

# Rechtsvorming bewijsrecht in bestuurlijke boetezaken

Prof.mr. Y.E. Schuurmans<sup>1</sup>

*De Afdeling bestuursrechtspraak heeft, na een conclusie van de staatsraad advocaat-generaal, in een grote kamer een richtinggevende uitspraak gewezen inzake het bewijsrecht bij bestuurlijke boetes. Daarin worden de bewijsregels uiteengezet die gelden bij het afnemen, optekenen en ondertekenen van verklaringen. Tevens moet de uitspraak helderheid scheppen over de mogelijkheden tot nadere bewijslevering in beroep. In deze bijdrage wordt geanalyseerd in welke mate en met welke reden bewijsregels aan het strafrecht worden ontleend en of het bewijsrecht bij bestuurlijke boetes een consistent geheel vormt. Uit de studie volgt dat de bestuursrechter steeds aansluiting bij het strafrechtelijke bewijsrecht zoekt, met uitzondering van de mogelijkheden tot nadere bewijslevering door het bestuursorgaan. Op dat punt biedt de bestuursrechter meer rechtsbescherming.*

## 1. Inleiding

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft een belangrijke impuls gegeven aan de ontwikkeling van het bewijsrecht in bestuurlijke boetezaken. November 2016 verwees de voorzitter van de Afdeling een complexe boetezaak met diverse bewijsrechtelijke aspecten (de *Cruiseschepenbouwers-zaak*) naar de grote kamer en verzocht staatsraad advocaat-generaal Keus (hierna A-G) een conclusie te nemen. April 2017 verscheen de conclusie,<sup>2</sup> waarna de einduitspraak op 5 juli 2017 volgde.<sup>3</sup> De vragen van de voorzitter en de conclusie van de A-G raken het hart van de bewijsrechtelijke problematiek bij boetes. Daarin komen aan bod: de juridische waarborgen rond het afnemen en optekenen van verklaringen, de moge-

lijkheden van partijen om in de loop van de procedure nadere bewijsstukken te vergaren en over te leggen en de omstandigheden waaronder de rechter een bestuurlijke lus in boetezaken kan toepassen. De Awb geeft geen antwoord op die vragen. Artikel 6 EVRM en de jurisprudentie van het EHRM doen dat evenmin; althans, het hof geeft geen algemene bewijsregels maar zal slechts in incidentele gevallen ingrijpen als het recht op een eerlijk proces in gevaar komt.<sup>4</sup> En zelfs in dat geval geldt dat het EVRM minimumnormen bevat waaraan het nationale recht dient te voldoen, maar dat er goede redenen kunnen zijn om in een nationale context nadere eisen te stellen. Het Nederlandse strafrechtelijke bewijsrecht kan daar licht op werpen. Bovendien dient een oriëntatie op de strafrechtelijke waarborgen bij bewijsrechtelijke vraagstukken de consistentie in het recht en kan het de ratio van de gestelde waarborgen verduidelijken. De conclusie van de A-G duidt, voor zover relevant, deze directe

1 Ymre Schuurmans is als hoogleraar staats- en bestuursrecht i.h.b. bestuursprocesrecht verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Het artikel is tot stand gekomen met de onderzoekassistentie van J.E. Esser BA.

2 Conclusie A-G L.A.D. Keus van 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034.

3 ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 en ECLI:NL:RVS:2017:1819.

4 EHRM 12 juli 1988, ECLI:CE:ECHR:1988:0712JUD001086284, NJ 1988/851 m.nt. Alkema (*Schenk t. Zwitserland*).

(art. 6 EVRM)<sup>5</sup> en indirecte (strafrechtelijke) bewijsrechtelijke normen en bepleit of deze ook in het bestuursrecht moeten worden toegepast. Deze bijdrage beoogt de rechtsontwikkeling die met de conclusie en einduitspraak heeft plaatsgevonden te ontsluiten en te duiden. Ik bezie in welke mate en met welke redenen bewijsregels aan het strafrecht worden ontleend en of het bestuursrechtelijke bewijsrecht bij boetes consistent is vormgegeven. Het artikel is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 geeft een achtergrondschets. Daarin wordt de ratio van bewijsregels geduid en beschreven waarom de wetgever geen specifiek boetebewijsrecht in de vierde tranche van de Awb op heeft willen nemen. Paragraaf 3 beschrijft kort de *Cruise-schepenbouwers*-zaak aan de hand waarvan rechtsvorming heeft plaatsgevonden. Vervolgens komen de drie bewijsrechtelijke hoofdthema's aan bod die met de uitspraak nader vorm zijn gegeven: het afnemen, optekenen en ondertekenen van verklaringen (paragraaf 4), bewijslevering door nadere (afwijkende) verklaringen (paragraaf 5) en nadere bewijslevering door het boeteopleggende bestuursorgaan, mede in samenhang met de bestuurlijke lus (paragraaf 6). In paragraaf 7 volgt de conclusie.

## 2. Achtergrond en ratio van bewijsregels

### 2.1. Visie van de Awb-wetgever

Het bewijsrecht dat de bestuurlijke boeteoplegging normeert valt dan wel niet direct in de Awb te lezen, het valt evenmin uit de lucht. Tijdens de totstandkoming van de vierde tranche van de Awb is discussie gevoerd over de vraag of de regeling van de bestuurlijke boete niet ook bewijsrechtelijke voorschriften zou moeten bevatten.

*“Hoewel voor bestuurlijke boeten enige specifieke bewijsregels gelden, kunnen die niet los worden*

<sup>5</sup> Dat is vooral relevant bij de vraag naar het moment van de cautie (vraag 3), daarbuiten speelt artikel 6 EVRM een beperkte rol in de beantwoording.

*gezien van het bestuursrechtelijk bewijsrecht als geheel. Codificatie van bewijsregels voor bestuurlijke boeten zou daarom slechts goed mogelijk zijn in de context van een meeromvattende codificatie van het bestuursrechtelijk bewijsrecht.”*<sup>6</sup>

De wetgever beschouwde het bewijsrecht integraal en, mochten meer specifieke bewijsregels voor boetes worden geëxpliciteerd, dan zouden die moeten zijn ingebed in een algemene bewijsrechtelijke regeling in het bestuursrecht. Daar zag hij destijds weinig noodzaak toe, omdat het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel al de nodige eisen stellen aan de bewijsgaring en de bewijswaardering. Zo omvat de eis van een deugdelijke motivering ook de eis van een juiste feitelijke grondslag.<sup>7</sup>

*“Uit artikel 3:2 Awb volgt voorts reeds, dat het onderzoek naar de feiten op een zorgvuldige wijze moet plaatsvinden. Gelet daarop zijn nadere regels omtrent de bewijsgaring en de keuze en de waardering van de bewijsmiddelen niet nodig. Ook in beroep is er geen reden voor bestuurlijke boeten een inbreuk te maken op de traditioneel in het bestuursprocesrecht geldende vrijbewijs-leer. De beoordeling van de toereikendheid van het bewijs kan aan de rechter worden overgelaten.”*<sup>8</sup>

Opvallend is dat de A-G zijn conclusie opent met “enkele korte opmerkingen over kwesties van meer algemene aard die bij de beantwoording van de vragen een rol spelen.”<sup>9</sup> Zo passeren de *ex-tunc*-toetsing, de primaire functie van het procesrecht en de onderzoeksbevoegdheden van de rechter de revue. Het meest wezenlijke kompas bij de beantwoording van de bewijsrechtelijke vragen blijft mijns inziens echter onbenoemd: hoe positioneerde de wetgever het bewijsrecht bij boetes tussen het strafrechtelijke bewijsrecht en de algemene bewijs-

<sup>6</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3 p. 131.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3 p. 131.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3 p. 131.

<sup>9</sup> Conclusie A-G L.A.D. Keus van 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034, par. 2.2.

rechtelijke normen in het bestuursrecht (buiten de situatie dat artikel 6, tweede en derde lid, EVRM, bewijsrechtelijke eisen stelt)?<sup>10</sup> Is nauwe aansluiting gezocht of juist niet? Die vraag is naar mijn mening relevant, omdat de hiervoor aangehaalde passages uit de memorie van toelichting duidelijk maken dat het boetebewijsrecht eerder als een integraal onderdeel van het algemene bestuursrechtelijke bewijsrecht werd gezien dan als een kopie van het strafrechtelijke bewijsrecht.

In de conclusie werkt het gebrek aan deze vraag door. De conclusie zet op een rij welke regels in het strafrecht gelden. Vervolgens neemt de A-G vaak de positie in dat de regel ook in het bestuursrecht zou kunnen worden toegepast, maar een enkele keer wijkt hij daarvan af. Wat de achterliggende reden voor de keuze is, wordt weinig expliciet gemaakt. Hoe de keuzes zich tot het algemene bestuursrechtelijke bewijsrecht verhouden, komt niet aan bod. Daarmee valt het zorgvuldigheidsbeginsel als richtinggevende norm in het bewijsrecht weg; het begrip komt geen enkele keer in de conclusie voor. Op het eerste gezicht maakt dat de oordelen lastig in te passen in het bewijsrecht zoals dat in het algemene bestuursrecht tot ontwikkeling is gekomen.

### 2.2 Ratio van bewijsregels

Bewijsregels zijn regels over de feitenvaststelling. De ratio van bewijsregels is vaak gelegen in de wens tot waarheidsvinding. Zo moet een

<sup>10</sup> Aan de codificatie ging een wetenschappelijk debat vooraf in welke mate het procesrecht bij boetes bij het bestuursrecht of het strafrecht aan zou moeten sluiten. Zie o.a. A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998; C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2002 en O.J.D.M.L. Jansen, ‘De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht’, in: *Herziening van het sanctiestelsel* (preadvisie NJV), Deventer: Kluwer 2002, p. 169-254.

basale regel als ‘één getuige is géén getuige’<sup>11</sup> ervoor zorgen dat de rechter niet te gemakkelijk een hoge bewijswaarde toekent aan een inherent kwetsbaar bewijsmiddel. Een dergelijke regel bevordert de kwaliteit van waarheidsvinding. Maar, bewijsregels kunnen ook andere belangen dienen, zoals het verdedigingsbeginsel, het belang van bronbescherming of de behartiging van het materiële recht.<sup>12</sup> Behartigen bewijsregels primair waarheidsvinding, dan kunnen die vaak in verschillende rechtsgebieden worden toegepast, omdat vrijwel elk rechtsgebied in zekere mate naar waarheidsvinding streeft. Hierbij past de kanttekening dat de mogelijkheden tot en de middelen voor waarheidsvinding in een proces begrensd zijn. Méér onderzoek kan waarheidsvinding vrijwel steeds baten, maar daartegenover staan belangen als redelijke uitvoeringskosten en rechtspraak binnen een redelijke termijn. In dat licht kan een waarheidsbevorderende bewijsregel toch per rechtsgebied een wat ander accent krijgen.

Echt lastig wordt het als waarheidsvinding en rechtsbescherming met elkaar botsen, zoals bijvoorbeeld bij onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal het geval is. Het belang van waarheidsvinding pleit voor het toelaten van bewijsmateriaal, terwijl het belang van rechtsbescherming eerder uitsluiting vergt. Een dergelijke belangenafweging (tussen waarheidsvinding en rechtsbescherming) vergt een oriëntatie op de aard van het proces en het betreffende rechtsgebied, zoals het belang van bescherming van het algemeen belang, het belang van vergelding, slachtofferbescherming en bescherming van de kernwaarden van de rechtsstaat, waaronder de grondrechten van

<sup>11</sup> Vgl. art. 342, tweede lid, Sv en ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4579.

<sup>12</sup> Zie Y.E. Schuurmans, ‘De eigen aard van het bestuursrechtelijk bewijsrecht’, in: *Bewijsrecht: wetgever of rechter?* (preadvisie VAR, nr. 142), Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2009, par. 2.3 (Verschillende typen bewijsregels).

betrokkene.<sup>13</sup> Die achterliggende belangen kunnen verklaren waarom een bewijsregel in het ene rechtsgebied anders luidt dan in het andere rechtsgebied. De conclusie beschrijft doorgaans de regel die in het strafrecht geldt en of de wetgever daar ook wat in het bestuursrecht mee wilde.

Voor een *verdere* rechtsontwikkeling zou ik er voorstander van zijn te analyseren wat de ratio van de strafrechtelijke bewijsregel is, of die ratio ook in het bestuursrecht opgaat en zo ja, of er achterliggende belangen zijn, waardoor de bewijsregels in beide rechtsgebieden anders zouden moeten uitvallen. Is dat verschil in achterliggende belangen er niet, dan leidt het zorgvuldigheidsbeginsel al snel tot de wens tot waarheidsvinding en tot toepassing van de bewijsregel die de feitenvaststelling bevordert. Dat is allemaal wat abstract, maar bij de bespreking van de mogelijkheden tot nadere bewijslevering gedurende het proces (par. 6) kom ik daarop terug.

### 2.3 Drie hoofdthema's

De Afdeling vroeg de A-G op drie onderwerpen een conclusie te nemen: 1) de waarborgen die in acht moeten worden genomen bij de totstandkoming van verklaringen, 2) de wijze waarop moet worden omgegaan met nadere (veelal ontkrachtende) verklaringen en 3) de toelaatbaarheid van bewijsvergaring door het boeteopleggende bestuursorgaan in een later stadium van de procedure. Die drie hoofdthema's zijn opgesplitst in acht deelvragen, waaronder de vraag naar het cautiemoment en de reparatiemogelijkheden met behulp van de bestuurlijke lus. Op alle vragen neemt de conclusie positie in, maar niet alle thema's komen terug in de einduitspraak. Sommige onderwerpen bleken uiteindelijk niet relevant voor de beoordeling van de hogerberoepsgronden. Zo speelt het cautiemoment in de voorliggende

13 Vgl. de annotatie van Buruma onder HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004/376 (Afvoerpip).

casus uiteindelijk geen rol, omdat appellanten vooral klagen over de wijze waarop de getuigenverklaringen zijn opgetekend en niet zozeer over de totstandkomingswijze van de verklaringen van de verdachte.<sup>14</sup> De niet-behandelde beschouwingen van de A-G zullen alsnog worden betrokken bij latere zaken waarin die kwesties wel om een antwoord vragen.<sup>15</sup> In deze bijdrage blijven die resterende onderwerpen buiten beschouwing.

De rechtsvorming in het bestuurlijke boetebewijsrecht krijgt dus nog een vervolg. Bovendien is er nog een aantal thema's dat geheel buiten de vraagstelling is gebleven. Bewijsrechtelijke thema's waarbij de waarborgen rond bewijsverkrijging en bewijswaardering ter discussie staan en gecoördineerde rechtsvorming in de toekomst gewenst lijkt, betreffen het gebruik en de normering van ingrijpende toezichtsbevoegdheden waarmee grote hoeveelheden data worden verzameld,<sup>16</sup> het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal,<sup>17</sup> de bewijswaardering in het geval identiek bewijsmateriaal in parallelle (criminal charge)procedures

14 Wordt een rechtspersoon beboet, dan komt het cautierecht alleen toe aan de bestuurders en/of eigenaren van de rechtspersoon. Werknemers komt in beginsel geen zwijgrecht toe. Zie ABRvS 17 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI8490, JV 2009/323; ABRvS 9 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK5835; ABRvS 27 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL0746, AB 2010/48. Vgl. O.J.D.M.L. Jansen, 'De bestuurlijke boete in het financieel bestuursrecht - enkele opmerkingen', in: R.C.P. Haentjes & M. Jurgens (red.), *Fraude op de financiële markten*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 123. Dit is anders in het mededingingsrecht, zie art. 12i Instellingswet Autoriteit Consument en Markt.

15 ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 en ECLI:NL:RVS:2017:1819, r.o. 1.2.

16 Zie O.J.D.M.L. Jansen, 'Bewijsvergaring in het boete-recht als Chêfsache', NJB 2017/1230, par. 4.

17 Zie voor een recent overzicht Y.E. Schuurmans, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het bestuursrecht', AA 2017, p. 388-399.

wordt gebruikt<sup>18</sup> en de toepassing van vermoedens bij boeteoplegging.<sup>19</sup>

### 3. 'We zaten zo gezellig in een schuitje...'; de casus

Voordat de bespreking van de belangrijkste rechtsvragen aan de orde komt, zal ik kort de casus toelichten die is aangegrepen voor het slaan van de piketpalen in het bewijsrecht. Een cruiseschip bouwen is een complexe klus, die de nodige en zeer uiteenlopende expertise vergt. Opdrachtnemers 1 en 2<sup>20</sup> besluiten twee cruiseschepen te laten bouwen en geven appellant B daartoe de opdracht. B besteedt een deel van de bouw van het scheepscasco uit aan bedrijf C. Bedrijf C heeft vervolgens een deel van die taak weer uitbesteed aan appellant A. A laat voor die klus 64 Roemeense arbeiders overkomen, die in de scheepswerf als lasser, ijzerwerker en pijpfitter aan de slag gaan.

Zij beschikken niet over een tewerkstellingsvergunning op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav), omdat A meent dat zij grensoverschrijdende dienstverlening verrichten en

18 Zie o.a. EHRM 29 oktober 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:1029JUD002493504, nr. 24935/04 (S.C. IMH Suceava S.R.L. t. Roemenië), AB 214, 425 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en HvJ EU 17 december 2015, C-419/14 (WebMindLicenses), AB 2016/393, m.nt. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.C. Vervorst, BNB 2016/55, m.nt. F.J.P.M. Haas, EHRC 2016/107, m.nt. M. Fierstra en R. Stijnen, 'De onschuldpresumptie bij de oplegging van bestuurlijke boetes: recente ontwikkelingen inzake bewijskwesties en het nemo-teneturbeginsel', JBplus 2017/2, par. 3.2.

19 Zie o.a. ABRvS 27 juni 2012, AB 2012/265 m.nt. C.M. Saris; CBB 12 april 2012, AB 2013, 67 m.nt. Schuurmans & Bakker; CRvB 1 juni 2016, AB 2016/226 m.nt. Stijnen.

20 Anonimiseren doet de leesbaarheid van uitspraken geen goed. Opdrachtnemer A en opdrachtnemer B zijn in deze bijdrage opdrachtnemer 1 en 2 geworden, teneinde verwarring met appellanten A en B te voorkomen.

dan van de vergunningplicht zijn vrijgesteld.<sup>21</sup> Dan komt de inspectie langs op de scheepswerf, verricht waarnemingen, kopieert bestanden uit de administratie en neemt een groot aantal getuigenverklaringen af van de werkzame Roemenen. Uit de verklaringen leidt de minister af dat in werkelijkheid A enkel arbeidskrachten ter beschikking stelt en met de inzet van de Roemenen, zonder tewerkstellingsvergunning, artikel 2 Wav overtreedt. Appellanten krijgen aanvankelijk boetes van € 792.000,- opgelegd. Appellanten voeren met hun beroepsgronden zowel een materieel- als een procesrechtelijk debat. Materieel gaat het om de uitleg van de Detacheringsrichtlijn; procesrechtelijk staat de zorgvuldigheid van de bewijsvergaring ter discussie, wat in deze bijdrage centraal staat. Appellanten voeren aan dat de vreemdelingen onder problematische omstandigheden zijn gehoord, wat tot feitelijk onjuiste verklaringen heeft geleid. Appellanten trachten dat te herstellen door op een later moment de vreemdelingen opnieuw te laten verklaren, met behulp van een beëdigde tolk, in aanwezigheid van een notaris. De minister heeft navraag gedaan bij de arbeidsinspecteurs over de werkwijze bij de verhoren. Appellanten problematiseren deze nadere bewijslevering door de minister in bezwaar. Bij de rechtbank vangen appellanten bot, ook met hun beroepsgronden gericht tegen de bewijsverkrijging.<sup>22</sup>

21 Art. 1e Besluit uitvoering Wav, waardoor het verbod van art. 2 Wav niet van toepassing is en vreemdelingen niet over een tewerkstellingsvergunning hoeven te beschikken.

22 Rb. Rotterdam 31 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2367. Wel wordt het boetebedrag verlaagd, omdat de ongedifferentieerde boetenormbedragen van €12.000,- in de beleidsregel door de Afdeling eerder als onevenredig zijn gekwalificeerd, ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138, AB 2016/339 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, JB 2015/189.

#### 4. Waarborgen bij de totstandkoming van verklaringen

##### 4.1 Verklaren via tolken en vertalers

De meeste – en meest concrete – vragen van de Afdeling gaan over de waarborgen die in acht moeten worden genomen bij de totstandkoming van verklaringen. Appellanten hadden fors op die beroepsgrond ingezet. Het boeterapport is niet ondertekend. De arbeidsinspecteurs zouden onzorgvuldig hebben gehandeld door onduidelijke vragen te stellen, niet door te vragen, niet het doel van het verhoor uit te leggen en vertalers in plaats van beëdigde tolken in te zetten, die bovendien over de telefoon communiceerden. Deze onzorgvuldigheden gaan ten koste van de nauwkeurigheid van de verklaringen en daarmee ten koste van de waarheidsvinding, zo lijkt de achtergrond van het betoog.

A-G en Afdeling concluderen allebei dat het wettelijk kader geen formele eisen stelt aan het optekenen van verklaringen en dat er geen grond is om nadere eisen te stellen aan ondertekening, vertaling en communicatie. De argumentatie gaat langs de lijn van de formele wetgeving en de intentie van de wetgever, naar het strafrechtelijk regime.

Tolkenbijstand is specifiek geregeld in de Wet beëdigde tolken en vertalers (Wbvtv). Bepaalde instanties, zoals de Afdeling en de IND, moeten in het kader van het strafrecht en het vreemdelingenrecht gebruik maken van een beëdigde tolk.<sup>23</sup> Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever er bewust van heeft afgezien om die afnameplicht uit te breiden naar bestuurlijke boeteprocedures.<sup>24</sup> In de discussie over het strafrecht zijn in het parlementaire debat geen beslissende bezwaren gerezen tegen telefonisch tolken.<sup>25</sup> Bij dergelijke duidelijke aanknopingspunten in het parlementair debat ligt de conclusie van de A-G en het oordeel van de Afde-

23 Art. 28 Wbvtv.

24 Zie par. 4.1.1 van de conclusie.

25 Par. 4.1.2. van de conclusie.

ling voor de hand: in het bestuurlijke boetetraject is de toezichthouder niet gehouden beëdigde tolken in te schakelen en geen rechtsregel verzet zich tegen het vertalen per telefoon. Het oordeel over de algemene rechtsregel houdt daar voor de Afdeling op. Zij beziet wel of er in de voorliggende zaak concrete aanwijzingen zijn dat de verhoorde vreemdelingen en de vertalers elkaar niet goed hebben begrepen of verstaan, maar daarvan is haar niet gebleken. Het zorgvuldigheidsbeginsel brengt dus geen algemene regel met zich dat in persoon moet worden getolkt, maar een gebrekkige informatieoverdracht, of dat nu komt door de kwaliteit van de tolk/vertaler of de telefoonverbinding, kan wel in individuele gevallen tot een zorgvuldigheidsgebrek leiden.<sup>26</sup>

##### 4.2 Vastlegging van de verklaringen

Vervolgens komt de vraag aan bod aan welke eisen de vastlegging van de verklaringen moet voldoen. De A-G zet daarvoor de eisen die het strafrecht stelt op een rij.<sup>27</sup> De definitie van de getuigenverklaring in art. 342 Wetboek van Strafvordering (Sv) geeft een *materiële* invulling. De getuigenverklaring ziet op feiten en omstandigheden die de verklarende zelf heeft waargenomen of ondervonden. Gissingen en conclusies horen daar niet in thuis en ontberen in de regel bewijswaarde. In de regel, want een strikt onderscheid tussen een feitelijke waarneming en kwalificerende conclusie is soms lastig te maken. *Formele* eisen gelden er alleen voor het optekenen van de verklaring van de verdachte. Zo moet de verklaring van de verdachte, in het bijzonder wanneer deze schuld bekent,

26 Zo is voorstelbaar dat aan de hand van concrete voorbeelden wordt geïllustreerd dat gebruikte woorden een dubbele betekenis hebben en verkeerd zijn geïnterpreteerd of dat wordt aangevoerd dat het gesprek (onverklaarbaar) veel langer duurde dan de opgetekende verklaring doet vermoeden. De complexiteit van de gestelde vragen zal tevens invloed hebben op de mate waarin misverstanden kunnen ontstaan.

27 Par. 4.4.1 van de conclusie.

zo veel mogelijk in zijn eigen woorden worden opgetekend, bij voorkeur in vraag- en antwoordvorm. De verdachte krijgt de gelegenheid opmerkingen te maken bij de weergave van zijn verklaring. Worden deze opmerkingen en correcties niet overgenomen, dan moeten zij in het proces-verbaal worden vermeld. Stemt de verdachte met de weergave van zijn verklaring in, dan ondertekent hij deze, zo spelt artikel 29a Sv uit.<sup>28</sup>

Vervolgens worden deze regels uit Sv afgezet tegen hoofdstuk 5 van de Awb, dat geen bepalingen over de vastlegging van verklaringen ten overstaan van de toezichthouder bevat. De A-G suggereert dat aansluiting bij het strafrecht kan worden gezocht. Zo zou men aan de verklaring van een getuige de eis kunnen stellen dat deze geen gissingen bevat. Aan de verklaring van de verdachte zouden de eisen conform art. 29a Sv kunnen worden gesteld, zoals de eis dat een verklaring zo volledig mogelijk wordt opgetekend.<sup>29</sup> De Afdeling onderschrijft deze conclusies.<sup>30</sup>

Naar mijn oordeel is dat terecht, maar in de overweging mis ik de duiding van de rechtsgrondslag van deze regel en de ratio. Waarom nemen we de ene keer regels uit Sv over en volstaan we de andere keer met de conclusie dat een dergelijke voorziening niet in bestuursrechtelijke wetgeving staat en dus niet geldt? Waarom ziet de rechtsoverweging over gissingen alleen op de getuigenverklaring en niet ook op die van de verdachte?<sup>31</sup> Gissingen en conclu-

28 Dat recent aan Sv is toegevoegd in verband met het Salduz-arrest (EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, nr. 36391/02, NJ 2009/214 en AB 2010/82 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik) en Richtlijn 2013/48/EU.

29 Op dit punt wordt een onderscheid gemaakt. De eis van art. 29a Sv geldt alleen voor de verklaring van de verdachte.

30 R.o. 4.5.

31 R.o. 4.5. Overigens geldt ook voor het proces-verbaal dat de sterke bewijskracht alleen toekomt aan de eigen waarnemingen van de opsporingsambtenaar, ABR 3

sies ontberen vrijwel steeds feitelijke grondslag, ook als ze van de verdachte - of de opsporingsambtenaar - komen en zouden geen bewijswaarde moeten hebben.<sup>32</sup> En waar ligt de grens 'aan het zoveel mogelijk optekenen in de vraag- en antwoordvorm'? Ik zou denken dat de rechtsgrondslag voor de regel in het zorgvuldigheidsbeginsel wordt gevonden en dat daaruit beperkingen logisch voortvloeien. Bij overtredingen van wettelijke voorschriften moet het verleden worden gereconstrueerd, waarbij verklaringen een grote rol kunnen spelen. Het belang van waarheidsvinding vergt een zo letterlijk mogelijke weergave van de verklaringen. Zo kan worden gecontroleerd op suggestieve vraagstellingen, het in de mond leggen van woorden en op aanknopingspunten voor mogelijk ontlastende informatie. Maar, volledig uitschrijven van een verklaring is natuurlijk ook gewoon veel werk, zeker als je 64 getuigen hoort. Dat is niet alleen een praktisch argument, maar raakt het algemeen belang. Dat is het belang dat een bestuursorgaan reëel wetgeving kan handhaven die bedrijven tegen oneerlijke concurrentie moet beschermen en werkenden tegen verdringing op de arbeidsmarkt. Als het zorgvuldigheidsbeginsel de bron is voor de eis van een zo volledig mogelijke weergave van een verklaring, dan geeft het ook grenzen aan. Hoe beslissender de verklaring is in de reconstructie van het verleden, hoe hoger de zorgvuldigheidseisen moeten zijn die aan de totstandkoming van de verklaring worden gesteld. Dat kan dan ook voor de verklaring van die ene getuige gelden (en dus niet alleen voor de verklaring van de verdachte). Zijn er vele verklaringen voor handen – zeg 64 – dan kunnen gemakkelijk overeenkomsten, verschillen en discrepanties in de verhalen worden opgemerkt, waardoor het makkelijker is de bewijswaarde van die verklaringen te bepalen. In die situatie kan waarheidsvinding ook plaatsvin-

juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:111, AB 2013/275 m.nt. R. Stijnen en JB 2013/165.

32 Vgl. Jansen 2017, par 5.

den zonder letterlijk uitgeschreven verklaringen. Meer duiding van de ratio van de bewijsregel in het strafrecht, leidt tot een meer beredeneerde en consistente toepassing van die bewijsregel in het bestuursrecht.

#### 4.3. Ondertekening van verklaringen, proces-verbaal en boeterapport

Zoals hiervoor al aan de orde kwam, bepaalt art. 29a, derde lid, Sv dat de verdachte die instemt met de opgetekende verklaring deze ondertekent. Ook het door een opsporingsambtenaar op ambtsead opgemaakte proces-verbaal dient van een handtekening te zijn voorzien.<sup>33</sup> Sv bevat geen ondertekeningplicht voor getuigen die verklaren. De ondertekeningplicht voor het proces-verbaal is het 'hardst': ontbreekt de handtekening van de verklarende opsporingsambtenaar, dan ontbeert het document de dwingende bewijskracht dat een deugdelijk opgesteld proces-verbaal toekomt.<sup>34</sup> Toch is geen van de ontbrekende handtekeningen fataal. De handtekening kan alsnog worden geplaatst, er kan een aanvullend proces-verbaal worden opgemaakt of het proces-verbaal wordt als 'gewoon' bewijsmiddel in de bewijswaardering meegenomen.<sup>35</sup> De verklaring van de verdachte of de getuige blijft eveneens goed bruikbaar, ook al ontbreekt de ondertekening. Het relaas is nog steeds door de oren van de opsporingsambtenaar gehoord, waardoor we er in beginsel van uitgaan dat de weergave van het verhoor overeenkomstig de uitgesproken tekst is. De ondertekening brengt tot uitdrukking dat de verklarende zich er afsluitend nog eens van heeft vergewist dat de weergave van zijn verklaring deugt. Dat verhoogt de bewijswaarde van de verklaring. Ontbreekt de ondertekening, dan kan dat de bewijswaarde dus beïnvloeden. Daarvoor zal de rechter toch vooral willen weten waarom de handtekening ontbreekt. Gaf de verdachte toen al aan dat een

bepaalde vraagstelling misleidend is of dat een bepaalde verklaring uit haar context is gehaald, dan is dat een duidelijke aanwijzing dat de verklaring geen zuivere weergave is van zijn verhaal. Weigert hij te tekenen met inhoudsloze mededelingen, zoals dat hij daartoe niet verplicht is,<sup>36</sup> dan is dat geen concrete aanwijzing dat de weergave niet deugt.

Hoofdstuk 5 van de Awb bevat geen bepalingen over verklaringen en of deze moeten worden ondertekend, zelfs niet wat betreft het boeterapport.<sup>37</sup> Terecht concluderen A-G en Afdeling dat ondertekening van verklaringen in de rede ligt, maar dat een gebrek daarin geen dwingende bewijsrechtelijke consequenties heeft. Het speelt vooral een rol in de bewijswaardering.<sup>38</sup> Daaraan zou ik toe willen voegen dat een zorgvuldige vaststelling van de bewijswaarde meebrengt dat het bestuursorgaan of de rechter de reden van niet-ondertekening moet onderzoeken en meewegen. De toezichthouder zou er goed aan doen om, vergelijkbaar met het strafrecht, de verdachte (of getuige) bij de weigering te ondertekenen steeds te vragen wat daar de reden voor is en daar in het proces-verbaal aantekening van te maken. Is die vraag door de toezichthouder niet gesteld, dan ontstaat er meer ruimte voor discussie over de juistheid van de opgetekende verklaring.

#### 4.4 Tussenconclusie

Het bestuursrecht stelt nagenoeg geen formele eisen aan het afleggen, vastleggen en ondertekenen van verklaringen. De A-G en de Afdeling gaan na of aan het strafrecht ontleende rechtsregels ook in het bestuursrecht moeten worden toegepast. Wat betreft de vraag naar de verplichte inzet van beëdigde tolken biedt de parlementaire geschiedenis duidelijke aanknopingspunten voor een negatieve beantwoording. Voor de vastlegging en ondertekening van verklarin-

<sup>36</sup> Zoals in de voorliggende zaak, zie r.o. 4.1.

<sup>37</sup> Zie art. 5:48, tweede lid Awb.

<sup>38</sup> Zie par. 4.2.10 van de conclusie en r.o. 4.1 van de uitspraak.

<sup>33</sup> Art. 153, tweede lid Sv.

<sup>34</sup> Art. 344, tweede lid jo, art 153, tweede lid Sv.

<sup>35</sup> Zie par. 4.2.2 van de conclusie.

gen kan aansluiting worden gezocht bij het strafrecht. Waarom dat zo is, blijft impliciet. De rechtsgrondslag wordt niet geduid en omdat het soms wat toevallig is of en hoe de regel geformuleerd is in Sv, is het soms ook wat toevallig dat de Afdeling die bewijsregel voor het bestuursrecht overneemt. Naar mijn oordeel biedt het zorgvuldigheidsbeginsel en het belang van waarheidsvinding een vaster baken dan enkel de regel uit Sv.

#### 5. Nadere verklaringen in de loop van de procedure

In handhavingzaken, waaronder boetezaken, komt het regelmatig voor dat betrokkenen wensen terug te komen van een eerder afgelegde verklaring. Betrokkene was geïntimideerd door de setting, heeft de vragen achteraf bezien verkeerd begrepen, was onder invloed of anderszins psychisch ongeschikt om te verklaren of is door de verhorende ambtenaar onder druk gezet; dat is zoal het betoog. Bestuursrechters hechten in de regel vrijwel geen bewijswaarde aan die nadere verklaringen waarbij betrokkene terugkomt van de eerdere verklaring.<sup>39</sup> Daarbij speelt een rol dat die nadere verklaring niet onmiddellijk tegenover opsporingsambtenaren is afgelegd, maar ook dat zo'n nadere verklaring vaak pas opkomt als betrokkene de gevolgen van de eerdere verklaring voelt. Voor de beboete cruiseschepenbouwers was dit problematisch. Zij meenden dat de verklarende Roemenen de vragen niet goed hadden begrepen en wilden op een later moment meer precieze en corrigerende verklaringen laten afleggen over de gezagsverhouding tussen hen en de Roemenen. Op zoek naar een autoriteit die gehouden is naar waarheid te verklaren, hebben appellanten een notaris aangezocht, tegenover wie de getuigen hun nadere verklaringen hebben bevestigd. De Afdeling

vraagt de A-G hoe de bestuursrechter moet omgaan met later afgelegde andersluidende verklaringen.

Het antwoord op deze vraag is meer een kwestie van waarheidsvinding dan een kwestie van recht. In het strafrecht mogen partijen in beginsel op elk moment nieuw bewijsmateriaal overleggen, tenzij het beginsel van de goede procesorde zich daartegen verzet.<sup>40</sup> Ook in het bestuursrecht zijn de mogelijkheden tot nadere bewijslevering als hoofdregel ruim, zo lang maar de grenzen van de goede procesorde in acht worden genomen. Bestrijdt appellant een boete, dan mag hij zelfs op de zitting (in hoger beroep!) voor het eerst de nieuwe grond aanvoeren dat hij de overtreding niet heeft begaan.<sup>41</sup> Als zoveel ruimte bestaat om voor het eerst in hoger beroep de overtreding te ontkennen, dan moet ook de ruimte bestaan om onlastend bewijsmateriaal naar voren te brengen, waaronder nadere onlastende getuigenverklaringen, lijkt mij zo. Ook de A-G houdt het wat juridische analyse kort en brengt vooral argumenten van waarheidsvinding naar voren.

Vanuit de epistemologie is het logisch dat sterke bewijswaarde wordt gehecht aan een verklaring die onmiddellijk tegenover een toezichthouder is afgelegd. Hoe eerder iemand wordt gehoord nadat een bepaald feit is voorgevallen, hoe groter de kans is dat hij zich het feit accuraat kan herinneren. Dat de persoon nog niet sterk op het netvlies heeft welke juridische gevolgen zijn verklaring heeft, maakt dat hij vrij onbevangen zal vertellen.<sup>42</sup> De autoriteit van de opsporingsambtenaar draagt er waarschijnlijk aan bij dat de getuige niet "zomaar iets" zal verklaren, zo belicht de A-G.<sup>43</sup> Ten aanzien van de beperkte bewijswaarde van de later afgelegde

<sup>40</sup> HR 29 juni 2010, NJ 2010/409.

<sup>41</sup> ABRvS 1 oktober 2014, AB 2014/405 m.nt. Stijnen.

<sup>42</sup> Bij een verdachte is dit uiteraard problematisch vanwege art. 6, tweede lid, EVRM en dient bij verdenking de cautie te worden gegeven, maar voor een getuige bestaan weinig bezwaren.

<sup>43</sup> Zo ook de conclusie, zie par. 4.6.3.

verklaring gaat nog een ander argument op. Het geheugen werkt constructief. Dat houdt zo veel in dat mensen herinneringen reconstrueren uit alle beschikbare informatie, waaronder informatie die men pas veel later na een bepaalde gebeurtenis heeft verkregen.<sup>44</sup> Een getuige zal tussen de eerste verklaring ten overstaan van de toezichthouder en de tweede, nadere verklaring, of hij dat nou wil of niet, informatie verwerken die hij na het eerste verhoor heeft vernomen. Dat kan informatie van zijn werkgever zijn, van andere getuigen of impliciete informatie die in sturende vragen besloten ligt. "Deze herconstructie is net zo reëel voor een getuige als de originele herinnering. Een gevolg hiervan is dat we ons met grote zekerheid dingen kunnen herinneren die we nooit hebben waargenomen."<sup>45</sup> Vanuit deze psychologische wetenschap zou een rechter kritisch moeten staan tegenover het ruimhartig waarden van nadere, afwijkende verklaringen. De nadere verklaring maakt alleen kans als betrokkene goed kan uitleggen waarom zijn nadere verklaring inhoudelijk anders luidt.<sup>46</sup> Hij zal dan moeten uitleggen waarom de opgetekende verklaring een bepaalde indruk wekt, die niet met de waarheid strookt. Daar kan de rechter onderzoek naar doen, zoals naar de kwaliteit van de tolken en de werkwijze van de toezichthouder bij de verhoren. Ziet hij geen versturende factoren, dan is het logisch om aan de eerste verklaring de grootste bewijswaarde toe te kennen. Dat de nadere verklaringen voor een notaris zijn afgelegd, kan de logisch beperkte bewijswaarde van die verklaring niet opheffen of compenseren. Hier zien we dat de oriëntatie op het strafrecht ruime mogelijkheden tot nadere bewijslevering laat zien. De beperkin-

gen volgen niet zozeer uit het recht, maar uit psychologische inzichten over de werking van het geheugen.

## 6. Nadere bewijsvergaring door het bestuursorgaan

### 6.1 Nadere bewijslevering van de overtreding

In de Cruiseschepenbouwers-uitspraak speelt op de achtergrond de vraag of het bestuursorgaan na de boeteoplegging nog vervolgonderzoek mag instellen. Appellanten voeren aan dat de minister onzorgvuldig heeft gehandeld bij het inwinnen van nadere informatie in de bezwaarfase. Na de hoorzitting heeft de minister vragen gesteld aan de arbeidsinspecteurs, die hij niet op schrift heeft gesteld, noch de precieze antwoorden. Deze beroepsgrond grijpt de Afdeling aan om een onlangs ingeslagen jurisprudentielijn aan de orde te stellen. Eind 2015 scherpte de Afdeling de mogelijkheden voor bestuursorganen tot nadere bewijslevering van de overtreding aan. Als uitgangspunt formuleerde zij toen dat het bestuursorgaan het dragende bewijs van een overtreding uiterlijk bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming dient te leveren.<sup>47</sup> Nu ik de grondslag van de 'gevonden' bewijsregels op deze plek bekritiseer, moet ik onderkennen dat toen ook al enige duiding van die rechtsgrondslag ontbrak. Annotator Albers zocht de verklaring onder andere in de bijzondere positie van het boeteopleggende bestuursorgaan dat de taken van opsporing, vervolging en berechting verenigt, het besluitmodel en de ex-tunc-toetsing door de bestuursrechter.<sup>48</sup> Het blijft raden waarom de Afdeling de A-G advies vraagt over een dergelijke recent ingezette en principiële lijn.<sup>49</sup>

44 ABRvS 30 december 2015, JB 2016/30 m.nt. Albers.

45 Zie de noot van C.L.G.F.H.A. Albers, aant. 6, onder JB 2016/30.

46 Ook de A-G interpreteert het als een categorisch verbod tot nadere bewijslevering, par 4.7.2 van de conclusie.

44 Zie o.a. D.H.J. Wigboldus, 'Psychologische aspecten van bewijslevering', in: M.J.A.M. Ahsmann, Y.E. Schuurmans & D.H.J. Wigboldus, *Bewijsrecht (preadvies NVvP)*, Den Haag: Bju 2010, p. 45-47.

45 Wigboldus, p. 46.

46 ABRvS 13 juli 2011, AB 2012/144 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, r.o. 2.3.2 (wat niet lukt).

Dat neemt niet weg dat het een van de meest spannende vragen is, omdat beantwoording vraagt om bezinning op aard en doel van het proces en het belang van waarheidsvinding. Daarnaast speelt dat in de parlementaire geschiedenis en literatuur debat is gevoerd over de mogelijkheid om in boetezaken een bestuurlijke lus toe te passen. Kritiek op die lus raakt veelal ook aan kritiek op die mogelijkheid tot nadere bewijslevering door het bestuursorgaan. Nog spannender wordt het omdat op dit punt de A-G de discussie aangaat, met name met Albers en Stijnen.

De A-G stelt voorop dat hij geen reden ziet om tijdens de besluitvorming, bijvoorbeeld in bezwaar, het bestuursorgaan aan bewijsbeperkingen te onderwerpen. De parlementaire geschiedenis van de vierde tranche wijst eerder op het tegendeel: het bestuursorgaan moet niet beperkt zijn in zijn informatiebronnen.<sup>50</sup> Druppelt bewijsmateriaal later binnen, dan moet men vooral bezien of het verdedigingsbeginsel in het gedrang komt. Uiteraard verlangt de onderzoekplicht uit art. 3:2 Awb en de onschuldpresumptie van art. 6, tweede lid, EVRM dat het bestuursorgaan zich er rekenschap van geeft of het vergaarde bewijs de boeteoplegging kan dragen. Artikel 6 EVRM verzet zich er echter niet tegen dat het bestuursorgaan bij de rechter nadere bewijsstukken aandraagt. Het openbaar ministerie mag zelfs tot in hoger beroep de tenlastelegging wijzigen en kan dragend belastend bewijs in hoger beroep overleggen.<sup>51</sup> Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de A-G bij het hof en de verdediging bevoegd zijn in hoger beroep nieuwe stukken over te leggen. In de overweging of de strafrechter het nieuwe stuk toelaat is het beginsel van de goede procesorde leidend, waarbij mede betekenis toekomt aan de aard van de over te leggen bescheiden (belastend dan wel ontlastend) en, indien het gaat om belastende beschei-

50 Conclusie par. 4.7.1. met verwijzing naar *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 147.

51 Zie artt. 414 en 415 jo. artt. 312-314 Sv.

den, aan de (al dan niet complexe) aard van de zaak en het stadium waarin de procedure zich bevindt.<sup>52</sup> De Hoge Raad bepaalt uitdrukkelijk dat de rechter per zaak een afweging moet maken en dat een algemene regel niet kan worden gegeven. "Met een categorische uitsluiting van door het bestuursorgaan in (hoger) beroep nieuw bij te brengen bewijs, wordt het punitieve bestuursprocesrecht naar mijn mening niet beter op het strafrechtelijke bewijsrecht afgestemd, maar lijkt het zich daarentegen juist (verder) te verwijderen"<sup>53</sup>, zo vervolgt de A-G. De door Albers relevant geachte karakterverschillen wijst hij allemaal van de hand.<sup>54</sup> Er zijn heel wat mogelijkheden om bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de boete - en de evenredige hoogte - ex-nunc-aspecten mee te nemen. Met Stijnen<sup>55</sup> concludeert hij dat het ne-bis-in-idem-beginsel zich er niet tegen verzet dat het boetebesluit tijdens de procedure wordt gewijzigd, wat het bestuursorgaan ook op basis van art. 6:19 Awb kan.<sup>56</sup>

Dan maakt de conclusie een opvallende wending. Waar in de beantwoording van de overige vragen de strafrechtelijke regeling in kaart wordt gebracht, concludeert de A-G doorgaans dat in het bestuursrecht aansluiting kan worden gezocht bij het strafrecht. Maar nu doet hij dat niet, zonder op de beweegredenen in te gaan. "Er moeten ook naar mijn mening goede redenen zijn waarom het bestuursorgaan eerst in (hoger) beroep nader bewijs aan de opgelegde boete ten grondslag legt"<sup>57</sup>. De beginselen van berechting binnen een redelijke termijn en de goede procesorde brengen die begrenzing aan. Het beginsel van de goede procesorde legt hij

52 HR 5 januari 2016, NJ 2016/74; HR 29 juni 2010, NJ 2010/409 en HR 16 november 1999, NJ 2000/214.

53 Par. 4.7.5 van de conclusie.

54 Par. 4.7.6 van de conclusie.

55 R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 631.

56 Par. 4.7.6 van de conclusie.

57 Par. 4.7.8 van de conclusie.

vervolgens zo uit, dat dit geschonden is als het bestuursorgaan zonder goede redenen eerst na voltooiing van de besluitvorming nieuwe bewijsmiddelen in het geding brengt. Een goede reden tot nadere bewijslevering is er vooral als het bestuursorgaan reageert op door de beboete persoon overgelegde stukken (surprise evidence) of het bewijsmateriaal pas op een later moment eerst beschikbaar komt. De Afdeling neemt de conclusie over *”met dien verstande dat zij, in het licht van de rechtszekerheid waarop de vermeende overtreder aanspraak kan maken en van zijn mogelijkheden om in rechte tijdig en adequaat verweer te voeren tegen de beschuldiging, in het bijzonder de goede procesorde leidend acht ter begrenzing van de mogelijkheid om nader bewijs na voltooiing van de besluitvorming in te brengen.”*<sup>58</sup> Zij onderschrijft dat het bestuursorgaan een goede reden moet hebben waarom het het bewijsmateriaal niet eerder heeft kunnen overleggen.

### 6.2 Waarheidsvinding versus rechtsbescherming

Deze wending in conclusie en uitspraak bevreemdt mij. Waarom biedt het strafproces ruime mogelijkheden om nader bewijsmateriaal in te brengen en kan daar een algemene regel van begrenzen niet worden gegeven? Waarom moet in het bestuursrechtelijke proces dezelfde of juist een andere norm worden toegepast? Conclusie noch uitspraak van de grote kamer gaat in op de wijze van rechtsvinding en verklaren niet de achtergrond van de divergerende regels. De officier van justitie (ovj) heeft de mogelijkheid om de tenlastelegging gedurende het proces aan te passen. Zo moet worden voorkomen dat verdachten worden vrijgesproken enkel vanwege een fout in de dagvaarding.<sup>59</sup>

58 R.o. 6.1 van ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 en ECLI:NL:RVS:2017:1819.

59 *Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering*, aangeboden door de commissie-Ort, deel 2, Toelichting, Den Haag: Algemene Landsdrukkerij, 1913, p. 253-254.

Wil de ovj de tenlastelegging wijzigen, dan dient hij een verzoek daartoe in te dienen bij de rechtbank. Na een wetswijziging in 1995 mag een vordering tot wijziging ook nog na het requisitoir worden verzocht.<sup>60</sup> *”Het voornaamste argument voor deze variant is dat het doel van het strafproces - de materiële waarheidsvinding - hiermee is gediend. De huidige beperkte wijzigingsbevoegdheid van het openbaar ministerie frustrereert deze doelstelling nogal eens.”*<sup>61</sup> De mogelijkheid tot nadere stukkenuitwisseling, waaronder belastend bewijsmateriaal, wordt als vanzelfsprekend ervaren. Het onderzoek ter zitting is traditioneel het centrale moment van waarheidsvinding in het strafrechtelijke proces. De rechter neemt zijn beslissing immers op grond van de bewijsmiddelen die ter zitting naar voren komen (art. 338 lid 1 Sv).<sup>62</sup> Aan het eind van de terechtzitting is het de rechter die de eerste materiële beslissing neemt over het bewijs. Bewijs dat nog tijdens het onderzoek ter zitting wordt geleverd en tot een andere kijk op de werkelijkheid leidt, draagt bij aan de materiële beslissing van de rechter. Tegenover dit belang van waarheidsvinding staan de belangen van de verdediging, het belang van de goede procesorde en het belang dat niet te lichtvaardig tot vervolging wordt overgegaan, maar de hoofdregel verleent voorrang aan waarheidsvinding.

Het is jammer dat conclusie en uitspraak niet benoemen waarom in het bestuursrechtelijk proces die afweging anders uitvalt. Een van de meest uitdagende vraagstukken van het bestuursprocesrecht is hoe de hoofdfunctie van het procesrecht, zijnde rechtsbescherming, zich verhoudt tot de wens dat de bestuursrechter recht doet op basis van de materiële waarheid. In abstracto legt de parlementaire geschiedenis meer nadruk op dat eerste belang. Maar

60 *Stb.* 1995/441 (Wet vormverzuimen).

61 *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 795, nr. 3, p. 9.

62 Al staat het De Audit-arrest wel een sterke nadruk toe op het kennismaken van schriftelijke dossiers die voor de zitting zijn vergaard, zie Corstens 2014, p. 784.

hoe ver reikt rechtsbescherming? Evident is dat het verdedigingsbeginsel niet in het gedrang mag komen. Een beboete persoon moet redelijke tijd hebben om op nader belastend bewijsmateriaal te reageren. Maar als aan die voorwaarde is voldaan, verzetten rechtsbescherming en rechtszekerheid zich dan tegen het toelaten van nadere belastende stukken? Op die vraag had ik graag een antwoord gelezen.<sup>63</sup> In het licht van de wijzigingsmogelijkheid van gebrekkige besluiten (art. 6:19 Awb) en de mogelijkheid tot passeren van gebreken, waardoor de belanghebbende niet is benadeeld (art. 6:22 Awb) denk ik dat rechtsbescherming niet zo ver strekt dat bijna elke aanvulling van het dossier door het bestuursorgaan moet worden voorkomen. Toepassing van die wetsartikelen bij boetebesluiten gaat nu ook al in tegen de rechtszekerheid van de beboete persoon. De Wav-wetgever zal evenmin door het argument van rechtszekerheid zijn overtuigd; in de Wav is de bestuursrechter nu juist de bevoegdheid toegekend om in (hoger) beroep de hoogte van de boete ten nadele van de belanghebbende te wijzigen.<sup>64</sup> Een relevant verschil met de strafrechtelijke procedure is natuurlijk dat de beboete persoon in het bestuursrecht al bij boeteoplegging een betalingsplicht heeft en proceskosten moet maken om het besluit door de rechter beoordeeld te krijgen. Bovendien heeft het bestuursorgaan al reparatiemogelijkheden gehad in bezwaar. Een bestuursorgaan dat met een gebrekkig dossier gaat handhaven, moet worden gecorrigeerd. Maar moet die correctie inhouden dat het boetebesluit wordt vernietigd, terwijl met het geweigerde bewijsstuk het

63 Al stelt de conclusie duidelijk dat het verdedigingsbeginsel zich niet tegen toepassing van de bestuurlijke lus verzet. *“Het zal voor de aangeschrevene ongetwijfeld een tegenvaller zijn, indien hij in (hoger) beroep alsnog met beslissend bewijs van de hem verweten overtredding wordt geconfronteerd. Daarmee is echter nog niet gegeven dat hij zich daartegen (in strijd met het verdedigingsbeginsel) niet naar behoren zou kunnen verweren.”*, par 4.8.6.

64 Artikel 19d, lid 7, Wav.

bewijs van de overtreding rond kon worden gemaakt? In het strafrecht maakt men duidelijk een andere afweging in het belang van waarheidsvinding en bescherming van het algemeen belang.<sup>65</sup> Het is jammer dat een rechtsvormende uitspraak van een grote kamer het verschil met het strafrecht expliciteert, noch verklaart.

Anders dan de A-G vind ik het oude criterium van ‘dragend’ bewijs best een toepasbaar begrip, dat verwijst naar het materiaal waar het bewijs van de overtreding hoofdzakelijk op stoelt. Zonder dat dragende bewijs had het bestuursorgaan ook zelf evident tot het oordeel moeten komen dat het niet aan zijn bewijslast heeft voldaan en dus niet tot boeteoplegging over mogen gaan. Het ruimhartig toelaten van dit kernbewijs eerst in beroep, geeft te veel ruimte aan bestuursorganen om met zwakke dossiers flinke boetes op te leggen. Daar verzet het zorgvuldigheidsbeginsel zich tegen. Maar het in beroep uitsluiten van al het belastende bewijsmateriaal dat het bestuursorgaan ook eerder had kunnen verkrijgen en overleggen, maakt het gewicht van het algemeen belang van rechtshandhaving wel erg licht, zeker in vergelijking met het strafrecht.

### 6.3 Bestuurlijke lus

Als laatste vraag lag voor onder welke omstandigheden een bestuurlijke lus bij boetzaken mag worden toegepast. Meer precies wilde de voorzitter weten of het voor de toelaatbaarheid uitmaakt of het gaat om een geconstateerd gebrek in het bewijs van de overtreding dan wel om een ander aspect, zoals de hoogte van de boete. De conclusie geeft een mooi overzicht van de discussie in de parlementaire geschiedenis van de vierde tranche van de Awb, de discussie

65 Waarmee ik niet wil zeggen dat dit onomstreden is. Zie voor recente kritiek over de te afstandelijke rol van de strafrechter (die zelfs een opzettelijk vervalst procesverbaal ongesanctioneerd laat), Elke Devroe e.a., *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, Den Haag: WODC 2017, te raadplegen op [www.wodc.nl](http://www.wodc.nl).

sie in de literatuur en de ontwikkeling in de jurisprudentie waarin de bestuurlijke lus mondjesmaat wordt toegestaan. Tot een hele nieuwe beschouwing leidt dat niet, omdat het antwoord op de vorige, hierboven behandelde, vraag voor een groot deel al bepaalt in welke mate een bestuurlijke lus aangewezen is. Nadere bewijslevering van de overtreding via toepassing van een bestuurlijke lus is niet categorisch uitgesloten, maar de goede procesorde verzet zich daartegen in het geval het bestuursorgaan redelijkerwijs bij het nemen van de beslissing op bezwaar over het ontbrekende bewijs had kunnen en moeten beschikken. De Afdeling maakt verder onderscheid naar het type gebrek dat aan het boetebesluit kleeft. Zo ziet zij meer ruimte voor toepassing van de bestuurlijke lus in boetezaken waarin niet een bewijsgebrek, maar een ander gebrek aan het bestreden besluit kleeft. “Te denken valt aan de situatie waarin naar aanleiding van de discussie in beroep of hoger beroep nader onderzoek door, dan wel een nadere toelichting van het bestuursorgaan nodig is om tot een juiste vaststelling van de hoogte van de boete te komen.”<sup>66</sup>

## 7. Conclusie

Met de *Cruiseschepenbouwers*-uitspraak is het bestuursrechtelijke bewijsrecht bij boetes nader vormgeven. Dat leidt niet tot grote bijstellingen in het recht, wel tot een nadere precisering van bestuursrechtelijke regels. Dat is winst. De eisen die worden gesteld aan het afnemen, optekenen en ondertekenen van verklaringen worden grotendeels aan het strafrecht ontleend, behalve wanneer uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever bewust van een gelijklopende regel heeft willen afzien, zoals bij de verplichte inzet van beëdigde tolken. Deze aan het strafrecht ontleende bewijsregels leiden niet direct tot ‘harde’ regels. Verklaringen en processen-verbaal worden ondertekend, maar ont-

breekt de handtekening, dan diskwalificeert dat het bewijsmateriaal geenszins. Het is een kwestie van bewijswaardering. Zijn er aanknopingspunten dat de verhoorde persoon weigerde te ondertekenen, omdat hij niet instemde met de weergave, dan moet de rechter daar onderzoek naar doen en dat meenemen in zijn waardering van de bewijskracht van de verklaring. Het strafrecht laat zien dat er legio mogelijkheden zijn om gebrekkige processen-verbaal te doen herstellen.

Nadere, onlastende, verklaringen van getuigen en verdachten kunnen in het proces worden meegenomen, maar aan deze verklaringen komt in de regel een beperktere bewijswaarde toe dan aan de eerst afgelegde verklaringen. Die beperkingen liggen niet in het recht besloten; de Awb, maar zeker ook Sv, laat aanzienlijke ruimte voor nadere bewijsvoering. De beperkingen vloeien logisch voort uit het belang van waarheidsvinding. Hoe meer tijd tussen feit en verklaring is verstreken, hoe meer tijd er is voor reconstructie van herinneringen, waardoor mensen minder goed naar waarheid kunnen verklaren. Bovendien kunnen getuigen door wetenschap van de juridische consequenties van hun verklaringen oneigenlijk worden beïnvloed.

De mogelijkheden voor bestuursorganen om belastend bewijsmateriaal pas in beroep in te brengen, lijken verkleind. Waar de Afdeling aanvankelijk ‘het dragende bewijs van de overtreding’ niet eerst in beroep accepteerde, weert zij nu bewijsmateriaal als het bestuursorgaan daar eerder aan had kunnen en moeten komen. Op dit punt wijkt de bestuursrechtelijke bewijsregel af van het strafrecht, waarvoor de conclusie en uitspraak geen uitleg geven. Dat is voor een uitspraak van de grote kamer, voorafgegaan door een conclusie van de A-G, teleurstellend te noemen. Het rechtsvormende gehalte van de *Cruiseschepenbouwers*-uitspraak is beperkt.

Er zijn zowel voor- als nadelen aan het direct ontlenen van bewijsregels aan Sv. Enerzijds krijgen de bewijsregels meer duiding en preci-

<sup>66</sup> R.o. 6.1 van ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 en ECLI:NL:RVS:2017:1819.

sie, anderzijds is het ook wat willekeurig welke bewijsregel waar in Sv staat. Zo is het weinig consistent materiële eisen aan een verklaring alleen voor de getuige te formuleren en niet voor de verdachte of opsporingsambtenaar. De vergelijking met het strafrecht heeft in de regel geleid tot meer rechtseenheid tussen punitief bestuurs- en strafprocesrecht, maar op het punt van de nadere bewijslevering van de overtreding in beroep wijkt de bestuursrechter juist af. Kennelijk valt de afweging tussen algemeen belang van rechtshandhaving en waarheidsvinding versus het belang van rechtsbescherming en rechtszekerheid in het bestuursrecht anders uit.

Passen de gevonden bewijsregels bij bestuurlijke boetes in het algemene bestuursrechtelijke bewijsrecht, zoals de Awb-wetgever bij de vierde tranche voor ogen had? Op het eerste gezicht niet, door de sterke oriëntatie op Sv. Het zorgvuldigheidsbeginsel lijkt in het boetebewijsrecht als normerende rechtsbron vrijwel weg te

vallen, terwijl dat beginsel in het algemene bestuursrecht in grote mate het bewijsrecht heeft gevormd. Op het tweede gezicht is er echter meer harmonie tussen punitief en algemeen bestuursrechtelijke bewijsrecht. In het strafrechtelijk proces ligt een grote nadruk op waarheidsvinding en de hier behandelde bewijsregels hebben vaak de ratio de waarheidsvinding te bevorderen. Ook het zorgvuldigheidsbeginsel verlangt dat het bestuursorgaan zijn besluiten baseert op de werkelijkheid. Daardoor draagt de aan Sv ontleende bewijsregel doorgaans bij aan een zorgvuldige feitenvaststelling. Maar, een sterke oriëntatie op de regel in Sv kan soms ten koste gaan van het zicht op de achterliggende ratio van de bewijsregel en logica om deze al dan niet toe te passen in het bestuursrecht. Deze ratio (vaak gelegen in waarheidsvinding) en het zorgvuldigheidsbeginsel zullen meer handen en voeten moeten geven bij de toepassing van de in de *Cruiseschepenbouwers*-uitspraak abstract geformuleerde bewijsregels.