

# Notenkraker

## Notenkraker bij ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1818 en ECLI:NL:RVS:2017:1819 (bewijsregels bij bestuursrechtelijke boetes)

Verklaar u nader. Over het afnemen en optekenen van getuigenverklaringen en de mogelijkheden om daarop terug te komen

32

Ymre Schuurmans\*

### Inleiding

Het bewijsrecht in het bestuursrecht vormt de jongste telg in de bewijsrechtelijke familie. Over de band van het zorgvuldigheidsbeginsel heeft de bestuursrechter in de loop der jaren rechtsregels ontwikkeld die de bewijsverzameling, -levering en -waardering normeren. Vaak bestaan daarbij overeenkomsten met bewijsregels uit andere rechtsgebieden, al worden die in de rechtspraak weinig nadrukkelijk gelegd. In het toezicht en de handhaving ligt het voor de hand naar de normering in het strafrecht te kijken. Moeten toezichthouders niet de hoge maatstaven van het strafrechtelijke bewijsrecht in acht nemen als zij tot boetoplegging overgaan?<sup>1</sup> Deze terugkerende vraag in praktijk en literatuur bracht de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ertoe een grote kamer in te stellen (met ook raadsheren uit het CBb, de CRvB en de HR) en een

conclusie te vragen aan staatsraad advocaat-generaal Keus (hierna A-G). Hij vroeg de A-G te onderzoeken welke waarborgen in acht moeten worden genomen bij het vergaren van bewijs in boetezaken. In het bijzonder wilde hij een standpunt met betrekking tot de waarborgen die zouden moeten gelden bij het afleggen van verklaringen bij de toezichthouder en de mogelijkheden die beide partijen hebben om op een later moment nader bewijs te verzamelen en in de procedure te brengen.<sup>2</sup> Op 5 juli 2017 deed de Afdeling uitspraak in deze *Cruise-schepenbouwers-zaak*.<sup>3</sup> In deze bijdrage wordt de casus beknopt weergegeven (par. 2) en beschreven welke nadere eisen toezichthouders in acht moeten nemen bij het vergaren van getuigenverklaringen (par. 3). De mate waarin de bestuursrechter waarde hecht aan getuigen die op een later moment op hun verklaringen terugkomen, komt kort aan bod (par. 4). Afsluitend geef ik aan welke richting de uitspraak geeft aan de verdere ontwikkeling van het bewijsrecht in boetezaken (par. 5).

\* Prof. mr. Y.E. Schuurmans is hoogleraar staats- en bestuursrecht i.h.b. bestuursprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

1. Over de wijze van rechtsvorming en ratio om al dan niet bij het strafrecht aan te sluiten schreef ik de bijdrage 'Rechtsvorming bewijsrecht in bestuurlijke boetezaken', *JB-plus* 2017, nr. 4 (nog te verschijnen).

2. Conclusie A-G L.A.D. Keus van 12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1034. In de conclusie worden meer vragen beantwoord, waaronder die naar de cautieplicht, maar slechts een deel daarvan komt terug in de uitspraak; de overige antwoorden zullen mogelijk bij andere zaken worden betrokken.

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

## De casus

Een cruiseschip bouwen is een complexe klus, die uiteenlopend vakmanschap eist.<sup>4</sup> Twee opdrachtnemers besluiten twee cruiseschepen te laten bouwen en geven appelland 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 appelland 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 dan van de vergunningplicht zijn vrijgesteld.<sup>5</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 bewijsoverlevering door de minister in bezwaar.<sup>6</sup>

## Afnemen en optekenen van getuigenverklaringen

In het algemeen geldt dat getuigenverklaringen geen grote rol spelen in bestuursrechtelijke procedures.<sup>7</sup> Vaak is er ‘harder’ bewijsmateriaal voor handen, omdat het bestuursorgaan uit (basis)registraties kan putten en om overlegging van allerhande schriftelijke documenten kan vragen, op een moment dat er nog geen conflict tussen belanghebbende en bestuur is. Maar bij toezicht en

handhaving ligt dit duidelijk anders, vooral als de overtreding ‘op heterdaad’ moet worden geconstateerd. Dan kunnen getuigenverklaringen essentieel zijn voor het reconstrueren van handelingen en gedragingen. Zeker in het kader van WAV-boetes is dit het geval. De vreemdelingen die arbeid verrichten, kunnen de volgende dag zijn verdwenen. Bovendien ontbreken vaak arbeidsovereenkomsten waarin de aard van de werkzaamheden en de gezagsrelatie ligt besloten. De toezichthouder zal dan ook direct, of na overbrenging naar een politiebureau, vragen willen stellen over wat voor werkzaamheden zijn verricht, wie daartoe de opdracht gaf, wie het loon uitbetaalt en aan wie bijvoorbeeld het gebruikte gereedschap toebehoort.

De Awb geeft enige regels over de wijze waarop getuigen in beroep worden opgeroepen en gehoord, zie artikel 8:60 jo. 8:63 Awb. De bestuursrechter hoort echter nauwelijks getuigen in beroep; getuigenbewijs wordt vooral door het bestuursorgaan in de toezichtfase vergaard, neergelegd in de vorm van schriftelijke verklaringen. Die bewijsvergaring wordt genormeerd door het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb en de inlichtingenplicht in artikel 5:16 jo. 5:20 Awb. Meer concrete bewijsvergaringsvoorschriften ontbreken. De wetgever heeft noch bij de totstandkoming van de Awb, noch bij de invoering van de boeteregeling in de vierde tranche een bewijsregeling willen treffen, omdat het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel al de nodige eisen stellen aan de bewijsgaring en de bewijswaardering.<sup>8</sup>

De cruiseschepenbouwers problematiseren dat in beroep. De arbeidsinspecteurs zouden onzorgvuldig hebben gehandeld door onduidelijke vragen te stellen, niet dóór 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. Het boeterapport is niet door de opsteller daarvan ondertekend. Deze onzorgvuldigheden gaan ten koste van de nauwkeurigheid van de verklaringen en daarmee de waarheidsvinding. Deze beroepsgronden geven de Afdeling aanleiding om te bezien aan welke regels het afnemen en optekenen van getuigenverklaringen moeten voldoen, waarbij de regeling in het Wetboek van Strafvordering (Sv) voor haar de benchmark vormt.<sup>9</sup>

De uitspraak onderstreept het belang van een goede voorbereiding van het getuigenverhoor ten einde verklaringen te genereren die een hoge bewijswaarde toeko-

4. De beschrijving van de casus is ontleend aan Schuurmans 2017.

5. 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.

6. Bij de rechtbank vangen appellanten met deze beroepsgronden bot, zie Rb. Rotterdam 31 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2367.

7. Zie A.C. Overduin, ‘De waarde van getuigenbewijs in het bestuursprocesrecht’, *JBplus* 2011, p. 113-128.

8. Zie T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 131 (Vierde tranche).

9. In de conclusie oriënteert de A-G zich steeds expliciet op Sv; de Afdeling doet dat meer impliciet. Discussies rond bewijs en waarheidsvinding spelen in de conclusie een zeer beperkte rol. Over de (psychologische) kanttekeningen bij de betrouwbaarheid van het getuigen en de aangevoerde verhoorwijze valt meer te zeggen. Zie daarvoor o.a. het onlangs verschenen boek van P.J. van Koppen e.a. (red.), *Routes van het Recht. Over de rechtspsychologie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, i.h.b. p. 493-511 en p. 513-525 over het interviewen van getuigen; over het horen van verdachten verscheen o.a. W.J. Verhoeven en E. Duinhof, *Effectiviteit van het verdachtenverhoor*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017.

men. Zo dient de toezichthouder duidelijke feitelijke vragen te stellen, die van juridisch jargon zijn ontdaan.<sup>10</sup> Op deze wijze ontstaat zo min mogelijk discussie of de getuige de vraag goed heeft begrepen en wordt de foutkans in vertalingen naar een andere taal beperkt. Verhoort de toezichthouder meerdere getuigen, dan verdient een coördinatie van de vraagstelling aanbeveling. In casu werden 64 vreemdelingen gehoord in een beperkt tijdsbestek, waarbij deels over de telefoon werd getolkt. Uiteraard kunnen dan foutjes worden gemaakt, omdat bepaalde zinnen wegvallen of een begrip afwijkend is vertaald. In de waardering van getuigenverklaringen speelt de consistentie binnen en tussen verklaringen een grote rol.<sup>11</sup> Stelt de toezichthouder steeds dezelfde vragen, dan kan gemakkelijker een patroon in de beantwoording worden waargenomen en de consistentie tussen verklaringen worden vastgesteld. Dat levert een hogere bewijswaarde van de verklaringen op. Appellanten bepleitten dat de Roemenen voorafgaand aan het verhoor op de hoogte hadden moeten worden gesteld van de achtergrond van het verhoor en de consequenties van hun verklaringen voor hun werkgever. A-G en Afdeling wijzen een dergelijke voorlichtingsplicht voor de toezichthouder van de hand. Het is nu juist de bedoeling dat getuigen onbevengden verklaren.<sup>12</sup> Tot zover de voorbereiding van het verhoor. Specifiek in deze zaak speelde de vraag of tijdens het verhoor gebruik moest worden gemaakt van beëdigde tolken en of die lijfelijk aanwezig hadden moeten zijn. Artikel 6 lid 3 EVRM geeft als minimumeis dat degene tegen wie een vervolging is ingesteld en die de taal niet machtig is, zich ter zitting moet kunnen laten bijstaan door een tolk. Nederland heeft in de Wet beëdigde tolken en vertalers (Wbvtv) die bijstandsplicht uitgebreid naar de opsporingsfase en naar het vreemdelingenrecht. A-G en Afdeling analyseren de totstandkomingsgeschiedenis van de Wbvtv en komen tot de conclusie dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen om de verplichting tot inschakelen van beëdigde tolken *niet* van toepassing te verklaren op procedures over bestuurlijke boetes.<sup>13</sup> Logischerwijs oordeelt de Afdeling vervolgens dat de toezichthouder niet verplicht was om beëdigde tolken in te zetten. Fysieke aanwezigheid van de tolk/vertaler is evenmin een vereiste; de Wbvtv kent die eis niet en de A-G is geen strafrechtelijke jurisprudentie bekend waarin de inzet van een telefonische tolk wordt geproblematiseerd.<sup>14</sup> Hoewel op de toezichthouder geen algemene plicht rust om beëdigde tolken in persoon aanwezig te laten zijn, moet hij wel verifiëren of het proces van vertalen soepel verloopt. In casu stelde de arbeidsinspecteur een vraag in het Nederlands, vertaalde de tolk deze, tolkte hij het gegeven antwoord terug, waarna de inspecteur deze in het Nederlands optekende. Vervolgens verifieerde hij via de tolk of het opgeschrevene overeen-

kwam met de afgelegde verklaring. Pas nadat de beantwoording was afgestemd, stelde de inspecteur de volgende vraag. De Afdeling acht dat een zorgvuldige werkwijze.<sup>15</sup> Belanghebbenden die vertalingfouten veronderstellen zullen daarvoor concrete aanknopingspunten aan moeten dragen. 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.

Aan de inhoud van de verklaringen wordt ook enige eis gesteld. Zo ontleent A-G en Afdeling aan artikel 342 Sv de eis dat een getuige dient te verklaren over feiten en omstandigheden die hij zelf heeft waargenomen of ondervonden. Gissingen en conclusies die in de verklaring staan, komen in beginsel geen bewijswaarde toe, al merkt de Afdeling terecht op dat de scheidslijn tussen gissingen en conclusies enerzijds en waarnemingen anderzijds fluide kan zijn.<sup>16</sup>

Vervolgens normeert de uitspraak de wijze waarop de getuigenverklaringen worden opgetekend. De Afdeling onderschrijft de conclusie dat een verklaring zo volledig mogelijk moet worden weergegeven en zo veel mogelijk in de vraag- en antwoordvorm. Die eis is ontleend aan artikel 29a Sv, waarin deze specifiek wordt gesteld aan de verklaring van de verdachte (in het bijzonder wanneer hij schuld bekent). Deze wijze van optekenen maakt het voor boeteopleggende ambtenaren en de rechter gemakkelijker om tot bewijswaardering over te gaan. Zo kunnen zij controleren op consistentie en op suggestieve vragen en het mogelijk in de mond leggen van woorden. Er is geen wettelijke plicht de getuigenverklaring (of het boeterapport) te ondertekenen, maar gebruikelijk is dat wel in de praktijk. Met de handtekening geeft de verhoorde aan zich te realiseren wat hij heeft verklaard en de juiste weergave daarvan te bevestigen. Ontbreekt de handtekening, dan zal de rechter willen weten wat daar de reden voor is. De toezichthouder doet er goed aan die vraag al in het verhoor te stellen en de gegeven reden op te tekenen. Bij een niet-ondertekende getuigenverklaring kan er meer ruimte ontstaan om te twijfelen aan de accuraatheid van het opgetekende en dat komt de bewijswaarde niet ten goede.<sup>17</sup>

## Terugkomen op getuigenverklaringen

De beboete bedrijven bestrijden de accuraatheid van de informatie die is opgenomen in de getuigenverklaringen. Wetend dat het lastig is om terug te komen op tegenover een toezichthouder afgelegde verklaringen zoeken zij

10. R.o. 4.4.

11. Zie bijv. ABRvS 26 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH5623, JV 2009/175.

12. R.o. 4.5.

13. Par. 4.1.1 van de conclusie en r.o. 4.3.

14. Par. 4.1.1.

15. Zie r.o. 4.2.

16. Par. 4.4.1 en r.o. 4.5.

17. R.o. 4.1.

naar een wijze van objectieve verslaglegging. Zij schakelen een beëdigde tolk in en stellen nieuwe verklaringen op waarin afwijkende informatie wordt gegeven op de vraag onder wiens leiding en toezicht de Roemenen werkten. Vervolgens hebben de Roemenen tegenover een notaris onder ede verklaard in deze latere verklaringen te volharden. Er bestaan geen formele bezwaren tegen deze nadere bewijslevering in beroep. Het belang van waarheidsvinding noopt echter tot een kritische reflectie op de overtuigingskracht van deze later afgelegde verklaringen. De Afdeling onderstreept dat de eerste, ten overstaan van de toezichthouder afgelegde verklaringen, in beginsel meer bewijswaarde toekomt, nu de gehoorde persoon in dat stadium meer geneigd zal zijn onbevangen en naar waarheid te verklaren en zich minder zal laten leiden door ongewenste consequenties die bepaalde antwoorden (achteraf) blijken te hebben.<sup>18</sup> Zit er een aanzienlijk tijdverloop tussen waarneming en verklaring, dan neemt bovendien het risico toe dat herinneringen minder accuraat worden en oneigenlijk worden beïnvloed.<sup>19</sup> De inschakeling van een notaris neemt deze kritische kanttekeningen niet weg. De nadere getuigenverklaring maakt alleen kans als betrokkene goed kan uitleggen waarom zijn latere verklaring inhoudelijk anders luidt.<sup>20</sup>

## Richting in de verdere ontwikkeling van het boetebewijsrecht

De *Cruiseschepenbouwers*-zaak geeft vooral voor het getuigenbewijs vrij precieze regels; op dat vlak is de uitspraak rechtsvormend. De uitspraak heeft echter een bredere strekking, omdat zij ook antwoord geeft op de vraag in welke mate het bestuursorgaan na de beslissing op bezwaar de bewijsvergaring mag doorzetten en nieuw bewijs in beroep kan inbrengen. In 2015 sloeg de Afdeling een principiële weg in door te bepalen dat het bestuursorgaan het dragende bewijs van de overtreding bij de voltooiing van de bestuurlijke bewijslevering dient te leveren.<sup>21</sup> In de *Cruiseschepenbouwers*-zaak past de Afdeling het criterium licht aan. Nu stelt zij voorop dat het bestuursorgaan dat eerst na de voltooiing van de besluitvorming nieuw bewijs inbrengt, terwijl het geen goede reden heeft kunnen geven waarom het dat niet eerder had kunnen doen, in strijd met de goede procesorde handelt.<sup>22</sup> De Afdeling hecht groot belang aan de rechtszekerheid van de vermeend overtreder en zijn mogelijkheden om tijdig en adequaat verweer te kunnen voeren. Hoewel ik vermoed dat de gewijzigde formulering in de praktijk tot niet al te grote wijzigingen leidt,

interpreteer ik die zo dat de ruimte voor nadere bewijslevering in beroep verder verkleint. Van het dragende bewijs zal immers steeds kunnen worden gezegd dat het bestuursorgaan dat uiterlijk ten tijde van de beslissing op bezwaar had moeten hebben om rechtmatig te kunnen handhaven. Deze bijstelling in de rechtspraak onderstreept het belang dat de toezichthouder met grote zorgvuldigheid het bewijsmateriaal verzamelt en niet overhaast tot boeteoplegging overgaat.

Het bewijsrecht bij boetes zal ook na deze uitspraak verder worden aangevuld en verfijnd. Nu de Afdeling bij de beantwoording van de meeste vragen (impliciet) aansluit bij de bewijsregeling in Sv, valt te verwachten dat zij die lijn voortzet. Daarnaast denk ik dat het zorgvuldigheidsbeginsel een meer nadrukkelijke rol gaat spelen in discussies over hoe de in de *Cruiseschepenbouwers*-zaak geformuleerde hoofdregels in de praktijk moeten worden toegepast. De vraag die wel door de A-G is beantwoord, maar nog niet door de Afdeling, is die naar de cautieplicht en het moment waarop deze ingaat. Ook op dat punt valt nog een principiële uitspraak te verwachten.

18. R.o. 5.1.

19. Zie nader Schuurmans 2017, par. 5.

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

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

22. R.o. 6.1.