geven van de cautie gekoppeld.

Bij de uitspraak van 2 februari 2010 (Tele2/OPTA) heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven ten aanzien van artikel 15.6 Telecommunicatiewet (oud) – welk artikel met de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb is komen te vervallen – in de bestuursrechtelijke sfeer overwogen dat de betrokkene niet alleen op het zwijgrecht dient te worden gewezen voordat mondeling om informatie wordt gevraagd, maar dat dit onder omstandigheden ook dient te gebeuren voordat de betrokkene schriftelijk om informatie wordt

gevraagd.¹⁴ Dit ligt in de lijn van de parlementaire geschiedenis van de Vierde tranche Awb, waarin is gesteld dat de tekst van artikel 5:10a Awb niet uitsluit dat een schriftelijke onderzaging onder omstandigheden als verhoor zou kunnen worden aangemerkt.

Het begrip verhoor lijkt aldus geleidelijk een bredere interpretatie te gaan krijgen dan aanvankelijk in jurisprudentie werd geaccepteerd. Derhalve kan er eerder sprake zijn van een situatie waarin een rechtspersoon het recht heeft om te zwijgen en geen informatie te verstrekken.

Betrokkenen bij de onderneming aan wie het zwijgrecht toekomt

Een rechtspersoon is een juridische fictie die enkel en alleen feitelijk kan handelen door middel van natuurlijke personen al dan niet via een gestructureerd verband, zoals een raad van bestuur, een raad van commissarissen, een ondernemingsraad enzovoort. In strafrechtelijke zin heeft dit ertoe geleid dat een rechtspersoon wel subject van een strafrechtelijk onderzoek kan zijn, maar dat vaak de pijlen met name gericht worden op de natuurlijke personen, de mensen die feitelijk de handelingen hebben verricht die tot een strafbaar feit hebben geleid, dan wel degenen die daar in strafrechtelijke zin verantwoordelijk voor kunnen worden gehouden, zoals de feitelijke leidinggevers aan verboden gedragingen die zijn toegerekend aan een rechtspersoon. Dit betekent dat in een strafrechtelijk onderzoek, voor zover er verhoren plaatsvinden, betrokkenen van een rechtspersoon in een viertal hoedanigheden gehoord kunnen worden:

- als getuige: in het strafrecht is een getuige overigens alleen verplicht mee te werken aan een verhoor door een rechter en niet door een opsporingsambtenaar;
- als verdachte: de natuurlijke persoon die op enige feitelijke wijze heeft bijgedragen aan de verboden gedraging als deelnemer aan het strafbare feit, bijvoorbeeld als pleger of als medepleger. Deze positie staat geheel los van de rol en de verantwoordelijkheid van de rechtspersoon zelf;
- als wettelijk vertegenwoordiger van de rechtspersoon: in dat geval is formeel de rechtspersoon als verdachte aangemerkt en wordt deze formeel gehoord over de verdenkingen;
- als opdrachtgever of feitelijk leidinggever: dit betreft een aparte strafbaarheidstelling van gedrag binnen een rechtspersoon. De verboden gedraging is toegerekend aan de rechtspersoon (bijvoorbeeld indien de gedragingen in de sfeer van de onderneming hebben plaatsgevonden). Voor zover er feitelijk leiding wordt gegeven aan deze strafbare gedragingen dan wel opdracht wordt gegeven zonder eventueel zelfs als één deelnemer aan de strafbare feiten gezien te kunnen worden, is er sprake van een aparte strafbaarheidstelling en verdenking.

9. O.J.D.M.L. Jansen, Het zwijgrecht van ondernemingen in het Nederlandse boeterrecht, Tijdschrift voor Onderneming en Strafrecht 2004, p. 67-77.

10. Rb. Rotterdam 27 juni 2003, JOR 2003, 176, r.o. 2.4.3 en Rb. Rotterdam 19 oktober 2004, AB 2006, 39, r.o. 2.4.1.

11. Rb. Rotterdam 9 maart 2010, JOR 2010, 131.

12. Zie bijv. HR 1 oktober 1985, NJ 1986, 405 en 406.

13. HR 22 juni 1999, NJ 1999, 648; zie ook HR 19 september 2006, NJ 2007, 39 en AB 2007, 2.

14. CBB 2 februari 2010, LJN BL5463.

Voor de laatste drie hoedanigheden geldt het recht om te zwijgen en dient hun de cautie te worden gegeven. Alleen voor de getuigen, zoals de werknemer van de onderneming die verder weinig directe betrokkenheid heeft gehad met de verboden gedraging, bestaat geen recht om te zwijgen.

In het bestuursrecht bestaat er een verplichting tot meewerken; het niet beantwoorden van vragen kan zelfs tot bestrafing leiden. Deze verplichting van artikel 5:20 Awb dat eenieder aan een toezichthouder alle medewerking dient te verlenen, geldt ingevolge artikel 5:13 Awb voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is. Dit betekent volgens de parlementaire geschiedenis dat het moet gaan om personen die betrokken zijn bij de gedragingen waarop het onderzoek zich richt.¹⁵

Uit een recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 27 januari 2010¹⁶ met betrekking tot de Wet arbeid vreemdelingen kan evenwel worden opgemaakt dat de cautieplicht is beperkt tot de bestuurders van de rechtspersoon die de overtreding heeft begaan en niet tot in casu een financieel directeur. Dit doet de vraag rijzen hoe wordt omgegaan met (andere) personen die zijn aangewezen om namens de rechtspersoon te verklaren.

Het zwijgrecht als bedoeld in de Mededingingswet (Mw) reikt verder. Uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 7 augustus 2003 (Texaco/NMa),¹⁷ volgt dat als de inlichtingenvordering zich richt tot de onderneming, er ex artikel 53 Mw een zwijgrecht bestaat 'aan de zijde van de onderneming'. Volgens de Rechtbank Rotterdam komt dit recht om geen verklaring af te leggen toe aan eenieder die tot die onderneming behoort en via wie de onderneming wordt gehoord; dus niet alleen aan de civielrechtelijke vertegenwoordigers. Dit zwijgrecht geldt volgens de NMa echter niet voor ex-werknemers; ten aanzien van hen herleeft de medewerkingsplicht. Recentelijk heeft de NMa (zware) boetes opgelegd aan een tweetal ex-werknemers voor het weigeren inlichtingen te verschaffen.¹⁸

Conclusie

In deze bijdrage is aan de orde geweest dat het voor een onderneming en haar personeel veelal lastig is om, in geval van een confrontatie met een handhavende instantie, te kiezen tussen het verstrekken van de verlangde informatie of het weigeren een verklaring af te leggen. Deze keuze kan van invloed zijn op de mate waarin de toezichthouder al dan niet voldoende feiten kan verzamelen om in redelijkheid een bestraffende sanctie op te leggen. Het antwoord op de vraag of men moet meewerken of juist mag zwijgen, hangt in het bijzonder af van de fase waarin het onderzoek zich bevindt en tot wie zich dit richt.

15. E.J. Daalder, G.R.J. de Groot & J.M.E. Breugel, De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Derde Tranche (Stb. 1995, 250, 302, 355 en Stb. 1996, 333), Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1998, p. 338-340.

16. ABRvS 27 januari 2010, AB 2010, 48.

17. Rb. Rotterdam 7 augustus 2003, AB 2004, 92.

18. Zie <www.nmanet.nl>, besluit 6622 en 6719.

Het is daarom van belang dat men zich altijd vergewist van de aard van het onderzoek en de fase waarin dat onderzoek zich bevindt, in welke hoedanigheid men wordt gehoord of schriftelijke vragen worden gesteld, de functie van de vragende instantie of functionaris, en de wettelijke bevoegdheid waarop het stellen van vragen is gebaseerd. Mocht men ten onrechte niet zijn geweest op het recht om te zwijgen, dan kan ook in een latere fase van een procedure een dergelijk verzuim gevolgen hebben in het kader van de bewijsvoering. Met name in procedures waarbij er een verplichting was om mee te werken, is het zwijgrecht een belangrijk omslagpunt in het onderzoek.