

ECLI

ECLI:NL:RVS:2017:1034

Datum uitspraak

12 april 2017

Inhoudsindicatie

CONCLUSIE: Op woensdag 12 april 2017 neemt staatsraad advocaat-generaal Keus een conclusie over bewijsvergaring in boetezaken. De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft de staatsraad advocaat-generaal in november 2016 gevraagd te onderzoeken welke waarborgen bij het vergaren van bewijs in boetezaken in acht moeten worden genomen. Daarbij heeft hij in het bijzonder aandacht gevraagd voor de waarborgen die zouden moeten gelden bij het afleggen van verklaringen bij de toezichthouder, en hoe moet worden omgegaan met verklaringen die pas later in de procedure worden overgelegd door degene die is beboet. Daarnaast is de staatsraad advocaat-generaal gevraagd onderzoek te doen naar de "toelaatbaarheid van en grenzen aan bewijsvergaring" in een later stadium van de procedure door het bestuursorgaan dat de boete heeft opgelegd. De conclusie wordt uitgebracht in twee zaken over boetes die de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) heeft opgelegd aan een

Volledige tekst

Na onderstaande conclusie van de staatsraad advocaat-generaal van 12 april 2017 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak op 5 juli 2017 uitspraak gedaan in deze zaken (201603427/1/V6 en 201603422/1/V6).

201603427/2/V6 en 201603422/2/V6

Datum: 12 april 2017

staatsraad advocaat-generaal
mr. L.A.D. Keus

Conclusie inzake het hoger beroep van:

[appellante A], gevestigd te [plaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 31 maart 2016 in zaak nr. 15/1394 in het geding tussen:

[appellante A]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister)
(zaak nr. 201603427/2/V6)

en het hoger beroep van:

[appellante B], gevestigd te [plaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 31 maart 2016 in zaak nr. 15/127 in het geding tussen:

[appellante B]

en

de minister
(zaak nr. 201603422/2/V6)

De conclusie betreft de hoger beroepen van appellanten tegen de uitspraken van de rechtbank Rotterdam van 31 maart 2016. In beide zaken heeft de minister een boete opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) omdat appellanten als werkgever vreemdelingen werkzaamheden hebben laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. In de hoger beroepen stellen appellanten onder meer de manier waarop in het punitief bestuursrecht bewijs wordt vergaard en hoe het vergaarde bewijs moet worden gewaardeerd aan de orde. De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, mr. J.E.M. Polak, (hierna: de voorzitter), heeft mij bij brief van 7 november 2016 verzocht in zaak nr. 201603427/1/V6 hierover een conclusie te nemen, als bedoeld in artikel 8:12a van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb). Bij brief van 8 december 2016 heeft de voorzitter mij verzocht deze conclusie ook betrekking te laten hebben op zaak nr. 201603422/1/V6.

1. Feiten en procesverloop

Bestuurlijke fase

1.1 De minister heeft aan appellanten beiden een boete opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav, omdat zij in de periode van februari tot en met juni 2013 door 64 vreemdelingen van Roemeense nationaliteit arbeid hebben laten verrichten, zonder dat hiervoor tewerkstellingsvergunningen waren verleend. De vreemdelingen verrichtten deze arbeid, bestaande uit werkzaamheden als lasser, ijzerwerker en pijpfitter, via een in- en uitleensituatie of aanneming van werk.

De vennootschappen naar buitenlands recht [bedrijf A] en [bedrijf B], beiden gevestigd te [plaats], hebben opdracht gegeven aan [appellante B] om twee cruiseschepen te bouwen. [appellante B] heeft een deel van de bouw van het scheepscasco uitbesteed aan [bedrijf C]. [bedrijf C] heeft vervolgens een deel van het aan haar uitbestede werk uitbesteed aan [appellante A]. [appellante A] heeft deze werkzaamheden vervolgens laten uitvoeren door de 64 vreemdelingen.

Volgens de minister vonden de werkzaamheden niet plaats in het kader van grensoverschrijdende dienstverrichting in de zin van artikel 1e, eerste lid, van het Besluit uitvoering Wav (hierna: het BuWav), zodat appellanten voor de door de vreemdelingen verrichte werkzaamheden niet waren vrijgesteld van de verplichting om over een tewerkstellingsvergunning te beschikken. De dienstverrichting door [appellante A] aan [bedrijf C] bestond volgens de minister immers uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, als bedoeld in artikel 1e, eerste lid, aanhef en onder c, van het BuWav, zoals dit gold ten tijde van de overtreding, zodat de vrijstelling niet van toepassing was.

1.2 Bij besluiten van 17 juli 2014 (hierna: de primaire besluiten) heeft de minister aan appellanten een boete opgelegd van € 792.000,00 wegens 66 overtredingen van de Wav. Bij besluit van 20 januari 2015 onderscheidenlijk 27 november 2014 (hierna: de bestreden besluiten) heeft de minister de daartegen door appellanten gemaakte bezwaren gegrond verklaard en de boetes vastgesteld op € 768.000,00 wegens 64 overtredingen van de Wav.

1.3 Appellanten hebben betoogd dat de arbeidsinspecteurs onzorgvuldig hebben gehandeld bij de totstandkoming van de bij de boeterapporten gevoegde verklaringen, die aan de boetes ten grondslag zijn gelegd. Hiertoe hebben zij aangevoerd dat de gehoorde vreemdelingen na een werkdag plotseling zijn aangehouden door de politie en dat zij moe en zonder dat aan hen een maaltijd is aangeboden zijn gehoord. De vreemdelingen zijn geschrokken van deze gang van zaken, wisten niet wat het doel van het gehoor was en wat hun rechten en plichten waren. Zij begrepen niet goed wat hun werd gevraagd; de vragen van de arbeidsinspecteurs waren suggestief, misleidend of konden op meerdere wijzen worden opgevat, terwijl naar aanleiding van de antwoorden door de arbeidsinspecteurs niet werd doorgevraagd. Verder is in de meeste gevallen geen gebruik gemaakt van een beëdigde tolk. In een klein aantal van de gevallen ging het om een gecertificeerde vertaler in plaats van een tolk. Bovendien zijn de vreemdelingen niet gehoord in het bijzijn van een lijfelijk aanwezige vertaler of tolk, maar met behulp van een telefonische tolk of vertaler. De op schrift gestelde verklaringen zijn niet in de Roemeense taal aan de vreemdelingen voorgelegd en zij voelden zich gedwongen om deze te ondertekenen. Een enkeling heeft geweigerd het proces-verbaal te ondertekenen. Appellanten hebben in bezwaar nieuwe verklaringen overgelegd van de door de arbeidsinspecteurs gehoorde vreemdelingen en enkele andere betrokkenen. Deze verklaringen zijn wel met behulp van een lijfelijk aanwezige beëdigde tolk tot stand gekomen en de juistheid daarvan is onder ede ten overstaan van een notaris bevestigd. Nu de verklaringen waarop de minister zich beroept op essentiële punten tegenstrijdig zijn met de later afgelegde verklaringen hebben deze latere verklaringen volgens appellanten een grotere bewijswaarde.

1.4 De minister heeft naar aanleiding van de bezwaarschriften navraag gedaan bij de arbeidsinspecteurs over de totstandkoming van de bij de boeterapporten gevoegde verklaringen en heeft op basis hiervan zijn standpunt gehandhaafd dat deze verklaringen niet onzorgvuldig tot stand zijn gekomen en dat van de juistheid daarvan moet worden uitgegaan.

Eerste aanleg

1.5 De rechtbank heeft de door appellanten tegen de bestreden besluiten ingestelde beroepen gegrond verklaard voor zover de minister een boetenormbedrag van € 12.000,00 per overtreding had gehanteerd, de bestreden besluiten vernietigd, de primaire besluiten herroepen, de boetes vastgesteld op € 512.000,00 en bepaald dat haar uitspraken in de plaats treden van de vernietigde besluiten. In de bestreden uitspraken is de rechtbank tot het oordeel gekomen dat de boeterapporten en de daarbij gevoegde verklaringen niet onzorgvuldig tot stand zijn gekomen. Hierbij heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat

de minister, behoudens bijzondere omstandigheden, mag uitgaan van de juistheid van de inhoud van een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt en ondertekend boeterapport. De vreemdelingen zijn volgens de rechtbank via zeven gecertificeerde telefonische tolken in de Roemeense taal gehoord, de vreemdelingen hebben hun verklaringen, nadat deze op schrift waren gesteld, ondertekend, en niet is aannemelijk gemaakt dat de telefoonverbinding niet goed was noch dat de vreemdelingen en de tolken elkaar niet hebben begrepen of verstaan. Evenmin is aannemelijk gemaakt dat de arbeidsinspecteurs hun eigen interpretaties hebben verwerkt bij de vastlegging van de verklaringen. Daarbij mede in aanmerking genomen dat de vreemdelingen, los van elkaar, min of meer hetzelfde hebben verklaard, heeft de minister de bij de boeterapporten gevoegde verklaringen aan de bestreden besluiten ten grondslag mogen leggen, aldus de rechtbank.

Verder heeft de rechtbank overwogen dat aan de door appellanten in de bezwaarfase overgelegde verklaringen niet de waarde kan worden gehecht die zij daaraan gehecht zouden willen zien. Hierbij heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat, voor zover de gehoorde op verzoek van [appellante A] zijn teruggekomen van de eerder door hen afgelegde verklaringen, dit niet betekent dat aan de juistheid van de ten overstaan van de arbeidsinspecteurs afgelegde verklaringen moet worden getwijfeld. Derhalve ziet de rechtbank geen reden voor het oordeel dat de minister had moeten twijfelen aan de op ambtseed opgemaakte consistente verklaringen.

Hoger beroep

1.6 Tegen deze bestreden uitspraken hebben appellanten hoger beroep ingesteld. Zij hebben betoogd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de arbeidsinspecteurs niet onzorgvuldig te werk zijn gegaan bij de totstandkoming en vastlegging van de verklaringen. Zij hebben daartoe aangevoerd dat de arbeidsinspecteurs de vreemdelingen in de avonduren, zonder aan hen een maaltijd aan te bieden, hebben gehoord en dat de vreemdelingen onwetend waren wat betreft de context en de bedoeling van het gehoor. De arbeidsinspecteurs hebben de vreemdelingen dezelfde onduidelijke vragen gesteld, verzuimd door te vragen, verklaringen onjuist geïnterpreteerd, in de meeste gevallen geen gebruik gemaakt van een beëdigde tolk, maar van een gecertificeerde vertaler of een niet-beëdigde tolk, en onvoldoende tijd uitgetrokken voor de verhoren. Voorts is het inzetten van telefonische tolken of vertalers in plaats van lijfelijk aanwezige tolken of vertalers volgens appellanten onzorgvuldig, omdat dit de kans op vertaalfouten vergroot en voor de tolk de mogelijkheid ontbreekt om vast te stellen wat wordt opgeschreven. Verder voeren zij aan dat de gebruikte tolken en vertalers niet neutraal hebben vertaald en dat, nu er geen tolken lijfelijk aanwezig waren, de gehoorde de vastlegging van de door hen afgelegde verklaringen niet hebben kunnen controleren voordat zij deze ondertekenden. Het vorenstaande heeft geleid tot onjuiste, onvolledige en ongenueanceerde verklaringen. Volgens appellanten kent de minister een te grote bewijswaarde toe aan verklaringen die ten overstaan van een arbeidsinspecteur zijn afgelegd, zeker als die verklaring door de gehoorde niet is ondertekend.

Appellanten hebben verder betoogd dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat aan de door hen in bezwaar overgelegde nadere verklaringen van enkele vreemdelingen en andere betrokkenen niet de waarde kan worden gehecht die zij daaraan gehecht willen zien. Deze verklaringen zijn opgesteld nadat een beëdigde tolk aan hen in de Roemeense taal de inhoud van hun bij het boeterapport gevoegde verklaringen had voorgehouden en zij aangaven zich hier niet in te herkennen. Nu deze verklaringen onder ede, ten overstaan van een notaris en met behulp van een lijfelijk aanwezige beëdigde tolk zijn afgelegd, mocht de rechtbank deze niet buiten beschouwing laten.

Voorts betogen appellanten dat de minister onzorgvuldig heeft gehandeld bij het inwinnen van nadere informatie van de arbeidsinspecteurs in de bezwaarfase. De nadere verklaringen zijn niet op schrift gesteld, althans niet aan hen ter hand gesteld, zodat appellanten deze niet hebben kunnen controleren. Voorts komt de inhoud hiervan niet overeen met andere verklaringen.

1.7 Het hoger beroep is op 16 februari 2017 door de Afdeling ter zitting behandeld. [appellante A] werd ter zitting vertegenwoordigd door mr. L. van der Wijngaart, advocaat te Dordrecht. [appellante B] werd vertegenwoordigd door [gemachtigde] en bijgestaan door mr. P.J. Huys en mr. G.W. van der Voet, beiden advocaat te Rotterdam. De minister werd vertegenwoordigd door mr. R.W. Veldhuis, advocaat te Den Haag, vergezeld van mr. M.L. Kerdijk en mr. J.E. Tichelaar. Tijdens de zitting was ik in mijn hoedanigheid als staatsraad advocaat-generaal aanwezig en is mij de gelegenheid geboden om aan partijen vragen te stellen.

2. Het verzoek om een conclusie en de opbouw van de conclusie

2.1 Bij brief van 7 november 2016 heeft de voorzitter mij verzocht in zaak nr. 201603427/2/V6 een conclusie te nemen als bedoeld in artikel 8:12a van de Awb. Bij brief van 8 december 2016 heeft de voorzitter mij verzocht de conclusie ook betrekking te laten hebben op zaak nr. 201603422/2/V6. Mij is verzocht een conclusie te nemen over de volgende drie onderwerpen:

1. De in acht te nemen waarborgen bij de totstandkoming van verklaringen die in het kader van een procedure tot oplegging van een bestuurlijke boete ten overstaan van een toezichthouder worden afgelegd;
2. De wijze waarop het boeteopleggende bestuursorgaan en de bestuursrechter moeten omgaan met nadere verklaringen die, doorgaans ter ontkrachting van eerder afgelegde verklaringen, in een later stadium van de procedure worden overgelegd door degene die is beboet;
3. De toelaatbaarheid van en grenzen aan bewijsvergaring door het boeteopleggende bestuursorgaan in een later stadium van de procedure tot boeteoplegging (na afronding van het onderzoek van de bevoegde toezichthouder).

De voorzitter heeft mij verzocht daarbij in te gaan op de volgende vragen:

1. Moet een toezichthouder bij het afnemen van een verhoor gebruikmaken van een beëdigde tolk? Is het gebruikmaken van een telefonische tolk toelaatbaar?
2. Moeten gevolgen worden verbonden aan de omstandigheid dat een ten overstaan van een toezichthouder afgelegde verklaring niet door de betrokken ambtenaar en/of de verhoorde is ondertekend? Zo ja, welke?
3. Ingevolge artikel 5:10a van de Awb is degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. Voorafgaand aan dergelijke verhoren dient aan de betrokkene de cautie te worden gegeven. De grens tussen onderzoek in het kader van toezicht en boeteoplegging is in sommige gevallen vaag. Welke criteria gelden er, mede gelet op het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 5 april 2012, Chambaz tegen Zwitserland, (*zie noot 1*) voor de beoordeling of een verhoor met voormeld oogmerk plaatsvindt? Dient bij een controle- of inspectiebezoek de cautie te worden gegeven? Zo ja, onder welke omstandigheden, op welk moment en aan welke personen?

4. Welke eisen gelden er voor de vastlegging van een ten overstaan van een toezichthouder afgelegde verklaring?

5. Volgens vaste jurisprudentie (zie onder meer de uitspraak van de Afdeling van 13 april 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:996](#)), mag in beginsel worden uitgegaan van de juistheid van een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt boeterapport. Is het toelaatbaar dat een boeterapport wordt geïncorporeerd in een aan de vermeende overtreder te verzenden voornemen tot boeteoplegging (zie de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 19 november 2014, [ECLI:NL:CRVB:2014:3806](#)), of is in alle gevallen een afzonderlijk boeterapport vereist?

6. Op welke wijze dienen het boeteopleggende bestuursorgaan en de bestuursrechter om te gaan met in een later stadium van de procedure door de beboete (rechts)persoon overgelegde, andersluidende verklaringen (bijvoorbeeld afgelegd bij een rechter, een rechter-commissaris of een notaris, of in een onderhands geschrift)? In hoeverre mag bij de beoordeling van dergelijke verklaringen worden betrokken dat deze niet ten overstaan van de toezichthouder zijn afgelegd?

7. Is het toelaatbaar dat een bestuursorgaan na afronding van het onderzoek door de toezichthouder nader bewijs vergaart en aan de boeteoplegging ten grondslag legt? Zo ja, tot op welk moment is dat geoorloofd? Maakt het daarbij uit of dit gebeurt in dan wel na de fase van besluitvorming en of het gaat om dragend bewijs dan wel aanvullend bewijs?

8. In de jurisprudentie is toepassing van de bestuurlijke lus in zaken betreffende bestuurlijke boeten aanvaard (zie onder meer de uitspraak van de Afdeling van 9 juli 2014, [ECLI:NL:RVS:2014:2494](#)). Maakt het voor de toelaatbaarheid van de toepassing van dit instrument uit of het gaat om een geconstateerd gebrek in het bewijs van de overtreding (zie in dit verband de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 3 december 2014, [ECLI:NL:CBB:2014:438](#)) dan wel om een ander aspect, zoals de hoogte van de boete?

2.2 Alvorens de door de voorzitter gestelde vragen afzonderlijk te bespreken, maak ik bij wijze van inleiding enkele korte opmerkingen over kwesties van meer algemene aard die bij de beantwoording van de vragen een rol spelen. Vervolgens zal ik de vragen van de voorzitter een voor een bespreken. Aan het slot van de conclusie zal ik de op de vragen van de voorzitter te geven antwoorden kort samenvatten.

3. Inleidende opmerkingen

Toetsing ex tunc

3.1 De beantwoording van de gestelde vragen is mede hiervan afhankelijk, hoe de taak van de bestuursrechter dient te worden opgevat. De bestuursrechter heeft tot taak de uitoefening van openbaar gezag door het bestuur te beoordelen en in dat kader het door het bestuur genomen besluit op rechtmatigheid te toetsen. (*zie noot 2*) Daarbij is allereerst van belang dat de bestuursrechter in beginsel uitgaat van de feiten en het recht ten tijde van het bestreden besluit. Dit uitgangspunt van een toetsing "ex tunc" vloeit voort uit het besluitvormingsprimaat van het bevoegde bestuursorgaan. Het bevoegde bestuursorgaan kon ten tijde van het nemen van het besluit met "latere" feiten en "nieuw" recht immers geen rekening houden. (*zie noot 3*) De toetsing "ex tunc" wordt echter niet in alle gevallen gelijk toegepast. (*zie noot 4*)

Individuele rechtsbescherming en materiële waarheidsvinding

3.2 Van belang is vervolgens de primaire functie van het (algemene) bestuursprocesrecht. De wetgever van de Awb heeft de rechtsbeschermingsfunctie van het nieuwe, uniforme

bestuursprocesrecht ("recours subjectif") uitdrukkelijk als primaire doelstelling van het algemene bestuursprocesrecht gekozen, in plaats van de doelstelling het objectieve publiekrecht te handhaven ("recours objectif"). (zie noot 5)

Dat roept de vraag op of en in hoeverre het zoeken naar de materiële waarheid (nog) als doelstelling van het huidige (algemene) bestuursprocesrecht kan gelden. Bij de totstandkoming van de Awb is tot uitdrukking gebracht dat het streven naar het zoeken van de materiële waarheid "overeind" is gebleven, maar in zijn uitwerking belangrijk is gerelativeerd. In dat verband is erop gewezen dat de rechter in beginsel is gebonden aan de omvang van het geschil zoals aan hem voorgelegd en op het verdwijnen van de mogelijkheid van "reformatio in peius". (zie noot 6)

Ambtshalve activiteiten van de rechter en ongelijkheidscompensatie

3.3 Wat in de visie van de wetgever van de Awb behouden zou moeten blijven, was een actieve rechter. In dat verband werd gewezen op de verplichting om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen (artikel 8:69, tweede lid, van de Awb) en op de bevoegdheid tot ambtshalve aanvulling van de feiten (artikel 8:69, derde lid, van de Awb). Volgens de wetgever vloeide met name de bevoegdheid tot ambtshalve aanvulling van de feiten rechtstreeks voort uit de "ongelijkheidcompensatie" ten behoeve van de zwakkere (immers veelal zonder verplichte procesvertegenwoordiging procederende) rechtzoekende ten opzichte van het sterkere bestuursorgaan. Naarmate de ongelijkheid van de bij het geschil betrokken partijen minder groot zou zijn, zou er minder reden zijn om van de bedoelde bevoegdheid gebruik te maken. (zie noot 7)

Dat de bevoegdheid tot ambtshalve aanvulling van de feiten geen ander doel dan "ongelijkheidcompensatie" zou mogen dienen, kan niet uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid. De bedoelde bevoegdheid is daarin juist uitdrukkelijk ook met het vinden van de materiële waarheid in verband gebracht. (zie noot 8)

Het is de vraag of heden ten dage aan het beginsel van "ongelijkheidcompensatie" nog hetzelfde gewicht moet worden toegekend als de wetgever van de Awb voor ogen stond. In de praktijk heeft de beroepsprocedure zich immers ontwikkeld tot een partijengeding tussen het bestuur en de rechtzoekende als min of meer gelijkwaardige partijen; daarbij speelt mede een rol dat ook de rechtzoekende in de praktijk veelal met professionele rechtsbijstand procedeert. (zie noot 9) Een rechtzoekende kan uiteraard een burger (natuurlijk persoon) zijn, maar is zeker in het punitieve bestuursrecht ook vaak een - al dan niet grote - rechtspersoon. Zeker bij die laatste categorie speelt het beginsel van "ongelijkheidcompensatie" een minder grote rol. Feit is dat de bestuursrechter minder ambtshalve activiteiten verricht dan vroeger, waarbij overigens mede een rol speelt dat de omvang van het geschil meer dan voorheen door partijen wordt bepaald. (zie noot 10)

Rechtsbescherming in het punitieve bestuursrecht

3.4 De bestuurlijke boete is bestraffend van aard; zij is een "criminal charge" als bedoeld in artikel 6 van het EVRM. Daarom moet het punitieve bestuurs(proces)recht, hoe sterk ook de doelmatigheidsargumenten voor bestuursrechtelijke handhaving mogen zijn, voorzien in een aan het straf(proces)recht gelijkwaardige rechtsbescherming voor de rechtzoekende. (zie noot 11) De ook in het punitieve bestuursrecht geldende onschuldpresumptie brengt met zich dat op het bestuursorgaan de last rust aan te tonen dat betrokkene de overtreding heeft gepleegd. In dat licht impliceert het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding (artikel 3:2 van de Awb) dat het bestuursorgaan actief feiten dient te vergaren en in zijn onderzoek zo volledig mogelijk dient te zijn. Wegens het bestraffende karakter van de bestuurlijke boete

worden aan het bewijs van de overtreding, maar ook aan de motivering van het boetebesluit, strenge eisen gesteld. (zie noot 12) Consequenties zijn er ook voor de toetsing door de bestuursrechter, die volledig dient te zijn en waaraan ingevolge artikel 6 van het EVRM geen enkel aspect of bestanddeel van het besluit - feitelijk of rechtens - mag zijn onttrokken. In dat verband is van belang dat, evenals in het algemene bestuursrecht, in het punitieve bestuursrecht geen zogeheten bewijsfuk meer geldt. (zie noot 13) Dat heeft uiteraard consequenties voor de ruimte die voor "tegenbewijs" aan de beboete partij wordt gelaten.

Finale afdoening van boetezaken

3.5 Sedert 1 januari 2013 is het de bestuursrechter voorgeschreven het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief te beslechten (artikel 8:41a van de Awb). (zie noot 14) Daartoe kan de bestuursrechter, wanneer hij het bestreden besluit vernietigt, bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven (artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder a, van de Awb) of dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit (artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder b, van de Awb). Ook de bestuurlijke lus (artikelen 8:51a-d van de Awb) kan worden beschouwd als één van de "finaliseringsinstrumenten". (zie noot 15)

Als de bestuursrechter een boetebesluit vernietigt, laat de Awb hem geen andere optie dan een finale afdoening. Artikel 8:72a van de Awb schrijft voor dat de bestuursrechter in dat geval een beslissing neemt over het opleggen van de boete en bepaalt dat zijn uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking.

4. Behandeling van de door de voorzitter gestelde vragen

1.) Moet een toezichthouder bij het afnemen van een verhoor gebruikmaken van een beëdigde tolk? Is het gebruikmaken van een telefonische tolk toelaatbaar?

Gebruik van een beëdigde tolk

4.1.1 Bij de beantwoording van de eerste vraag stel ik voorop dat het recht op bijstand van een tolk geldt als een van de minimumrechten die toekomen aan een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld (artikel 6, derde lid, aanhef en onder e, van het EVRM en artikel 14, derde lid, aanhef en onder f, van het IVBPR). (zie noot 16)

De tolkenbijstand in strafzaken heeft, wat het verhoor door de rechter-commissaris betreft, regeling gevonden in artikel 191 van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv), en die ter terechtzitting in de artikelen 260, 274-276, 325, 346, 362 en 391 Sv.

Per 1 oktober 2013 is ook de bijstand van tolken en vertalers in de opsporingsfase wettelijk geregeld. (zie noot 17) Bijstand van tolken en vertalers in de opsporingsfase wordt van groot belang geacht. Een goede weergave van de bij de politie afgelegde verklaringen is immers van belang voor de beslissing of en ter zake waarvan betrokkene wordt vervolgd, en, indien tot vervolging wordt overgegaan, voor het aan de verklaring te ontlelen bewijs. Een verdachte die de Nederlandse taal niet of onvoldoende beheerst, wordt bij het politieverhoor door een tolk bijgestaan. (zie noot 18)

In het strafrecht is het gebruik van een tolk nader geregeld in de Wet beëdigde tolken en vertalers (hierna: Wbtv). (zie noot 19) In artikel 28 van de Wbtv is voor bepaalde diensten en instanties een zogenaamde afnameplicht opgenomen. Die plicht houdt in dat de betrokken diensten en instanties in het kader van het strafrecht en het vreemdelingenrecht uitsluitend van beëdigde tolken en vertalers gebruik maken. De afnameplicht geldt voor:

a) de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;

- b) de tot de rechterlijke macht behorende gerechten;
- c) het openbaar ministerie;
- d) de Immigratie- en Naturalisatiedienst;
- e) de politie; en
- f) de Koninklijke Marechaussee.

Voor andere dan de bij of krachtens artikel 28 van de Wbtv aangewezen diensten en instanties geldt géén afnameplicht. (*zie noot 20*) Overigens dient te worden bedacht dat de afnameplicht voor de aangewezen diensten en instanties slechts bij de gebruikmaking van tolken of vertalers "in het kader van het strafrecht en het vreemdelingenrecht" geldt en dat, zoals hieronder nog aan de orde komt, de Wbtv niet mede bestuurlijke boetezaken bestrijkt. Als in strijd met een afnameplicht geen gebruik is gemaakt van een beëdigde tolk of vertaler, kan dat (in de strafrechtelijke kolom) tot bewijsuitsluiting van de betrokken verklaring leiden. (*zie noot 21*)

Ook waar de bedoelde afnameplicht geldt, is zij overigens niet absoluut. Als wegens de vereiste spoed een in het desbetreffende register ingeschreven tolk of vertaler niet tijdig beschikbaar is of als het register voor de desbetreffende taal geen ingeschrevene bevat, kan ook gebruik worden gemaakt van een niet beëdigde tolk of vertaler. Dat moet dan wel met redenen omkleed schriftelijk worden vastgelegd. (*zie noot 22*) Evenmin staat de afnameplicht eraan in de weg dat het verhoor plaatsvindt in een taal die de te horen persoon en de verbalisant in voldoende mate beheersen. (*zie noot 23*)

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever voorshands ervan heeft afgezien om de verplichtingen uit de wet (zoals de afnameplicht) ook van toepassing te laten zijn op de bewijsgaring door en voor bestuursorganen in het kader van bestuurlijke boeteprocedures: (*zie noot 24*)

"De NVvR beveelt aan het wetsvoorstel aan te passen opdat de in artikel 28 genoemde verplichting geldt in alle gevallen waarin artikel 6 lid 3 EVRM van toepassing is. Hierbij wordt met name verwezen naar de bestuurlijke en fiscale boetes. Met het thans voorliggende wetsvoorstel wordt een belangrijke stap gezet ten aanzien van het waarborgen van de rechten van verdachten. Het instrument van de bestuurlijke boete maakt op dit moment een zekere ontwikkeling door. De bestuurlijke boete wordt op dit moment in verschillende wetten geïntroduceerd. Het effect dat het invoeren van de verplichting heeft ten aanzien van deze wetgeving die tal van bestuursorganen raakt wordt nader bestudeerd. In ieder geval mag verwacht worden dat van de introductie van het register en de verplichting zoals opgenomen in artikel 28 een zekere reflexwerking zal uitgaan naar andere zaken. Een bestuursrechter die een zaak behandelt met betrekking tot een bestuurlijke- of fiscale boete kan in het register een tolk vinden die aan kwaliteits- en integriteitseisen voldoet. Het is de verwachting dat indien dit nodig is een dergelijke tolk ook ingeschakeld kan worden."

Bij een latere gelegenheid, te weten de implementatie van Richtlijn 2010/64/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures, PbEU 2010, L 280/1-7, heeft de wetgever tot uitdrukking gebracht dat (ook) die richtlijn en de implementatie daarvan géén betrekking hebben op de bestuurlijke boeteprocedure: (*zie noot 25*)

"De NVvR vroeg in haar advies de relatie tussen dit wetsvoorstel en de bestuurlijke boete uiteen te zetten. Graag geven wij hieraan gevolg. De richtlijn en daarmee dit wetsvoorstel hebben geen betrekking op bestuurlijke boetes. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de betekenis van «criminal charge» in de zin van artikel 6 EVRM, waaronder - zo merkt de

NVvR terecht op - blijkens de rechtspraak van het EHRM ook procedures tot oplegging van een bestuurlijke boete met een bestraffend karakter vallen en het begrip strafprocedures («criminal proceedings») als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de richtlijn. Laatstgenoemd begrip is beperkter dan «criminal charge» als bedoeld in artikel 6 EVRM en omvat niet mede punitieve bestuursrechtelijke boetes. Daarmee is ook de reikwijdte van de richtlijn beperkter dan die van artikel 6 EVRM. In dit verband moet ook worden gewezen op de rechtsgrondslag van de richtlijn neergelegd in artikel 82, tweede lid, onderdeel b, van het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU). Daarin wordt gesproken van minimumvoorschriften betreffende de «rechten van personen in strafvordering» (in het Engels: «the rights of individuals in criminal procedure») die kunnen worden vastgesteld voor zover nodig ter bevordering van de «justitiële samenwerking in strafzaken». Deze begrippen omvatten niet procedures tot oplegging van bestuurlijke boetes."

Ook in de bestuursrechtspraak is aangenomen dat de Wbtv in de bestuurlijke boeteprocedure niet van toepassing is. (*zie noot 26*)

Volledigheidshalve vermeld ik nog dat de afnameplicht sinds 1 maart 2015 is uitgebreid tot:

- a) de bijzondere opsporingsdiensten als bedoeld in artikel 2 Wet op de bijzondere opsporingsdiensten;
- b) Vluchtelingenwerk Nederland;
- c) de Dienst Justitiële Inrichtingen; en
- d) advocaten, voor zover in het kader van de verlening van gesubsidieerde rechtsbijstand als bedoeld in de Wet op de rechtsbijstand. (*zie noot 27*)

Eén van de onder a) bedoelde bijzondere opsporingsdiensten is "een bijzondere opsporingsdienst, ressorterend onder Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid" (*zie artikel 2, aanhef en onder d, van de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten*). Zoals blijkt uit de toelichting op de Regeling uitbreiding afnameplicht Wbtv is die bijzondere opsporingsdienst de Directie Opsporing, één van de (zeven) directies die onder de Inspectie SZW ressorteren (*zie artikel 2, aanhef en onder e, alsmede artikel 13, tweede lid, van het thans geldende Organisatie-, mandaat- en volmachtbesluit SZW 2009*). De Directie Opsporing van de Inspectie SZW wordt uitdrukkelijk niet belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens (onder meer) de Wav (artikel 1.1, derde lid, van de thans geldende Aanwijzingsregeling toezichthoudende ambtenaren en ambtenaren met specifieke uitvoeringstaken op grond van SZW wetgeving). Aan de website van de Inspectie SZW ontleen ik dat op de naleving van (onder meer) de Wav toezicht wordt gehouden door een andere directie van de Inspectie SZW, te weten de Directie Arbeidsmarktfraude. (*zie noot 28*) Daarbij komt dat, zoals hiervoor reeds opgemerkt, de afnameplicht voor de aangewezen diensten en instanties slechts bij de gebruikmaking van tolken of vertalers "in het kader van het strafrecht en het vreemdelingenrecht" geldt en dat de Wbtv niet mede bestuurlijke boetezaken bestrijkt.

De tussenconclusie is dat voor de toezichthouder geen verplichting geldt om bij het afnemen van een verhoor in de procedure tot bestuurlijke boeteoplegging van een beëdigde tolk of vertaler gebruik te maken.

Gebruik van een telefonische tolk

4.1.2 Bij de parlementaire behandeling van de Wbtv is ook het gebruik van een telefonische tolk aan de orde geweest. Daarbij is van beslissende bezwaren tegen inzet van een telefonische tolk niet gebleken: (*zie noot 29*)

"Soms zal het echter niet strikt nodig zijn dat een tolk in persoon aanwezig is. In dat geval gaat vanzelfsprekend de voorkeur uit naar een gerechtstolk die telefonisch tolkt. De ontwikkelingen die thans zichtbaar zijn op het terrein van de beeldverbindingen via telefoon en internet kunnen het in de toekomst vergemakkelijken een gerechtstolk in te zetten die anders zeer ver zou moeten reizen."

Ook artikel 2, zesde lid, van Richtlijn 2010/64/EU sluit (in het kader van de strafprocedure) het gebruik van een telefonische tolk niet uit:

"In voorkomend geval kan gebruik worden gemaakt van communicatietechnologie zoals videoconferentie, telefoon of het internet, tenzij de aanwezigheid van de tolk ter plaatse vereist is om het eerlijke verloop van de procedure te waarborgen."

Aan de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat tot implementatie van de genoemde richtlijn strekte, ontleen ik de navolgende passage: (*zie noot 30*)

"De tolkentelefoon en andere technische hulpmiddelen"

Bijstand van een tolk via de telefoon waarbij de tolk zich op een andere locatie bevindt (de tolkentelefoon) is een effectieve manier om in vertolking te voorzien, vooral in gevallen waarin snelheid is geboden. Zowel de politie als de advocatuur maken hiervan geregeld gebruik voor korte gesprekken. De richtlijn biedt hiervoor de ruimte. Artikel 2, zesde lid, expliciteert dat in voorkomende gevallen gebruik kan worden gemaakt van communicatietechnologie, zoals videoconferentie of telefoon, tenzij de aanwezigheid van de tolk ter plaatse vereist is om het eerlijk verloop van de procedure te garanderen. Hoewel niet meteen sprake zal zijn van het aantasten van het eerlijk verloop van de procedure, zullen veel situaties zich niet of minder goed lenen voor de inzet van een tolkentelefoon. Zo is het in raadkamer, bij de rechter-commissaris en tijdens de terechtzitting de regel dat een tolk ter plekke aanwezig is. Ook tijdens het verhoor door de politie op het politiebureau, zeker in zaken die niet als eenvoudig kunnen worden afgedaan, is de aanwezigheid van een tolk bij het verhoor veelal geboden. Dit laat onverlet dat de techniek voortschrijdt en dat het nuttig is te bezien onder welke voorwaarden de inzet van tolken op afstand met behulp van videoconferentie in strafzaken mogelijk is."

En: (*zie noot 31*)

"Voorgesteld wordt om in artikel 28 een nieuw lid op te nemen waarin wordt bepaald dat, indien voor het overleg tussen de verdachte en zijn raadsman de bijstand van een tolk nodig is, de raadsman verantwoordelijk is voor het oproepen van de tolk. (...) De raadsman is verantwoordelijk voor het oproepen van de tolk. Hiermee wordt bedoeld dat wanneer verdachte en raadsman niet in het Nederlands of een andere taal kunnen communiceren, de raadsman verantwoordelijk is voor het regelen van de bijstand van een tolk. Hierbij kan ook - zoals in de huidige praktijk geregeld gebeurt - gebruik worden gemaakt van de tolkentelefoon. Onderhavige bepaling vereist niet dat de tolk fysiek aanwezig is."

Ook de Aanwijzing bijstand van tolken en vertalers bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten staat voor enkele nader omschreven verhoorsituaties (verhoor ter plaatse, mededeling op het politiebureau/voorgeleiding, verhoor gedurende ophouding voor onderzoek en overleg tussen raadsman en aangehouden verdachte voor het eerste verhoor) uitdrukkelijk toe dat van een telefonische tolk gebruik wordt gemaakt. (*zie noot 32*)

Relevante uitspraken van de strafrechter waarin specifiek over de inzet van een telefonische tolk wordt geoordeeld, zijn mij niet bekend. De bestuursrechter heeft het gebruik van een

telefonische tolk in bestuurlijke boeteprocedures echter bij herhaling geaccepteerd. (zie noot 33)

De tussenconclusie luidt dat geen rechtsregel aan het gebruik van een telefonische tolk in de weg staat, noch in bestuurlijke boeteprocedures, noch overigens in strafprocedures. Er bestaat in het kader van de bestuurlijke boete derhalve geen verplichting om uitsluitend gebruik te maken van een tolk die fysiek bij het verhoor aanwezig is.

2.) Moeten gevolgen worden verbonden aan de omstandigheid dat een ten overstaan van een toezichthouder afgelegde verklaring niet door de betrokken ambtenaar en/of de verhoorde is ondertekend? Zo ja, welke?

Het strafprocesrecht

4.2.1 In het strafproces gelden schriftelijke bescheiden als bewijsmiddel (artikel 339, eerste lid, aanhef en onder 5o, Sv). Een bijzondere categorie daarvan vormen de processen-verbaal, in de wettelijke vorm opgemaakt door daartoe bevoegd zijnde personen (artikel 344, eerste lid, aanhef en onder 2o, Sv).

4.2.2 Aan een door een (bevoegde) opsporingsambtenaar op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal wordt bijzondere bewijskracht toegekend. Volgens artikel 344, tweede lid, Sv kan de rechter het bewijs dat de verdachte het tenlastegelegde feit heeft gepleegd, op grond van (slechts) het proces-verbaal van een opsporingsambtenaar aannemen. Het proces-verbaal zal dan wel door de opsporingsambtenaar (op ambtseed of -belofte) moeten zijn ondertekend; dat behoort tot de in artikel 344, eerste lid, aanhef en onder 2o, Sv bedoelde wettelijke vorm waarin het proces-verbaal moet worden opgemaakt (zie artikel 153 Sv, dat in zijn tweede lid voorschrijft dat het proces-verbaal door de opsporingsambtenaar persoonlijk wordt opgemaakt, gedagtekend en ondertekend). Niet-ondertekende processen-verbaal missen de hiervoor bedoelde extra bewijskracht.

Eventuele gebreken in het proces-verbaal kunnen echter worden hersteld. Zo kan de ontbrekende handtekening door de verbalisant alsnog worden geplaatst. Het is ook mogelijk dat een aanvullend proces-verbaal wordt opgemaakt, waarin de verbalisant verklaart op welke datum het eerdere proces-verbaal door hem is gesloten en ondertekend of waarin hij alsnog verklaart dat het eerdere proces-verbaal door hem op ambtseed is opgemaakt. De verbalisant kan ook een geheel nieuw proces-verbaal opmaken dat wel aan alle eisen van artikel 153 Sv voldoet en waarin hij herhaalt wat al eerder is gerelateerd. (zie noot 34) Voorts kunnen niet-ondertekende (en in zoverre ook niet herstelde) processen-verbaal wel als "overige geschriften" voor het bewijs meewerken, maar dan slechts in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen (artikel 344, eerste lid, aanhef en onder 5o, Sv). (zie noot 35)

4.2.3 Voor zover in een (ambtsedig) proces-verbaal de verklaring van een verdachte of een getuige wordt weergegeven, is geen afzonderlijke ondertekening van die verklaring door de opsporingsambtenaar vereist; de ondertekening van het proces-verbaal als zodanig volstaat.

4.2.4 De ondertekening door de verhoorde persoon (verdachte of getuige) maakt geen onderdeel uit van de in boek 2, titel 1, afdeling 3 Sv voorgeschreven vorm van een door een opsporingsambtenaar opgemaakt proces-verbaal. In de praktijk pleegt echter wel om ondertekening te worden gevraagd en wordt, als ondertekening achterwege blijft, doorgaans van de reden daarvan melding gemaakt. Die praktijk is kennelijk ingegeven door artikel 174 Sv, dat voorschrijft dat in het kader van het onderzoek door de rechter-commissaris in strafzaken iedere getuige, deskundige of verdachte zijn verklaring ondertekent nadat die hem is voorgelezen of door hem is gelezen en hij heeft verklaard daarbij te volharden en dat bij

gebreke van ondertekening de weigering of de oorzaak van het beletsel wordt vermeld.

4.2.5 Voor alle gevallen waarin iemand als verdachte wordt gehoord, schrijft artikel 29a, derde lid, Sv sedert 1 maart 2017 voor dat, indien de verdachte met de weergave van zijn verklaringen in het proces-verbaal instemt, hij deze ondertekent:

"Aan de verdachte en, voor zover deze het verhoor heeft bijgewoond, aan de raadsman wordt de gelegenheid geboden om opmerkingen te maken over de weergave van het verhoor in het proces-verbaal. Deze opmerkingen worden onverwijld aan de verhorende ambtenaar verstrekt en worden, voor zover zij niet worden overgenomen, in het proces-verbaal vermeld. Indien de verdachte met de weergave van zijn verklaring instemt, ondertekent hij deze."

Deze bepaling werd geïntroduceerd bij de Wet van 17 november 2016, houdende wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met aanvulling van bepalingen over de verdachte, de raadsman en enkele dwangmiddelen. (*zie noot 36*) Directe aanleiding vormde de implementatie van Richtlijn 2013/48/EU, onder meer met betrekking tot het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures. (*zie noot 37*) In de woorden van de memorie van toelichting bij het desbetreffende wetsvoorstel zorgt dat wetsvoorstel ervoor "dat de in het implementatiewetsvoorstel opgenomen regeling wordt ingebed in de eerste fase van het voorbereidend onderzoek". (*zie noot 38*)

4.2.6 Bewijsrechtelijke consequenties heeft het ontbreken van een handtekening van de verhoorde persoon (ook onder het sedert 1 maart 2017 voor de verdachte geldende regime) naar mijn mening niet. Hooguit kan het ontbreken van een handtekening aanleiding geven tot een discussie over de betrouwbaarheid van de weergave. Omgekeerd kan het wel ondertekend zijn van het proces-verbaal door met name de verdachte latere verweren over een onjuiste weergave van de verklaring in het proces-verbaal minder aannemelijk maken.

Het punitieve bestuursprocesrecht

4.2.7 Volgens artikel 5:48, tweede lid, van de Awb vermeldt het zogenaamde boeterapport, dat onder omstandigheden verplicht moet worden opgemaakt (*zie artikel 5:53 van de Awb*), de naam van de overtreder, de overtreding alsmede het overtreden voorschrift en zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd. Van een ondertekening van het rapport, laat staan van een ondertekening van de daarin opgenomen verklaringen door de verhoorde personen, wordt in de Awb niet gerept. Dat is niet verwonderlijk, nu de wetgever van de Awb uitdrukkelijk ervoor heeft gekozen het boeterapport niet teveel status te geven. (*zie noot 39*) Bij die stand van zaken kan niet worden aangenomen dat de Awb ertoe dwingt rechtsgevolgen te verbinden aan het ontbreken van de handtekening van de betrokken ambtenaar en/of de verhoorde persoon.

4.2.8 De bestuursrechtspraak pleegt aan rapporten die een rol spelen bij de bestuurlijke handhaving echter verdergaande eisen te stellen. Zo overwoog de Afdeling met betrekking tot de invordering van een dwangsom: (*zie noot 40*)

"Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 13 juni 2012, [ECLI:NL:RVS:2012:BW8183](#), dient aan een invorderingsbesluit een deugdelijke en controleerbare vaststelling van relevante feiten en omstandigheden ten grondslag dient te liggen. Dit brengt met zich dat de waarneming van feiten en omstandigheden die leiden tot verbeurte van een dwangsom dient te worden gedaan door een ter zake deskundige medewerker van het bevoegd gezag en dat bevindingen op schrift worden gesteld. Het geschrift dient in beginsel ten minste te bevatten de plaats, het tijdstip en de datum van de waarneming, een inzichtelijke beschrijving van de gehanteerde werkwijze en een inzichtelijke beschrijving van hetgeen is waargenomen. Dit geschrift dient voorts te zijn voorzien van een

ondertekening door de opsteller en een dagtekening."

Uit het vervolg van de geciteerde uitspraak blijkt dat het niet fataal hoeft te zijn als niet in ieder opzicht aan de bedoelde eisen wordt voldaan:

"Zoals de Afdeling verder eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 27 augustus 2014, [ECLI:NL:RVS:2014:3218](#) betekent het niet volledig voldoen aan bovenvermelde vereisten niet in alle gevallen dat een deugdelijke en controleerbare vaststelling als hier bedoeld ontbreekt. Ook op basis van ander bewijsmateriaal, zoals foto's, kan een deugdelijke en controleerbare, vaststelling van de relevante feiten en omstandigheden plaatsvinden. Zoals in de uitspraak van de Afdeling van 25 november 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:3632](#) is overwogen, laat deze nuancering onverlet dat de waarneming van feiten en omstandigheden die leiden tot verbeurte van een dwangsom dient te worden gedaan door een ter zake deskundige medewerker van het bevoegd gezag."

In verband met het grote belang dat wordt gehecht aan de deskundigheid van de medewerker van het bevoegd gezag op wiens waarneming van feiten en omstandigheden het betrokken bestuursorgaan afgaat, kan ook aan de eis van ondertekening van diens bevindingen bijzondere betekenis toekomen. Zonder ondertekening zou het immers onmogelijk kunnen zijn om de opsteller van het rapport te identificeren en om vast te stellen of het rapport al dan niet op ambtseed of ambtsbelofte is opgemaakt. Identificatieproblemen kunnen zich niet alleen als gevolg van het ontbreken van een handtekening, maar ook als gevolg van een onleesbare ondertekening van het betrokken rapport voordoen. (*zie noot 41*)

De geciteerde uitspraak lijkt overigens te impliceren dat het ontbreken van een ondertekening met zich brengt dat steeds aanvullend bewijs is vereist. Die laatste opvatting zou kunnen zijn ingegeven door een analogie met het niet-ondertekende proces-verbaal, waaraan de bijzondere bewijskracht van artikel 344, tweede lid, Sv niet toekomt. Voor een dergelijke analogie zie ik in het bestuursprocesrecht (en óók in het punitieve bestuursprocesrecht) echter onvoldoende grond. In het strafprocesrecht gaat het om een bewijsmiddel met bijzondere bewijskracht, dat zijn bewijskracht in zoverre verliest, als het proces-verbaal niet in de wettelijk vereiste vorm is opgemaakt. Het boeterapport heeft echter geen bijzondere bewijskracht, (*zie noot 42*) laat staan een bijzondere bewijskracht die afhankelijk is gesteld van de strikte inachtnaam van wettelijke vormvoorschriften; daarbij komt dat wettelijke vormvoorschriften juist met betrekking tot de ondertekening van het boeterapport ontbreken.

Iets anders is dat volgens vaste jurisprudentie in beginsel van de juistheid van een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt boeterapport mag worden uitgegaan. (*zie noot 43*) Naar ik aanneem, berust het vertrouwen op een dergelijk rapport op het feit dat het op ambtseed of ambtsbelofte is opgemaakt; althans in een geval waarin, ondanks het ontbreken van een (leesbare) handtekening, de identiteit van de onder ambtseed of ambtsbelofte handelende opsteller van het rapport onomstotelijk vaststaat, zie ik geen reden waarom het enkele ontbreken van een (leesbare) handtekening het rapport minder betrouwbaar zou maken en de bewijswaarde van het rapport in die mate zou aantasten dat steeds nader bewijs noodzakelijk zou zijn. Uiteraard kan naast een boeterapport nader bewijs zijn vereist, maar dat zal naar mijn mening althans mede op een beoordeling van de inhoud van het rapport moeten berusten.

Voor zover ik kan overzien verbinden het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep aan het ontbreken van een handtekening niet de consequentie dat (althans zonder nader bewijs) niet van de juistheid van een controle- of boeterapport mag

worden uitgegaan, (zie noot 44) terwijl ook de Afdeling niet steeds nadere bewijsmiddelen lijkt te verlangen. (zie noot 45) Zoals in het voorgaande ligt besloten, acht ik die benadering juist.

Ten slotte herinner ik aan de ruimhartige mogelijkheden in het strafprocesrecht om gebreken in een proces-verbaal in de zin artikel 344, eerste lid, aanhef en onder 2o, Sv te herstellen; naar mijn mening zullen in het punitieve bestuursprocesrecht gelijke mogelijkheden moeten worden aangenomen, ook met betrekking tot het ontbreken van een (leesbare) ondertekening van het boeterapport.

4.2.9 Alhoewel de Awb niet ertoe verplicht dat de gehoorde persoon zijn of haar verklaring ondertekent, kan aan de al dan niet ondertekening van de verklaring bij de beoordeling van de bewijswaarde daarvan betekenis toekomen. De bestuursrechter acht het enkele feit dat een verklaring niet is ondertekend, (naar mijn mening terecht) echter onvoldoende om aan te nemen dat de verklaring onjuist zou zijn weergegeven. (zie noot 46) In dit verband geldt hetgeen hiervoor reeds met betrekking tot het strafprocesrecht werd opgemerkt: het ontbreken van een handtekening kan aanleiding geven tot een discussie over de betrouwbaarheid van de weergave, terwijl omgekeerd het ondertekend zijn van een verklaring de ruimte voor een beroep op de onjuistheid daarvan juist verkleint. (zie noot 47)

Tussenconclusie

4.2.10 Reeds met het oog op de identificatie van de opsteller van het boeterapport mag in de regel worden verlangd dat het rapport door hem wordt ondertekend. Het ontbreken van een handtekening behoeft echter geen bewijsrechtelijke consequenties te hebben, als de identiteit van de opsteller van het rapport op andere wijze onomstotelijk kan worden vastgesteld.

Gelet op de inmiddels in het Wetboek van Strafvordering opgenomen regeling ligt het voorts in de rede om ook voor het (punitieve) bestuursprocesrecht aan te nemen dat degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, zijn verklaring ondertekent indien hij met de weergave daarvan kan instemmen. Het ontbreken van een ondertekening behoeft geen dwingende bewijsrechtelijke consequenties te hebben, maar laat wel meer ruimte voor discussie over de juistheid van de verklaring.

Als getuigen gehoorde personen behoeven hun verklaring niet te ondertekenen, alhoewel ondertekening gewenst is om latere discussies over de juistheid van de verklaring zoveel mogelijk te beperken.

Op de aan de vastlegging van verklaringen te stellen eisen kom ik bij de beantwoording van de vierde vraag nog terug.

3.) Ingevolge artikel 5:10a van de Awb is degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen. Voorafgaand aan dergelijke verhoren dient aan de verhoorde de cautie te worden gegeven. De grens tussen onderzoek in het kader van toezicht en boeteoplegging is in sommige gevallen vaag. Welke criteria gelden er, mede gelet op het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 5 april 2012, Chambaz tegen Zwitserland, ECLI:CE:ECHR:2012:0405JUD001166304, voor de beoordeling of een verhoor met voormeld oogmerk plaatsvindt? Dient bij een controle- of inspectiebezoek de cautie te worden gegeven? Zo ja, onder welke omstandigheden, op welk moment en aan welke personen?

Het strafprocesrecht

4.3.1 De cautieplicht in het strafproces is vastgelegd in artikel 29 Sv. Zij geldt bij het verhoren van de verdachte. Daaronder wordt blijkens artikel 27 Sv (voor zover hier van belang) verstaan degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit. Dit betreft een "nationaal-rechtelijk" voorschrift; het staat begripsmatig los van de vraag of van een "criminal charge" als bedoeld in artikel 6 van het EVRM sprake is.

4.3.2 Schending van de cautieplicht kan in het strafproces leiden tot bewijsuitsluiting, voor zover het betreft een in het vooronderzoek (naar het uiteindelijk vervolgte strafbare feit) begaan vormverzuim. (*zie noot 48*) Een en ander valt onder paraplu van artikel 359a Sv. Volgens het eerste lid van dat artikel kan de rechter, indien blijkt dat bij het voorbereidend onderzoek vormen zijn verzuimd die niet meer kunnen worden hersteld en de rechtsgevolgen hiervan niet uit de wet blijken, (i) de straf verlagen, (ii) de resultaten van het onderzoek uitsluiten van het bewijs van het tenlastegelegde feit of (iii) het openbaar ministerie niet ontvankelijk verklaren, als door het verzuim geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak die aan de beginselen van een behoorlijke procesorde voldoet. Volgens artikel 359a, tweede lid, Sv houdt de rechter bij de toepassing van het eerste lid rekening met het belang dat het geschonden voorschrift dient, de ernst van het verzuim en het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt. Daarbij geldt het algemene leerstuk van de "Schutznorm" of relativiteitseis. Ten aanzien van andere personen dan de verdachte geldt de onrechtmatigheid in beginsel niet. (*zie noot 49*)

EVRM en cautie

4.3.3 Binnen de termen van artikel 6 van het EVRM geldt, zodra er sprake is van een "criminal charge", de bescherming tegen gedwongen "self-incrimination". Dat vloeit voort uit de algemene eis van een "fair hearing".

In Nederland is dat bijvoorbeeld aan de orde geweest bij de inlichtingenplicht die op de eigenaar/houder van een motorrijtuig rust, als met het betreffende voertuig een misdrijf is begaan (thans artikel 165 van de Wegenverkeerswet 1994). Als tegen de normadressaat van de vordering tot bekendmaking van de naam en het volledige adres van de bij de ontdekking van het feit onbekend gebleven bestuurder reeds een handeling is verricht, waaruit hij in redelijkheid kan opmaken dat hij als schuldige aan het misdrijf wordt aangemerkt (met andere woorden: als reeds sprake is van een "criminal charge"), mag de vordering niet tot hem worden gericht. (*zie noot 50*)

Naar uit het Straatsburgse arrest Saunders tegen Verenigd Koninkrijk (*zie noot 51*) wordt afgeleid, kan uit het beginsel van een "fair hearing" tevens voortvloeien dat verklaringen die via een inlichtingenplicht (en dus onder een zekere dwang) in de controlefase zijn verkregen, niet mogen meewerken als bewijsmiddel in het geval dat tegen de verhoorde persoon een vervolging is ingesteld. (*zie noot 52*) In dat verband wordt wel van reflexwerking van het zwijgrecht gesproken. (*zie noot 53*)

4.3.4 In de benadering van het EHRM geldt het zwijgrecht vanaf het tijdstip dat sprake is van een "criminal charge". Vaak wordt aangenomen dat van een "criminal charge" sprake is vanaf "het moment waarop vanwege de Staat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlelen dat het OM een strafvervolging tegen hem zal instellen." (*zie noot 54*) In artikel 5:10a van de Awb, dat het zwijgrecht en de cautie in het punitieve bestuursrecht vastlegt, is voor een andere formulering gekozen; volgens die formulering is bepalend (het moment) dat iemand wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Voor die

formulering is aangeknoopt bij het begrip "verhoor", dat volgens de nota naar aanleiding van het verslag ook in het strafrecht (en het fiscale recht) als ijkpunt wordt gehanteerd voor het zwijgrecht. Naar zich uit de wetsgeschiedenis voorts laat afleiden, is met de woorden "wordt verhoord" bedoeld dat naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat van een "verhoor" met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete sprake is. (zie noot 55) Dat sluit het zwijgrecht (en de cautieplicht) in een fase waarin het bestuursorgaan (nog) niet serieus overweegt de overtreding punitief af te doen, uit. (zie noot 56)

De Centrale Raad van Beroep heeft in een (in zijn eigen woorden) door de rechtspraak van het EHRM gekleurde uitleg van artikel 10a van de Awb een cautieplicht aangenomen in alle gevallen waarin een betrokkene niet kan uitsluiten dat een door hem gevraagde verklaring aan een boetebesluit ten grondslag zal worden gelegd. Zie onder meer CRvB 30 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3288, Gst. 2017/7 m.nt. H. van Deutekom: (zie noot 57)

"Omdat ingevolge artikel 6 van het EVRM bij een boeteoplegging naar aanleiding van een schending van de inlichtingenverplichting een aantal minimumwaarborgen in acht moet worden genomen, kleurt de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over dat artikel de uitleg die de Raad geeft aan onder meer artikel 5:10a van de Awb. Uit vaste rechtspraak in sociale zekerheidszaken volgt dat bestuurlijke boetebesluiten niet mogen worden gebaseerd op verklaringen die tijdens een verhoor zijn afgelegd, indien voorafgaand aan het verhoor niet is gewezen op het zwijgrecht, terwijl betrokkene niet kon uitsluiten dat zijn verklaring aan een boetebesluit ten grondslag zou worden gelegd. Indien een belastende verklaring wordt afgelegd zonder dat voorafgaand daaraan de cautie is verstrekt of indien druk is uitgeoefend, zodat die verklaring niet in vrijheid is afgelegd, dient dit materiaal dat niet onafhankelijk van de wil van betrokkene is verkregen te worden uitgesloten van het bewijs voor de boeteoplegging. In dit verband wordt gewezen op de uitspraak van 1 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2607."

Aan deze rechtspraak ligt kennelijk de opvatting ten grondslag, dat van een "criminal charge" reeds sprake is, als de te verhoren persoon niet kan uitsluiten dat zijn verklaring aan een boetebesluit ten grondslag zal worden gelegd. Ik kan die opvatting niet volgen. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, wordt in het licht van de rechtspraak van het EHRM vrij algemeen aangenomen dat van een "criminal charge" eerst sprake is vanaf "het moment waarop vanwege de Staat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlelen dat het OM een strafvervolgning tegen hem zal instellen." Of betrokkene aan een vanwege de overheid verrichte handeling in redelijkheid de verwachting heeft kunnen ontlelen dat een strafvervolgning tegen hem zal worden ingesteld (c.q. een bestuurlijke boete aan hem zal worden opgelegd), is naar strekking en inhoud een wezenlijk ander (en veel enger) criterium dan het criterium of de te verhoren betrokkene strafvervolgning (c.q. bestuurlijke boeteoplegging) niet kan uitsluiten. Het door de Centrale Raad van Beroep ontwikkelde criterium verwijdt zich naar mijn mening voorts te ver van het "eigen" criterium van artikel 10a van de Awb van een verhoor met het oog op bestuurlijke boeteoplegging, volgens welk criterium naar objectieve maatstaven moet worden vastgesteld dat het bestuursorgaan ten tijde van het verhoor boeteoplegging reeds serieus overweegt. De afwijking van het wettelijke criterium klemmt temeer, nu de wetgever van de Awb een criterium waarin de enkele mogelijkheid van boeteoplegging voor het activeren van de cautieplicht zou volstaan, uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen: (zie noot 58)

"Ook de Raad van State heeft in diverse adviezen kritiek geuit op de in de desbetreffende

wetsvoorstellen overgenomen formulering van het voorontwerp. De Raad suggereerde daarbij om het zwijgrecht te laten gelden vanaf het tijdstip waarop de betrokkene aan een jegens hem verrichte handeling vanwege de overheid in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat hij wordt ondervraagd ter zake van een overtreding die tot het opleggen van een bestuurlijke boete kan leiden (zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, 1998/99, 26 363 A, p. 4, wijziging Postwet (...)).

(...)

De door de Raad van State in het hiervoor aangehaalde advies over het ontwerp-Postwet voorgestelde formulering van het zwijgrecht achten wij in ieder geval te ruim. Als reeds voldoende zou zijn dat de ondervraging betrekking heeft op een overtreding die tot het opleggen van een bestuurlijke boete kan leiden, zou het zwijgrecht ook reeds bestaan in een fase waarin nog niet gekozen is tussen het optreden met een herstelsanctie of met een bestraffende sanctie en zelfs wanneer al is gekozen voor een herstelsanctie. Dat gaat veel verder dan artikel 6 EVRM eist en ook verder dan het strafrecht en zou de handhaving te zeer belemmeren.

Alles afwegende stellen wij daarom voor te bepalen dat aan een persoon het zwijgrecht toekomt, zodra hij met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie wordt verhoord. Deze formulering maakt in de eerste plaats duidelijk dat het gaat om situaties waarin het bestuursorgaan serieus overweegt om de overtreding «punitief» af te doen. Het bestuursorgaan overweegt derhalve niet (langer) om (alleen) een herstelsanctie op te leggen. De terminologie «wordt verhoord» in plaats van «wordt ondervraagd» sluit aan bij het strafrecht en het fiscale recht. Zij onderstreept mede daardoor nog eens dat het recht om te zwijgen geldt bij vragen die zijn gericht op bestraffing, niet bij vragen die (tevens) zijn gericht op andere bestuurstaken, zoals bijvoorbeeld de belasting- of premieheffing. Dit is van belang voor de afbakening tussen het zwijgrecht en bestuursrechtelijke inlichtingenplichten."

Een cautieplicht in het door de Centrale Raad van Beroep bedoelde stadium (het stadium waarin de betrokkene bestuurlijke boeteoplegging niet kan uitsluiten) kan ertoe leiden dat het onderzoek door de toezichthouder wordt bemoeilijkt, óók voor zover het onderzoek tot toezicht strekt en wellicht in het geheel niet in bestuurlijke boeteoplegging zal uitmonden. Annotator Van Deutekom spreekt in dat verband in Gst. 2017/7 terecht van een dilemma waarvoor het bedoelde criterium het bestuursorgaan stelt:

"16. Zo ontstaat voor de uitvoeringspraktijk een dilemma bij het voorbereidende onderzoek naar mogelijke uitkeringsfraude. Wordt zwaar ingezet op de medewerkings- en inlichtingenplicht, en daarbij enige druk toegepast, dan kan dit een gunstig resultaat opleveren ten aanzien van de intrekking en terugvordering van bijstand. Het kan er echter tevens toe leiden dat de mogelijkheden om een boete op te leggen worden beperkt door de ontbrekende tijdige cautie. Wordt de cautie echter wel tijdig toegepast, dan is het denkbaar dat dit de mogelijkheden voor intrekking en terugvordering beperkt. Daar staat dan wel weer tegenover dat toekomstige knelpunten ten aanzien van het nog te nemen boetebesluit worden voorkomen. Zie over dit dilemma ook mijn bijdrage 'Bijstand, boetes en beleidsvrijheid', in PS Documenta 2013/14/184, p. 1197 e.v.

17. In de praktijk kan dit dilemma wel tot calculerend gedrag van handavingsmedewerkers leiden. Mede omdat de boete bij uitkeringsfraude geen populair sanctie-instrument is bij veel gemeentebesturen, is mijn indruk dat in de contacten met de belanghebbende vooral gefocust wordt op het rondkrijgen van het bewijs met betrekking tot intrekking en terugvordering. Dat daarbij het 'horen' een 'verhoor' geworden kan zijn, en afbreuk doet aan

de legitimiteit van een nog op te leggen boete, wordt dan van ondergeschikt belang geacht. 18. Eindconclusie is dat de omstreden boetewetgeving niet alleen vanuit de rechtspraak wordt gecorrigeerd, waar het de hoogte van de boetes aangaat, maar ook door de stevige eisen voor rechtsgeldige boetebesluiten die voortvloeien uit artikel 6 EVRM. Dit leidt tot een verdere marginalisering van het instrument bestuurlijke boete bij de uitvoering van de socialezekerheidswetgeving. Er zijn vermoedelijk maar weinigen die deze ontwikkeling betreuren."

Bij de bedoelde rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep teken ik ten slotte aan dat het naar mijn mening niet noodzakelijk is de "criminal charge" geforceerd te vervroegen, als wordt uitgegaan van de hiervoor (onder 4.3.3) genoemde reflexwerking van het zwijgrecht. Ook zonder dat in het aan het intreden van de "criminal charge" voorafgaande stadium van een cautiëplicht sprake is, kan in dat stadium onder een zekere dwang (en zonder - onverplichte - cautië) van de verhoorde persoon verkregen materiaal van bewijs worden uitgesloten, in het geval dat aan die persoon uiteindelijk een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Dat geldt althans voor wilsafhankelijk materiaal, dat wil zeggen materiaal dat niet onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat. Op de begrippen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal ga ik hieronder nader in, evenals op het dispuut over de vraag of wilsonafhankelijk materiaal alsnog als wilsafhankelijk materiaal moet worden aangemerkt, indien het slechts met medewerking van de betrokkene kan worden verkregen. (zie noot 59)

4.3.5 Naar uit de rechtspraak van het EHRM wordt afgeleid, (zie noot 60) valt zogenaamd wilsonafhankelijk materiaal niet onder het zwijgrecht. In Saunders tegen Verenigd Koninkrijk overwoog het EHRM:

"69. The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing. (...)"

Zoals Jörg dat uitdrukt, staat Saunders voor een dubbel onderscheid: niet alleen voor het onderscheid al naar gelang al dan niet van een "criminal charge" sprake is, maar ook voor het onderscheid of van wilsonafhankelijk dan wel wilsafhankelijk materiaal sprake is. Jörg vat de Nederlandse rechtspraak over dit dubbele onderscheid aldus samen dat, ook indien sprake is van een "criminal charge", dwang om gegevens te verschaffen die een (fysiek) bestaan hebben los van de wil van degene die ze produceert (bloedproef, ademanalyse, DNA, documenten), niettemin toelaatbaar is. (zie noot 61)

4.3.6 Het Straatsburgse arrest Chambaz tegen Zwitserland is vooral in verband gebracht met de vraag of dwang bij de verkrijging van wilsonafhankelijke gegevens deze gegevens tot wilsafhankelijke maakt. In de literatuur wordt bestreden dat het arrest Saunders nog zonder meer het huidige standpunt van het EHRM zou weergeven; verdedigd wordt dat het arrest Chambaz de Saunders-rechtspraak (verregaand) heeft genuanceerd. (zie noot 62) Jörg verdedigt met een beroep op de post-Chambaz-rechtspraak van de Hoge Raad en de considerans van Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (zie noot 63) dat wilsonafhankelijk materiaal niet door de wijze van verschaffen daarvan (al dan niet onder

dwang) van karakter verandert. (*zie noot 64*)

Voor de beoordeling van de vraag of een verhoor plaatsvindt met het oogmerk van boeteoplegging, acht ik het arrest Chambaz tegen Zwitserland niet van belang. Dat arrest betreft niet de vraag of het verhoor al dan niet met een "criminal charge" verband houdt, maar de vraag of met dat verhoor wilsafhankelijk dan wel wilsonafhankelijk materiaal wordt verzameld.

Het punitieve bestuursprocesrecht

4.3.7 Dat het niet altijd eenvoudig zal zijn om aan de hand van het criterium van artikel 5:10a van de Awb (en aan de hand van hetgeen naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld) tussen het op toezicht en het op boeteoplegging gerichte stadium van het onderzoek te onderscheiden, acht ik in verband met de eerder genoemde reflexwerking van het zwijgrecht uit oogpunt van rechtsbescherming weinig problematisch. Het ontbreken van de cautie heeft immers tot gevolg dat wilsafhankelijk materiaal, ongeacht of dit (onder dwang) in het op toezicht dan wel het op boeteoplegging gerichte stadium van het onderzoek is verkregen, niet als bewijsmiddel mag meewerken, wanneer aan de verhoorde persoon uiteindelijk een boete wordt opgelegd. Op het geval dat een verhoor "van kleur verschiet" in verband een tijdens het verhoor tegen de verhoorde persoon gerezen verdenking, kom ik hierna overigens nog terug.

4.3.8 De handhavende instanties moeten de cautie geven aan een persoon die wordt verhoord met het oog op een aan hem op te leggen sanctie. Aan getuigen behoeft de cautie niet te worden gegeven. Uit de wet en het EVRM vloeit niet voort dat in het kader van een controlebezoek waarbij vragen worden gesteld de cautie moet worden gegeven. Indien er sprake is van een wettelijk gesanctioneerde inlichtingenplicht en de te horen persoon derhalve het risico loopt te worden bestraft indien hij geen antwoord geeft op aan hem gestelde vragen, zal de verhorende ambtenaar echter goed eraan doen zich tevoren af te vragen of de betrokken persoon wellicht in een later stadium zou kunnen worden aangemerkt als degene aan wie een (bestuurlijke) bestraffende sanctie dient te worden opgelegd. Het geven van de cautie kan de later eventueel aan de verklaringen toekomende "bewijswaarde" veiligstellen. Anderzijds kan het beantwoorden van de gestelde vragen dan uiteraard niet meer worden afgedwongen.

4.3.9 Volledigheidshalve vermeld ik ten slotte dat de situatie zich kan voordoen dat tijdens het verhoor van een getuige ten aanzien van die getuige een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit rijst, waardoor het verhoor als het ware "van kleur verschiet". In verband met een dergelijke overgang van de positie van getuige naar verdachte bevat het Wetboek van Strafvordering sedert 1 maart 2017 (*zie noot 65*) een speciaal vormvoorschrift, dat zich tot de verhorende ambtenaar richt. In een nieuw artikel 27d Sv staat:

1. De opsporingsambtenaar die een persoon uitnodigt om een verklaring af te leggen, deelt daarbij mee of deze als getuige of als verdachte wordt gehoord.
2. Indien ten aanzien van een als getuige gehoorde persoon gedurende het verhoor een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit ontstaat als bedoeld in artikel 27, eerste lid, doet de verhorende opsporingsambtenaar, indien deze het verhoor wil voortzetten, aan deze persoon de in artikel 27c, eerste en tweede lid, genoemde mededelingen.

Het eerste en tweede lid van artikel 27c Sv waarnaar artikel 27d verwijst, betreffen de informatieplichten jegens een staande gehouden of aangehouden respectievelijk een niet aangehouden verdachte, die recht heeft op de mededeling ter zake van welk strafbaar feit hij

als verdachte wordt aangemerkt respectievelijk op informatie over het recht op rechtsbijstand en, indien van toepassing, op vertolking en vertaling, dit alles onverminderd de cautieplicht. Dat vanaf het moment van ontstaan van een verdenking de cautie moet worden gegeven vloeit nog steeds rechtstreeks uit artikel 29 Sv voort.

Het is voorstelbaar dat, ondanks de eigen formulering van artikel 5:10a van de Awb, een "toezichtverhoor" van een getuige als gevolg van hetgeen de getuige verklaart "van kleur verschiet" en bij voortzetting daarvan (mede) op het opleggen van een bestraffende sanctie aan degene die wordt verhoord zou zijn gericht, in welk geval de in artikel 5:10a, tweede lid, van de Awb bedoelde cautie vóór de daadwerkelijke voortzetting van het verhoor dient te worden gegeven.

4.) Welke eisen gelden er voor de vastlegging van een ten overstaan van een toezichthouder afgelegde verklaring?

Materiële eisen

4.4.1 In het strafproces geldt als uitgangspunt dat een verklaring van een getuige op de terechtzitting inhoudt een mededeling van feiten of omstandigheden welke hijzelf heeft waargenomen of ondervonden (artikel 342 Sv). Gissingen of conclusies behoren daarin geen plaats te hebben.

Het Wetboek van Strafvordering voorziet niet in een regeling van de verklaring die een getuige in het vooronderzoek tegenover een opsporingsambtenaar aflegt.

Getuigenverklaringen die anders dan ter terechtzitting tot stand komen, spelen in het strafproces niettemin een belangrijke rol, zij het dat zij in dat geval via een ander bewijsmiddel aan de rechter worden overgebracht. De eisen die aan een dergelijk "testimonium de auditu" worden gesteld, corresponderen gedeeltelijk met de toelaatbaarheidseisen van artikel 342 Sv. (*zie noot 66*)

Binnen het strafrecht is een uitgebreid corpus aan jurisprudentie over de eis dat de getuigenverklaring een mededeling omvat van feiten of omstandigheden die de getuige zelf heeft waargenomen of ondervonden. (*zie noot 67*)

Uit die rechtspraak blijkt dat de grens tussen een mededeling van feiten of omstandigheden die de getuige zelf heeft waargenomen of ondervonden enerzijds, en uitgesloten gissingen en conclusies anderzijds, niet altijd eenvoudig valt te trekken. Zo wordt een gissing door de strafrechter nogal eens geherformuleerd (en toegelaten) als een bij de getuige opgekomen gevoel of gedachte, zij het dat de Hoge Raad in dat verband wel de eis lijkt te stellen dat een dergelijke gedachte naar aanleiding van een "echte" waarneming is opgekomen. (*zie noot 68*) Gissingen worden ook wel eens geherformuleerd (en toegelaten) als uitvloeisel van hetgeen een algemene ervaringsregel naar aanleiding van een bepaalde waarneming ingeeft; zo is de verklaring dat iemand zich gedroeg alsof hij het slachtoffer te hulp wilde komen, voor eigen waarneming of ondervinding vatbaar. (*zie noot 69*) Ook in de verklaring gemaakte voorbehouden ("naar mijn mening", "dacht ik", "voor zover ik weet" et cetera) behoeven aan de toelaatbaarheid van de verklaring niet in de weg te staan; volgens de Hoge Raad kan een dergelijk voorbehoud ook weergegeven dat de getuige zich van de feilbaarheid van de menselijke waarneming en zijn geheugen bewust is, hetgeen aan de toelaatbaarheid van de verklaring geen afbreuk doet. (*zie noot 70*)

Ook een verklaring die een conclusie van de getuige behelst, kan toelaatbaar zijn voor zover daarmee gedachten of gevoelens worden weergegeven die bij de getuige naar aanleiding van gerelateerde waarnemingen zijn opgekomen. Ook meer in het algemeen geldt, dat de grens

tussen waarnemingen en conclusies niet heel scherp is. Zo wezen Blok en Besier reeds erop dat iedere waarneming uiteindelijk uit een reeks conclusies bestaat en dat de grens tussen waarneming en persoonlijke mening niet scherp is. (*zie noot 71*)

Van belang is voorts dat, al naar gelang van de achtergrond, ervaring en deskundigheid van de getuige, zich kan voordoen dat wat bij de ene getuige een ontoelaatbare gevolgtrekking is, bij de andere getuige een toelaatbare verklaring kan vormen. Zoals de Hoge Raad het ooit uitdrukte: "de mate waarin iemand feiten en omstandigheden zelf kan waarnemen en ondervinden (is) afhankelijk (...) van de omvang van zijn ervaring en van zijn op aanleg of ervaring berustend onderscheidings- en combinatievermogen". (*zie noot 72*)

Alhoewel het niet aan de getuige maar aan de rechter is om conclusies aan de waarnemingen van de getuige te verbinden, kan zich ten slotte zeer wel voordoen dat de rechter een door de getuige (op zichzelf ongeoorloofd) getrokken conclusie onderschrijft en als een eigen conclusie overneemt. (*zie noot 73*)

Formele eisen

4.4.2 Hoe - afgezien van bepalingen omtrent het opmaken en ondertekenen van een proces-verbaal - de vastlegging van verklaringen in het strafproces moet geschieden, is tot op zekere hoogte (en dan met name voor het verhoor van de verdachte) in het Wetboek van Strafvordering geregeld. Van oudsher schreef artikel 29, derde lid, (oud) Sv voor, dat de verklaringen van de verdachte, bepaaldelijk die welke een bekentenis van schuld inhouden, zoveel mogelijk in zijn eigen woorden moeten worden opgenomen. Sinds 1 maart 2017 is, vooral naar aanleiding van het arrest Salduz (*zie noot 74*) en de daarmee verband houdende EU-richtlijn, (*zie noot 75*) een aantal nieuwe bepalingen in het Wetboek van Strafvordering opgenomen die op het verhoor zien. (*zie noot 76*) De bepaling van artikel 29, derde lid, (oud) Sv is in een nieuw artikel 29a, tweede lid, eerste volzin, Sv ondergebracht. Daaraan is toegevoegd dat de verklaring van de verdachte zo volledig mogelijk en voor zo veel mogelijk in vraag- en antwoordvorm wordt opgenomen. Het eerste lid van artikel 29a Sv bevat ook een vormvoorschrift:

Het proces-verbaal van verhoor vermeldt het tijdstip waarop het verhoor van de verdachte is aangevangen, eventueel wordt onderbroken en hervat, en waarop het is beëindigd. Het bevat de redenen voor het onderbreken van het verhoor; het vermeldt voorts de identiteit van de personen die bij het verhoor aanwezig zijn en die daaraan deelnemen. Aangetekend wordt of geluids- of beeldopnamen van het verhoor zijn gemaakt.

Ook nieuw is het bepaalde in artikel 29a, derde lid, van het Sv:

Aan de verdachte en, voor zover deze het verhoor heeft bijgewoond, aan de raadsman wordt de gelegenheid geboden om opmerkingen te maken over de weergave van het verhoor in het proces-verbaal. Deze opmerkingen worden onverwijld aan de verhorende ambtenaar verstrekt en worden, voor zover zij niet worden overgenomen, in het proces-verbaal vermeld. Indien de verdachte met de weergave van zijn verklaring instemt, ondertekent hij deze.

Uiteraard zijn er (naast de wettelijke regeling) professionele eisen, waaraan in de opleiding tot opsporingsambtenaar aandacht wordt besteed. Voor bepaalde categorieën strafbare feiten en/of bepaalde soorten verdachten zijn er vrij vergaand uitgewerkte richtlijnen en protocollen, zoals bij zedendelicten, mensenhandel en het verhoor van kinderen in een verhoorstudio.

Gevolgtrekkingen ten aanzien van verklaringen in boeterapport

4.4.3 De Awb bevat geen bepalingen over de vastlegging van verklaringen ten overstaan van

een toezichthouder. Volgens artikel 5:48, tweede lid, van de Awb is het rapport gedagtekend en vermeldt het de naam van de overtreder, de overtreding alsmede het overtreden voorschrift en zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd.

Voor wat betreft de verslaglegging van het verhoor van de overtreder zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de bepalingen over het verhoor van de verdachte, waaronder (sedert 1 maart 2017) de bepaling dat de verklaring van de verdachte zo volledig mogelijk en voor zoveel mogelijk in vraag- en antwoordvorm wordt weergegeven.

Voor de verklaringen van getuigen zijn de hiervóór besproken materiële eisen toepasbaar. Gissingen en conclusies horen in deze verklaringen niet thuis, alhoewel uit de strafrechtspraak blijkt dat de scheidslijn tussen zulke gissingen en conclusies enerzijds en hetgeen de getuige zelf heeft waargenomen of heeft ondervonden niet altijd eenvoudig valt te trekken.

In de beide onderhavige zaken hebben appellanten met enige nadruk aan de orde gesteld of de gehoorde getuigen niet vóór hun verhoor op de hoogte hadden moeten worden gesteld van de achtergronden van hun verhoor en de consequenties die hun verklaringen voor (onder anderen) appellanten zouden kunnen hebben. Voor een dergelijke eis bieden het materiële en het formele strafrecht geen aanknopingspunt, terwijl zij naar mijn mening ook niet voor de hand ligt. De getuige dient naar waarheid en onbevangen te verklaren over hetgeen hij zelf heeft waargenomen en ondervonden. Daarbij past niet dat hij zijn antwoorden gaat wikken en wegen met het oog op mogelijke ongewenste consequenties voor zijn werkgever en/of het bedrijf waarbij hij is tewerkgesteld. Weliswaar is er een zeker risico dat de getuige zich niet voldoende zorgvuldig uitdrukt, maar dat risico lijkt mij, als sprake is van een formeel verhoor waarvan de ernst niet aan de getuige kan ontgaan, weinig groot. Bovendien is het uiteindelijk aan de rechter om bij de vaststelling of al dan niet van een overtreding sprake is, de betekenis van de door de getuigen afgelegde verklaringen (en de kans dat de getuigen zich mogelijk onzorgvuldig hebben uitgedrukt) nader af te wegen.

Volledigheidshalve vermeld ik nog dat de totstandkoming van deskundigenverklaringen en/of eventuele verslagen van deskundigen in de Awb nauwelijks is geregeld. Dat onderwerp is in het Wetboek van Strafvordering vrij vergaand uitgewerkt.

5.) Volgens vaste jurisprudentie (zie onder meer de uitspraak van de Afdeling van 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:996), mag in beginsel worden uitgegaan van de juistheid van een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt boeterapport. Is het toelaatbaar dat een boeterapport wordt geïncorporeerd in een aan de vermeende overtreder te verzenden voornemen tot boeteoplegging (zie de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 19 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3806), of is in alle gevallen een afzonderlijk boeterapport vereist?

Wettelijke eisen

4.5.1 In het strafrechtelijk (voor)onderzoek heeft de verdachte recht op kennisneming van de processtukken (artikel 30 Sv), zij het dat de kennisneming van bepaalde stukken hem - in het belang van het onderzoek - kan worden onthouden. Daartegen is een rechtsmiddel opengesteld (artikel 30, vierde lid, Sv). De kennisneming van processen-verbaal van zijn eigen verhoren mag de verdachte nooit worden onthouden (artikel 31 Sv). De kennisneming geschiedt in beginsel op verzoek, waarbij ook afschriften kunnen worden verstrekt (artikel 32 Sv). Uiteindelijk staan deze bevoegdheden ten dienste aan het realiseren van het recht op een "fair hearing" in de zin van artikel 6 van het EVRM, dat ook in het vooronderzoek al aan de

orde is aangezien dat doorwerkt in het onderzoek op de terechtzitting, de eigenlijke "determination of a criminal charge" (artikel 6, derde lid, gelezen in verbinding met het eerste lid, van het EVRM).

4.5.2 In artikel 5:49 van de Awb is vastgelegd dat in een bestuurlijke boetezaak de overtreder recht heeft op inzage in en afschriften van de gegevens waarop het opleggen van de bestuurlijke boete, dan wel het voornemen daartoe berust. In de systematiek van de Awb gaat het boeterapport vooraf aan het opleggen van de bestuurlijke boete dan wel het kenbaar maken van het voornemen daartoe. Volgens artikel 5:48 respectievelijk artikel 5:50 van de Awb wordt (een afschrift van) het boeterapport uiterlijk bij de bekendmaking van het boetebesluit respectievelijk de uitnodiging aan de overtreder om zijn zienswijze over het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete naar voren te brengen, aan de overtreder toegezonden of uitgereikt.

In de uitspraak die in de vijfde vraag wordt vermeld, heeft de Centrale Raad van Beroep terecht overwogen dat de Awb géén eisen stelt aan de vorm van het boeterapport. Voorts kan worden aangenomen dat het incorporeren van het boeterapport in het aan de overtreder te zenden voornemen tot boeteoplegging niet ertoe leidt dat de overtreder te laat wordt geïnformeerd. Volgens artikel 5:50 van de Awb wordt, indien de overtreder in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze over het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete naar voren te brengen, het rapport (niet eerst uiterlijk bij de bekendmaking van de beschikking tot oplegging van de bestuurlijke boete, maar) reeds uiterlijk bij de uitnodiging aan de overtreder tot het naar voren brengen van zijn zienswijze toegezonden of uitgereikt.

Boeterapport eigenstandig stuk

4.5.3 Om een aantal redenen meen ik echter dat het incorporeren van het boeterapport in de brief waarin de overtreder wordt uitgenodigd zijn zienswijze over het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete naar voren te brengen, althans in het geval waarin het opmaken van een boeterapport niet facultatief is, maar dwingend is voorgeschreven (artikel 5:53 van de Awb), niet voor de hand ligt.

4.5.4 Reeds de wettelijke terminologie wijst op het boeterapport als een eigenstandig schriftelijk stuk. Het boeterapport kan of moet worden "opgemaakt" (artikel 5:48, eerste lid, respectievelijk artikel 5:53, tweede lid, van de Awb) en moet worden "gedagtekend" (artikel 5:48, tweede lid, van de Awb). Voorts spreekt artikel 5:48, derde lid, van de Awb van toezending of uitreiking van "een afschrift van het rapport" bij de bekendmaking van de beschikking. Daartegenover staat dat artikel 5:50 van de Awb spreekt van toezending of uitreiking van "het rapport" bij de uitnodiging aan de overtreder tot het naar voren brengen van diens zienswijze. Waar artikel 5:50 van de Awb kennelijk slechts ertoe strekt het moment van toezending of uitreiking ten opzichte van het bepaalde in artikel 5:48, derde lid, van de Awb te vervroegen, ligt het echter niet voor de hand dat artikel 5:50 van de Awb op iets anders zou doelen dan de in artikel 5:48, derde lid, van de Awb expliciet voorgeschreven toezending of uitreiking van een "afschrift". Voorts wordt het boeterapport beschouwd als uitwisselbaar met een eventueel van de overtreding opgemaakt proces-verbaal als bedoeld in artikel 152 Sv, dat zich moeilijk anders dan als eigenstandig stuk laat denken (zie artikel 5:48, vierde lid, en artikel 5:53, tweede lid, van de Awb; in de memorie van toelichting is het boeterapport zelfs uitdrukkelijk "de bestuursrechtelijke tegenhanger van het proces-verbaal van de opsporingsambtenaar" genoemd (zie noot 77)).

4.5.5 Er zijn ook andere dan louter terminologische aanwijzingen voor het eigenstandige karakter van het boeterapport. Als artikel 5:53 van de Awb van toepassing is (en het opmaken van een boeterapport derhalve verplicht is), wordt mandaat tot het opleggen van een

bestuurlijke boete niet verleend aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt (artikel 10:3 van de Awb). Het opmaken van het boeterapport en de beoordeling van een eventuele boeteoplegging (met inbegrip van het vormen van een voornemen daartoe) zijn derhalve gescheiden verantwoordelijkheden. In de memorie van toelichting wordt daarover opgemerkt: (*zie noot 78*)

"In grote lijnen verloopt de zware procedure als volgt. De overtreding zal als regel door een ambtenaar worden geconstateerd. Dat kan een toezichthouder zijn, maar ook een andere door het bevoegde bestuursorgaan met handhavingstaken belaste ambtenaar of - indien de gedraging tevens een strafbaar feit is - een opsporingsambtenaar. Deze ambtenaar maakt van de geconstateerde overtreding een rapport op. Dit rapport is de bestuursrechtelijke tegenhanger van het proces-verbaal van de opsporingsambtenaar, met dien verstande dat het geen bijzondere bewijskracht heeft. Is de constaterende ambtenaar (tevens) opsporingsambtenaar, dan treedt zijn proces-verbaal in de plaats van het rapport.

Het rapport wordt toegezonden aan het bestuursorgaan dat bevoegd is de boete op te leggen. Dit bestuursorgaan zal veelal een ambtenaar belasten met de voorbereiding van de boetebeschikking. Deze mag niet de ambtenaar zijn die de overtreding heeft geconstateerd. Indien deze tweede ambtenaar van oordeel is dat een bestuurlijke boete moet worden opgelegd, stelt hij de overtreder in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen. Uiterlijk op dat tijdstip wordt het rapport aan de overtreder toegezonden of uitgereikt, zodat deze weet tegen welke beschuldiging hij zich moet verweren. De overtreder is in ieder geval in dit stadium niet meer verplicht omtrent de gedraging inlichtingen ten behoeve van de boeteoplegging te verstrekken. Hij heeft tevens het recht op inzage in en afschrift van stukken die aan het voornemen tot boeteoplegging ten grondslag liggen."

Het boeterapport en een brief zoals in de vraag bedoeld vallen temporeel niet samen maar zijn sequentiële stukken en hebben in de gedachtegang van de wetgever ook verschillende auteurs. In dit verband kan mede worden gewezen op artikel 36 van de Arbeidsomstandighedenwet dat bepaalt dat het rapport naast de overtreder in ieder geval de andere bij de overtreding betrokken persoon of personen vermeldt (lid 1), dat het rapport wordt toegezonden aan de voor de boeteoplegging aangewezen ambtenaar (tweede lid) en dat een afschrift van het rapport wordt toegezonden of uitgereikt aan de andere bij de overtreding betrokken persoon of personen. Ook artikel 10:3, tweede lid, van de Arbeidstijdenwet schrijft voor dat het boeterapport wordt toegezonden aan de voor de boeteoplegging aangewezen ambtenaar.

Incorporatie van het boeterapport in de brief waarmee de overtreder in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze over het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete naar voren te brengen, acht ik ten slotte moeilijk verenigbaar met artikel 5:51 van de Awb. Die bepaling voorziet in een beslistermijn (volgens de wetsgeschiedenis overigens een termijn van orde) van 13 weken bij het opleggen van een bestuurlijke boete. Die termijn knoopt aan bij de dagtekening van het rapport. Binnen deze 13 weken dient volgens de wetsgeschiedenis de gehele procedure, inclusief het eventuele horen van de overtreder, te worden afgehandeld. Het is weinig aannemelijk dat de wetgever mogelijk heeft willen maken dat de eerste fase van de besluitvorming (te weten de vorming van het voornemen om een boete op te leggen) buiten de voorziene beslistermijn zou worden gehouden door het boeterapport en de uitnodiging aan de overtreder om diens zienswijze naar voren te brengen temporeel te laten samenvallen. Daaraan doet naar mijn mening niet af dat, naar wordt aangenomen, de Awb niet ertoe verplicht zo spoedig mogelijk na de constatering van de overtreding een boeterapport op te maken, (*zie noot 79*) tenzij bijzondere regelgeving daarin voorziet. (*zie noot 80*)

Tussenconclusie

4.5.6 Naar mijn mening is althans in alle gevallen waarin de Awb tot het opmaken van een boeterapport verplicht, een afzonderlijk boeterapport vereist.

6.) Op welke wijze dienen het boeteopleggende bestuursorgaan en de bestuursrechter om te gaan met in een later stadium van de procedure door de beboete (rechts)persoon overgelegde, andersluidende verklaringen (bijvoorbeeld afgelegd bij een rechter, een rechter-commissaris of een notaris, of in een onderhands geschrift)? In hoeverre mag bij de beoordeling van dergelijke verklaringen worden betrokken dat deze niet ten overstaan van de toezichthouder zijn afgelegd?

Het strafprocesrecht

4.6.1 In het strafproces kunnen partijen (dus niet alleen de verdediging, maar ook het openbaar ministerie) in beginsel op elk moment nieuwe informatie toevoegen, zij het dat, zodra het onderzoek op de terechtzitting is aangevangen, beginselen van een behoorlijke procesorde kunnen meebrengen dat nieuwe stukken en dergelijke niet meer kunnen worden overgelegd. (*zie noot 81*) Een algemene regel daaromtrent valt volgens de Hoge Raad niet te geven. Van geval tot geval zal dus moeten worden beoordeeld of aan die eisen is voldaan, waarbij mede betekenis toekomt aan de (belastende dan wel ontlastende) aard van de over te leggen bescheiden of stukken en, indien het gaat om belastende bescheiden of stukken, aan de (al dan niet complexe) aard van de te berechten zaak en het stadium waarin de procedure zich bevindt. Hetzelfde geldt mutatis mutandis in hoger beroep. Artikel 414, eerste lid, Sv luidt:

De advocaat-generaal en de verdachte kunnen zoowel ter terechtzitting in eersten aanleg gehoorde als nieuwe getuigen en deskundigen doen dagvaarden of schriftelijk doen oproepen. Zij kunnen ook nieuwe bescheiden of stukken van overtuiging overleggen.

Voor de beoordeling van verzoeken tot het oproepen van getuigen of tot nader onderzoek die worden gedaan nadat het onderzoek op de terechtzitting is aangevangen (vergelijk artikel 328 jjs de artikelen 315 en 316 Sv), geldt het zogenaamde noodzakelijkheids criterium dat in de artikelen 315 en 316 Sv ligt besloten. De rechter kan een dergelijk verzoek weigeren indien de noodzaak tot het toewijzen ervan niet is gebleken, hetgeen het geval is indien de rechter het nieuwe gegeven niet voor zijn oordeelsvorming nodig heeft. Voor de afwijzing van een voorafgaand aan de zitting gedaan verzoek van de verdachte om getuigen te horen geldt (in beginsel) het zogenaamde verdedigingscriterium: de vraag of redelijkerwijs valt aan te nemen dat daardoor de verdachte in zijn verdediging wordt geschaad (artikel 288, eerste lid, aanhef en onder c, Sv). Dat criterium leidt tot een veel "marginalere" toetsing van het verzoek, ook al kent de Hoge Raad de rechter wel ruimte toe om de motivering van het verzoek (de onderbouwing door de verdediging) in zijn beoordeling te betrekken. (*zie noot 82*)

Het punitieve bestuursprocesrecht

4.6.2 Ook in de bestuurlijke boeteprocedure is artikel 6 van het EVRM van toepassing. Dat impliceert dat bij een onafhankelijke rechter met "full jurisdiction" beroep tegen het besluit tot sanctieoplegging moet ontstaan. Daarmee verdraagt zich niet dat de beboete partij in (hoger) beroep te zeer in haar bewijsmogelijkheden zou worden beknot. In dat verband is van belang dat althans in het punitieve bestuursrecht de bewijsfuik niet meer wordt toegepast en dat de beboete partij in de beroepsprocedure derhalve nieuw bewijs mag bijbrengen, óók als zij dat in de voorprocedure heeft nagelaten. (*zie noot 83*) Dat betekent intussen niet dat de mogelijkheden om nieuw bewijs bij te brengen aan geen enkele beperking zouden mogen onderworpen. Ook in het punitieve bestuursrecht is er ongetwijfeld ruimte voor beperkingen

als die welke in het strafproces gelden en uit een noodzakelijkheidseis of de beginselen van een behoorlijke procesorde voortvloeien, al zal ontlastend bewijs niet worden geweigerd.

4.6.3 Andersluidende verklaringen, zoals in de zesde vraag bedoeld, kunnen een ander licht werpen op de verklaringen waarop het bestuursorgaan het boetebesluit heeft doen steunen en kunnen de "draagkracht" van het door het bestuursorgaan bijgebrachte bewijs aantasten. In beginsel is zulk nieuw materiaal toelaatbaar. Of en in hoeverre dergelijk materiaal daadwerkelijk afbreuk doet aan het voor de boeteoplegging aangevoerde bewijs, hangt uiteindelijk af van de aan de rechter voorbehouden feitelijke waardering van (de geloofwaardigheid van) de respectieve verklaringen. Die waardering zal onder meer afhangen van de vraag of de betrokken verklaringen steun vinden in andere verklaringen of bewijsstukken, op essentiële onderdelen consistent zijn en naar feitelijk vaststaande gegevens zijn te herleiden. Voor zover de ene verklaring de andere al uitsluit, is echter allerminst a priori gegeven dat steeds de latere verklaring zou moeten prevaleren.

Naar mijn mening mag bij de beoordeling van een later overgelegde, afwijkende verklaring worden betrokken dat zij niet ten overstaan van de toezichthouder is afgelegd. Daarbij speelt mede een rol dat, zoals reeds in de vijfde vraag is gereleveerd, volgens vaste jurisprudentie in beginsel van de juistheid van een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt boeterapport mag worden uitgegaan. (*zie noot 84*) Alhoewel aan dit uitgangspunt slechts betekenis toekomt voor hetgeen de verbalisant uit eigen waarneming en ondervinding heeft verklaard (en dit uitgangspunt dus bijvoorbeeld niet zonder meer de juistheid van de vertolking of vertaling, mede ten behoeve van de verbalisant, van een ten overstaan van de verbalisant afgelegde verklaring impliceert), zie ik geen reden waarom een onder ambtseed of ambtsbelofte door een verbalisant weergegeven verklaring bij voorbaat zou moeten wijken voor een latere, afwijkende en al dan niet beëdigde verklaring die buiten het zicht van de toezichthouder onder een zekere regie van de beboete partij tot stand is gebracht (waarmee overigens niet is gezegd dat die partij de nadere verklaring bewust heeft beïnvloed).

Voor een grotere betrouwbaarheid van de eerste, ten overstaan van de toezichthouder afgelegde verklaring pleit dat, zoals bij de beantwoording van de vierde vraag al aan de orde kwam, de gehoorde persoon, en in het bijzonder een getuige, in dat stadium meer geneigd zal zijn naar waarheid en onbevangen te verklaren en zich minder zal laten leiden door ongewenste consequenties die bepaalde antwoorden voor derden zouden kunnen hebben. Dat een getuige in het kader van een verhoor ten overstaan van een verbalisant "zomaar iets" zal verklaren, is weinig aannemelijk, nu de getuige zich de ernst van dat verhoor althans in algemene zin wel bewust zal zijn. Daarbij komt dat het terugkomen van een eerdere verklaring meer in het algemeen afbreuk doet aan de persoonlijke geloofwaardigheid van betrokkene en dat de rechter daarom geneigd zal zijn van de eerste verklaring uit te gaan, tenzij de onjuistheid daarvan met concrete, verifieerbare gegevens wordt aangetoond of de betrokkene aannemelijk maakt dat de eerste verklaring onder ontoelaatbare druk is afgelegd. (*zie noot 85*)

In de rechtspraak is aan nadere verklaringen wel beslissende betekenis ontzegd, "reeds omdat deze anders dan de eerdere verklaringen niet onmiddellijk ten overstaan van de inspecteurs zijn afgelegd". (*zie noot 86*) Ik begrijp die rechtspraak aldus, dat zij een zekere voorkeur voor de eerste verklaring tot uitdrukking brengt, maar niet uitsluit dat de rechter zich door de nadere verklaring laat overtuigen. (*zie noot 87*)

4.6.4 Bij de beoordeling van de latere verklaringen zal uiteraard mede van belang zijn in welke mate en in welke opzichten die verklaringen van de ten overstaan van de verbalisanten afgelegde verklaringen afwijken.

Dat, wat de onderhavige zaken betreft, in de latere verklaringen bijvoorbeeld wordt benadrukt dat de gehoorde Roemeense werknemers niet zeker wisten wat hun voorlieden met de op het werk aanwezige Nederlanders bespraken en dat het dus slechts een gissing/conclusie was dat hun voorlieden van de Nederlanders instructies ontvingen die zij vervolgens aan hen doorgaven, behoeft op zichzelf niet beslissend te zijn, nu veel van de gehoorde Roemeense werknemers op grond van hetgeen zij hadden waargenomen althans de indruk hadden dat hun voorlieden instructies van de Nederlanders aan hen doorgaven. Zoals bij de bespreking van de vierde vraag al aan de orde kwam, zullen naar aanleiding van concrete waarnemingen opgekomen gevoelens en gedachten niet altijd als ontoelaatbare gissingen of conclusies kwalificeren. Daarbij komt dat in de oorspronkelijke verklaringen ook wel sprake was van rechtstreekse instructies van de Nederlanders aan de Roemeense werknemers, hetzij door middel van tekeningen en gebaren, hetzij in het Engels aan die Roemeense werknemers die de Engelse taal voldoende beheersten; enkele van zulke verklaringen (maar voor zover ik kan overzien niet alle) zijn bij de nadere verklaringen althans impliciet "herroepen".

Zo zou, wat de onderhavige zaken betreft, bijvoorbeeld ook van belang kunnen zijn dat, terwijl appellanten in het kader van hun klachten over de vertolking mede de kwaliteit van de daarvoor gebruikte telefoonverbinding ter discussie hebben gesteld, (*zie noot 88*) de nadere verklaringen aan klachten over die telefoonverbinding nauwelijks steun bieden. [getuige A] verklaarde juist nader dat "het" (de telefoon) redelijk te verstaan was, alhoewel hij daaraan toevoegde "maar het lijkt mij niet goed om een verklaring af te leggen via een telefoon, een verklaring die zo belangrijk is. Dat had schriftelijk moeten gebeuren." Evenmin is in de nadere verklaringen massaal geklaagd over de door appellanten mede gewraakte gang van zaken rond het verhoor. Zo verklaarde [getuige B] nader dat "zij" (de bij het verhoor betrokken ambtenaren) zich heel netjes tegenover de ondervraagde getuigen hebben gedragen.

4.6.5 Als de rechter twijfelt over opvolgende verklaringen van een cruciaal geachte getuige, kan hij ten slotte besluiten die getuige zelf te horen. Ook voor de bestuursrechter staat die mogelijkheid open.

7) Is het toelaatbaar dat een bestuursorgaan na afronding van het onderzoek door de toezichthouder nader bewijs vergaart en aan de boeteoplegging ten grondslag legt? Zo ja, tot op welk moment is dat geoorloofd? Maakt het daarbij uit of dit gebeurt in dan wel na de fase van besluitvorming en of het gaat om dragend bewijs dan wel aanvullend bewijs?

Nader bewijs in fase van besluitvorming

4.7.1 Voor het beperken of uitsluiten van door het bestuursorgaan na afronding van het onderzoek door de toezichthouder in de fase van de besluitvorming te vergaren en aan de boeteoplegging ten grondslag te leggen bewijs, zie ik geen grond. Artikel 3:2 van de Awb verplicht het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. De bepaling geldt mede voor de voorbereiding van een boetebesluit. Bij de parlementaire behandeling van de vierde tranche van de Awb is benadrukt dat "het niet (zou) stroken met artikel 3:2 Awb om het bestuursorgaan bij het nemen van de boetebeschikking te beperken in zijn informatiebronnen" en dat mede om die reden ervoor is gekozen het boeterapport niet teveel status te geven. (*zie noot 89*) Ook in de literatuur wordt aangenomen dat uitgangspunt in het bestuursrecht is dat het bestuursorgaan in elk geval gedurende de besluitvormingsfase nog nader onderzoek kan verrichten en fouten kan herstellen, en dat er geen reden is om bij bestuurlijke boetes van dit uitgangspunt af te wijken. (*zie noot 90*)

Iets anders is dat, indien (een voornemen tot) het opleggen van een bestuurlijke boete mede berust op dergelijk nader bewijs waarvan niet uit een eventueel opgemaakt boeterapport blijkt, het verdedigingsbeginsel mijns inziens met zich brengt dat de overtreder daarop bij de toezending of uitreiking van het boeterapport wordt geattendeerd, opdat hij bij de voorbereiding van zijn verdediging van het complete bewijsmateriaal kan uitgaan.

Categorische uitsluiting van nader bewijs na fase van besluitvorming?

4.7.2 De Afdeling heeft als uitgangspunt gekozen dat het bestuursorgaan het dragend bewijs van een overtreding bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming moet leveren; zie ABRvS 30 december 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:4034](#), JB 2016/30 m.nt. C.L.G.F.H. Albers:

"6.2. Bij beantwoording van de vraag of zich in een concreet geval een overtreding heeft voorgedaan, geldt, gelet op de waarborgen die voortvloeien uit artikel 6, tweede lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, als uitgangspunt dat op het bestuursorgaan de bewijslast rust van een overtreding. In geval van twijfel dient aan de betrokkene het voordeel van de twijfel te worden gegund (overweging 4.8.3 van het arrest van de Hoge Raad van 15 april 2011 in zaak nr. 09/03075, [ECLI:NL:HR:2011:BN6324](#)).

Voorts geldt bij een bestuursrechtelijk boetebesluit als uitgangspunt dat het bestuursorgaan het dragend bewijs van een overtreding bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming dient te leveren.

6.3 (...) Hieruit volgt dat niet buiten twijfel is komen vast te staan dat de woonruimten na de verbouwing voor permanente bewoning zijn gebruikt en dat [wederpartij], door de woonruimten voor logiesverblijf te gebruiken, artikel 30, eerste lid, van de Huisvestingswet heeft overtreden. Voor zover het college met het eerst in hoger beroep overgelegde stuk van 16 oktober 2015, zijnde een nieuw bewijsmiddel, heeft beoogd om alsnog dragend bewijs van de overtreding te leveren, wat daar ook van zij, gaat de Afdeling hieraan onder verwijzing naar hetgeen in 6.2. is overwogen, voorbij."

De formulering dat "als uitgangspunt" geldt dat het bestuursorgaan het dragend bewijs van een overtreding bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming dient te leveren, lijkt ruimte voor uitzonderingen te laten. Of de Afdeling dat ook heeft bedoeld, moet echter worden betwijfeld, nu zij het in hoger beroep door het bestuursorgaan overgelegde nieuwe bewijsmiddel met geen andere motivering dan een verwijzing naar dat uitgangspunt heeft gepasseerd. Dat wijst eerder op een categorisch verbod om na voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming dragend bewijs in te brengen dan op (slechts) een uitgangspunt dat het dragend bewijs bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming compleet moet zijn. Kennelijk is de Afdeling van opvatting dat het uitgangspunt dat het bestuursorgaan het dragend bewijs van een overtreding bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming dient te leveren, uitsluit dat het bestuursorgaan nadien nog dragend bewijs aan het boetebesluit ten grondslag legt.

Welke reikwijdte de door mij veronderstelde opvatting van de Afdeling heeft, hangt uiteraard mede af van hetgeen de Afdeling onder "dragend bewijs" verstaat. Aan dat begrip komt naar mijn mening geen vastomlijnde betekenis toe. Ik kom daarop later nog terug. Allereerst bespreek ik echter in meer algemene zin welke mogelijkheden het bestuursorgaan heeft (of althans zou moeten hebben) om na de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming nieuwe bewijsmiddelen aan te dragen.

Bewijsvoering als interactief proces

4.7.3 Dat als uitgangspunt heeft te gelden dat (toereikend) bewijs in het kader van de

bestuurlijke besluitvorming moet worden vergaard, kan ik op zichzelf onderschrijven. Dat uitgangspunt vloeit in boetezaken niet slechts voort uit artikel 3:2 van de Awb dat het bestuursorgaan ertoe verplicht bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren, maar ook uit de onschuldpresumptie van artikel 6 van het EVRM, die extra eisen stelt aan de voorbereiding en meer in het bijzonder aan het bewijs van de overtreding en de motivering van het sanctiebesluit. (*zie noot 91*) Van het bestuursorgaan mag ongetwijfeld een zorgvuldig onderzoek naar de relevante feiten en af te wegen belangen worden verlangd, en voorts dat het zich rekenschap ervan geeft dat de vergaarde kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen het betrokken besluit kan dragen.

Alhoewel de bewijslast op het bestuursorgaan rust, zal het veelal van het verloop van het partijdebat, óók na de voorprocedure, afhangen of de overtreding met de in het kader van de bestuurlijke besluitvorming verzamelde gegevens al dan niet als afdoende bewezen kan worden beschouwd. Bewijzen is een proces van interactie, waarbij partijen op elkaars bewijsmateriaal reageren en waarin zij, mits zij binnen de omvang van het geschil blijven, vrij behoren te zijn hun bewijsdebat met nieuw bewijs voort te zetten. (*zie noot 92*) Reeds in dat licht lijkt de opvatting dat het bestuursorgaan na de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming überhaupt geen nieuwe bewijsmiddelen mag inbrengen, mij te absoluut.

Naast een in de literatuur wel gesignaleerde algemene tendens om partijen meer gelegenheid voor bewijslevering in het proces te bieden, (*zie noot 93*) acht ik in het bijzonder van belang dat in boetezaken de zogenaamde bewijsfuik niet meer wordt toegepast en dat de beboete partij in de beroepsprocedure derhalve nieuw bewijs mag bijbrengen, óók als zij dat in de voorprocedure heeft nagelaten. (*zie noot 94*) Aldus kan het bestuursorgaan eerst in beroep (en mogelijk ook in hoger beroep, afhankelijk van de vraag of de grondenfuik nog onverkort in boetezaken wordt toegepast (*zie noot 95*)) worden geconfronteerd met (bewijs van) niet voor de hand liggende alternatieve scenario's waarmee het bestuursorgaan tijdens de bestuurlijke besluitvorming niet bekend kon zijn en die het bestuursorgaan, ondanks een zorgvuldig uitgevoerd onderzoek, daarom niet in dat onderzoek heeft kunnen betrekken. Zeker in dergelijke situaties (van "surprise evidence") mag een nadere bewijsvoering door het bestuursorgaan mijns inziens niet a priori worden uitgesloten.

Het argument van de heroverwegingsfase

4.7.4 Het voor een dergelijke uitsluiting in de literatuur wel genoemde argument dat het bestuursorgaan in de heroverwegingsfase al ruimschoots de gelegenheid heeft gehad een gebrek in de vaststelling en/of het bewijs van de feiten te verhelpen, (*zie noot 96*) gaat in het geval van "surprise evidence" niet op. De beboete partij heeft dan immers nagelaten de vaststelling en/of het bewijs van de feiten reeds in de voorprocedure adequaat ter discussie te stellen, zodat het bestuursorgaan daarop niet heeft kunnen reageren. Als (nadere) bewijsvoering door het bestuursorgaan na de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming categorisch wordt uitgesloten terwijl de beboete partij in (hoger) beroep nieuwe bewijsmiddelen kan inbrengen, zou dat ertoe kunnen leiden dat de beboete partij haar bewijstroeven eerst in (hoger) beroep zal uitspelen. Men denke hier aan de vroeger in het strafproces wel gevolgde praktijk om onvolkomenheden in de dagvaarding eerst na het requisitoir aan de orde te stellen, opdat het openbaar ministerie die onvolkomenheden niet meer door een wijziging van de tenlastelegging zou kunnen herstellen. (*zie noot 97*)

Het argument van de afstemming op het strafrechtelijke bewijsrecht

4.7.5 Albers valt de uitspraak van de Afdeling van 30 december 2015 bij, onder meer met het argument dat de uitsluiting van door het bestuursorgaan eerst in (hoger) beroep bijgebracht bewijs tot een betere afstemming van het punitieve bestuursprocesrecht op het

strafrechtelijke bewijsrecht leidt. (*zie noot 98*) Naar zij zelf vervolgens ook signaleert, lijkt de eis dat reeds bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming (toereikend) bewijs dient te zijn geleverd, echter strenger dan de eisen die in het strafproces met betrekking tot bewijslevering aan het openbaar ministerie worden gesteld; het openbaar ministerie kan immers in hoger beroep nog nieuw (dragend) bewijs leveren. 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) van het strafrechtelijke bewijsrecht te verwijderen. Zoals Albers terecht signaleert, kan het openbaar ministerie immers zowel in eerste aanleg als ook in hoger beroep nieuw bewijs inbrengen. Voorts kwam hiervóór onder 4.7.4 al aan de orde dat het openbaar ministerie - zij het binnen zekere grenzen - de tenlastelegging (en anders dan vroeger ook ná het requisitoir en zelfs in hoger beroep) kan wijzigen, hetgeen wezenlijk verder gaat dan het "slechts" inbrengen van nieuw bewijs; met een wijziging van de tenlastelegging wordt immers het object van onderzoek gewijzigd. Dat de bedoelde bevoegdheden van het openbaar ministerie tot het bijbrengen van aanvullend bewijs en tot wijziging van de tenlastelegging niet met artikel 6 van het EVRM conflicteren, staat mijns inziens buiten redelijke twijfel; ik zie geen aanknopingspunten waarom dit voor een bevoegdheid van het bestuursorgaan tot het bijbrengen van nader bewijs in (hoger) beroep anders zou zijn.

Het argument van de verschillen tussen het punitieve bestuurs- en het straf(proces)recht
4.7.6 Aan Albers kan worden toegegeven dat de insteek in het bestuursrecht een geheel andere is dan in het strafrecht, dat de eigenaardigheden van het besluitmodel een belangrijke stempel op de procedure drukken, dat de verhouding tussen de procespartijen en de rechter in het bestuursprocesrecht en het strafprocesrecht verschilt, dat het bestuursorgaan niet één op één met het openbaar ministerie kan worden vergeleken en dat de bestuursrechter de rechtmatigheid van het boetebesluit "ex tunc" toetst. Al deze factoren verklaren echter niet zonder meer waarom de mogelijkheid van nadere bewijsvoering in (hoger) beroep categorisch aan het bestuursorgaan zou moeten worden ontzegd en waarom het punitieve (bestuurs)procesrecht en het straf(proces)recht in zoverre zouden moeten divergeren.

Voorts lijkt een zekere relativering van de verschillen tussen het punitieve bestuurs(proces)recht en het straf(proces)recht op haar plaats. Zo neemt ook volgens de wetgever de bestuursrechter bij de toetsing van boetebesluiten wel degelijk een bijzondere positie in, "enigszins vergelijkbaar met die van een strafrechter". (*zie noot 99*) Zo is voorts het uitgangspunt van de toetsing "ex tunc" in boetezaken betrekkelijk, nu bijvoorbeeld de toe te passen regelgeving in verband met het "lex mitior"-beginsel (*zie noot 100*) en de evenredigheid van de boete "ex nunc" plegen te worden beoordeeld en gebruik van eerst ná de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming door de beboete partij geleverd (en in redelijkheid niet eerder voor het bestuursorgaan toegankelijk) "tegenbewijs" kennelijk niet op het "ex tunc"-karakter van de toetsing door de bestuursrechter afstuit. Daarbij ware bovendien te bedenken dat (eerst) in (hoger) beroep door het bestuursorgaan bijgebracht bewijs ook in die zin een rol kan spelen dat de bestuursrechter het bestreden besluit weliswaar vernietigt maar bepaalt dat de rechtsgevolgen daarvan geheel of gedeeltelijk in stand blijven (artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder a, van de Awb), (*zie noot 101*) of opnieuw tot oplegging van een boete beslist en bepaalt dat zijn uitspraak in zoverre in de plaats van het vernietigde besluit treedt (artikel 8:72a van de Awb); in beide gevallen laat de bestuursrechter zich bij die afdoening leiden door de op het moment van zijn uitspraak geldende feiten en omstandigheden en dus door een beoordeling "ex nunc". (*zie noot 102*)

Met betrekking tot de kanttekeningen van Albers geldt bovendien dat, voor zover het

bestuursrechtelijke karakter van de toetsing van het boetebesluit al beslissend zou zijn, een zekere mogelijkheid van herstel van onvolkomenheden in (hoger) beroep, ook door het bestuursorgaan, nu juist in het algemeen aan de bestuursrechtelijke procedure inherent is. Naast de (naar mijn mening voor boetezaken geenszins categorisch uitgesloten) bestuurlijke lus (die hierna bij de beantwoording van de achtste vraag aan de orde komt) kan in het bijzonder worden gewezen op de mogelijkheid van een (spontane) wijziging van het bestreden besluit door het bestuursorgaan, zoals bedoeld in (thans) artikel 6:19 van de Awb. Stijnen schrijft daarover: (*zie noot 103*)

"Uitgangspunt in het bestuursrecht is dat het bestuursorgaan in elk geval gedurende de besluitvormingsfase nog nader onderzoek kan verrichten en fouten kan herstellen, terwijl gelet op art. 6:18 Awb en de bestuurlijke lus ook in de beroeps- en hoger beroepsfase nog herstelmogelijkheden voor het bestuur bestaan. Er is geen reden om bij bestuurlijke boetes van dit uitgangspunt af te wijken (...)."

Ik onderschrijf de opvatting van Stijnen. Naar mijn mening staat artikel 5:43 van de Awb ("ne bis in idem") in boetezaken niet in de weg aan een besluit tot wijziging of vervanging zoals bedoeld in artikel 6:19 van de Awb, evenmin als het in de weg staat aan een wijziging of vervanging van het primaire boetebesluit bij beslissing op bezwaar. Van een nieuwe, tweede boeteoplegging is dan geen sprake. Daarvan is blijkens de wetsgeschiedenis wél sprake, als het bestuursorgaan na rechterlijke vernietiging van een boetebesluit een nieuw boetebesluit neemt. (*zie noot 104*) Ook dat is in de context van artikel 6:19 van de Awb echter niet aan de orde. Weliswaar staat volgens het zesde lid van dat artikel vervanging van het bestreden besluit (*zie noot 105*) niet in de weg aan vernietiging van dat besluit als de indiener van het beroep schriftelijk belang heeft, maar die vernietiging van het reeds ingetrokken (*zie noot 106*) besluit wordt niet door een nieuw besluit (het vervangende besluit) gevolgd, maar juist door een nieuw besluit (het vervangende besluit) voorafgegaan. Nog afgezien van dit aspect van volgtijdelijkheid ware te bedenken dat artikel 8:72a van de Awb (mede met het oog op het "ne bis in idem"-beginsel (*zie noot 107*)) bepaalt dat de rechter bij vernietiging van een boetebesluit over het opleggen van de boete beslist en dat zijn uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking. Naar mijn mening is er uit oogpunt van het "ne bis in idem"-beginsel geen enkel principieel verschil tussen het geval dat de rechter in het kader van de door artikel 8:72a van de Awb voorgeschreven finale afdoening de vernietiging van het bestreden besluit combineert met een "eigen" beslissing over het opleggen van de boete, welke beslissing in de plaats treedt van het bestreden besluit, en het geval dat de rechter bij de vernietiging van het bestreden besluit het beroep tegen het reeds door het bestuursorgaan (eventueel in het kader van een bestuurlijke lus en met inachtneming van de door de rechter daartoe gegeven aanwijzingen (*zie noot 108*)) genomen besluit tot vervanging van het bestreden besluit ongegrond verklaart.

Het argument van de onwenselijkheid van "bestuurtje helpen"

4.7.7 In verband met de uitspraak van de Afdeling van 30 december 2015 is voorts het argument genoemd dat, als de bestuursrechter constateert dat toereikend bewijs voor de overtreding ontbreekt, de rechtzoekende de indruk kan krijgen dat de bestuursrechter - bijvoorbeeld door toepassing van de bestuurlijke lus - actief meedenkt bij (of meewerkt aan) het rondkrijgen van het bewijs. (*zie noot 109*) In dit verband wordt wel van "bestuurtje helpen" gesproken. (*zie noot 110*) Dat een dergelijke indruk ontstaat als de rechter door eigen onderzoek het bewijs voor een in dat opzicht falend bestuursorgaan "rondmaakt", kan ik mij voorstellen; de gedachte van "bestuurtje helpen" spreekt echter minder aan als het bestuursorgaan zelf in een bestuurlijke lus nader bewijs bijbrengt (*zie daarover nader het antwoord op vraag 8*), en al helemaal niet als het bestuursorgaan eigener beweging in (hoger)

beroep nadere bewijsmiddelen produceert, bijvoorbeeld als reactie op nieuwe stellingen en/of bewijsmiddelen van de betrokkene.

De in de redelijke termijn en in een goede procesorde gelegen beperkingen

4.7.8 Dat nadere bewijsvoering van het bestuursorgaan na de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming niet categorisch is uitgesloten, impliceert overigens niet dat zij steeds toelaatbaar moet worden geacht. 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. Die redenen kunnen zijn gelegen in het tussen partijen gevoerde bewijsdebat, dat (voor het bestuursorgaan onvoorzienbaar) tot gewijzigde inzichten met betrekking tot de "draagkracht" van het voorhanden bewijs leidt en tot aanvulling of vervanging van bepaalde bewijsmiddelen noopt. Ook tussentijdse (en onvoorzienbare) feitelijke en juridische ontwikkelingen kunnen nieuwe gezichtspunten openen en tot aanvulling of vervanging van het voorhanden bewijs dwingen. Daarbij kan mede een rol spelen dat soms zeer complexe bewijsvragen aan de orde zijn, (zie noot 111) alhoewel complexiteit van de zaak op zichzelf niet kan rechtvaardigen dat het bestuursorgaan een onvoldragen feitelijke grondslag voor boeteoplegging voor lief neemt.

Naar ik meen, dient aan de hand van het beginsel van een afdoening van het geschil binnen een redelijke termijn en (vooral) aan de hand van de beginselen van een goede procesorde, toegespitst op hetgeen in dit verband in redelijkheid van het bestuursorgaan mocht worden gevergd, te worden bepaald tot welk moment het bestuursorgaan na de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming nader bewijs kan vergaren en aan de boeteoplegging ten grondslag kan leggen. Daarbij lijkt mij als uitgangspunt te gelden dat het in strijd met een goede procesorde moet worden geacht, indien het bestuursorgaan zonder goede redenen eerst na de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming nieuwe bewijsmiddelen in het geding brengt. Welke die goede redenen kunnen zijn, lijkt mij een kwestie van casuïstiek. Zoals in het voorgaande al aan de orde kwam, kan men denken aan bewijsmateriaal dat het bestuursorgaan in redelijkheid niet aanstonds aan de boeteoplegging ten grondslag kon leggen, omdat dit materiaal eerst door het verloop van het bewijsdebat tussen partijen of door nieuwe ontwikkelingen relevant is geworden of eerst later beschikbaar kwam. Daarbij geldt wel steeds als vooronderstelling dat het bestuursorgaan bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming in redelijkheid kon menen over toereikend bewijs te beschikken. Als het bestuursorgaan zich bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming bewust had moeten zijn dat het niet over toereikend bewijs beschikte maar dit voor lief heeft genomen, zou een aan het bestuursorgaan te bieden herkansing in strijd met een goede procesorde zijn.

De goede procesorde in bestuurs-, straf-, burgerlijk en fiscaal (proces)recht

4.7.9 De notie van strijd met een goede procesorde is in het bestuursrecht overigens geen onbekende. In het bestuursrecht wordt "strijd met een behoorlijke procesorde" onder meer gebruikt als reden voor het door de bestuursrechter niet toestaan dat een partij op een zeer laat tijdstip in de procedure nieuwe stellingen inbrengt of alsnog eerder prijsgegeven stellingen inroept. Voorts wordt de behoorlijke procesorde in verband gebracht met de verplichting van de bestuursrechter om partijen de gelegenheid te bieden zich uit te laten over door hem ambtshalve opgeworpen kwesties. Het gaat dan in feite om het verdedigingsbeginsel. (zie noot 112)

Ook in het strafprocesrecht is de notie van een behoorlijke procesorde niet onbekend. Zij ziet onder meer op de vraag of het openbaar ministerie het recht op vervolging heeft verspeeld (vergelijk artikel 359a Sv, waarin de beginselen van een behoorlijke procesorde uitdrukkelijk

worden genoemd). De beginselen van een behoorlijke procesorde kunnen ook in het strafrecht eraan in de weg staan dat nieuwe stukken door partijen worden ingediend. De rechter zal echter niet kunnen voorbijgaan aan ontlastende stukken. (*zie noot 113*) De Hoge Raad overwoog als volgt over de uit de beginselen van een behoorlijke procesorde voortvloeiende begrenzing van de bevoegdheid van de advocaat-generaal bij het hof en de verdachte om in hoger beroep nieuwe bescheiden of stukken van overtuiging over te leggen: (*zie noot 114*)

"2.3 Ingevolge art. 414, eerste lid tweede volzin, Sv zijn de advocaat-generaal bij het hof en de verdachte bevoegd voor of bij de behandeling van een zaak in hoger beroep nieuwe bescheiden of stukken van overtuiging over te leggen. De uitoefening van die bevoegdheid is evenwel onderworpen aan de eisen die voortvloeien uit de beginselen van een behoorlijke procesorde. Een algemene regel daaromtrent valt niet te geven. Van geval tot geval zal dus moeten worden beoordeeld of aan die eisen is voldaan, waarbij mede betekenis toekomt aan de (belastende dan wel ontlastende) aard van de over te leggen bescheiden of stukken en, indien het gaat om belastende bescheiden of stukken, aan de (al dan niet complexe) aard van de te berechten zaak en het stadium waarin de procedure zich bevindt (vgl. HR 16 november 1999, NJ 2000/214).

2.4 Ingeval bij de behandeling van een zaak in hoger beroep door de advocaat-generaal dan wel door de verdachte het verzoek wordt gedaan om nadere bescheiden of stukken van overtuiging over te leggen, zal de rechter een afwijzende beslissing op een dergelijk verzoek dienen te motiveren aan de hand van de hiervoor genoemde maatstaf. Indien de rechter het verzoek toewijst, zal hij de overgelegde stukken bij zijn beraadslaging dienen te betrekken."

In het burgerlijk procesrecht spelen de eisen van een goede procesorde eveneens een belangrijke rol, onder meer bij de beoordeling van de tijdigheid van grieven, wijzigingen van eis, nieuwe verweren en nieuwe feitelijke stellingen in hoger beroep. De mogelijkheden van het civiele appel zijn ruim. De appellant kan daarin zijn bezwaren tegen de bestreden uitspraak naar voren brengen in de vorm van grieven, maar het appel kan ook dienen om eigen fouten, misslagen of verzuimen te herstellen, onverschillig of het gaat om onjuiste stellingen dan wel om standpunten die in eerste aanleg ten onrechte juist niet zijn verdedigd. (*zie noot 115*) Partijen kunnen in hoger beroep ook hun eis wijzigen, nieuwe verweren voeren en nieuwe feitelijke stellingen betrekken. (*zie noot 116*) Dit alles is in beginsel echter slechts mogelijk in hun eerste schriftelijke processtuk in appel, te weten de memorie van grieven c.q. de memorie van antwoord. Er wordt in dit verband van "de in beginsel strakke regel" gesproken. (*zie noot 117*) Onder omstandigheden moet op "de in beginsel strakke regel" een uitzondering worden gemaakt, niet alleen bij ondubbelzinnige toestemming van de wederpartij of wegens de bijzondere aard van de desbetreffende procedure, maar ook indien onverkorte toepassing van de regel in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde. Daarbij valt met name te denken aan (i) een rechterlijke fout, (ii) nieuwe ontwikkelingen van feitelijke of juridische aard nadat de memorie van grieven c.q. de memorie van antwoord is genomen, of (iii) een aan de wederpartij toe te rekenen verkeerde voorstelling van zaken, (*zie noot 118*) in welke gevallen het de betrokken partij niet kan worden aangerekend dat zij zich niet reeds in haar eerste processtuk naar behoren heeft kunnen uitlaten.

De notie van een goede procesorde is ook in het fiscale procesrecht aan de orde als de toelaatbaarheid van nieuw bewijsmateriaal moet worden beoordeeld. Een goede procesorde brengt volgens de belastingrechter mee dat het bewijs zoveel mogelijk in de schriftelijke stukken en tijdig voor de zitting wordt overgelegd. Bij de beslissing of een partij de gelegenheid moet krijgen bewijsstukken na de zitting alsnog over te leggen, moet een

afweging plaatsvinden van enerzijds het belang dat die partij bij het overleggen van die stukken heeft en de redenen waarom hij dit niet in een eerdere fase van de procedure voor de feitenrechter heeft gedaan, en anderzijds het algemeen belang van een doelmatige procesgang. Bij deze afweging moet het verloop van het processuele debat vanaf de bezwaarfase worden betrokken. (zie noot 119)

Dragend en aanvullend bewijs

4.7.10 Over de begrippen dragend en aanvullend bewijs kunnen gemakkelijk misverstanden ontstaan.

Men kan alle bewijs dat aan het opleggen van een bestuurlijke boete ten grondslag wordt gelegd, als dragend beschouwen. Het is immers bestemd om de boeteoplegging te dragen. Daarmee is echter niet gezegd dat het aan de boeteoplegging ten grondslag gelegde bewijs die boeteoplegging ook daadwerkelijk kán dragen, met andere woorden of dat bewijs voldoende "draagkrachtig" is. De term dragend bewijs wordt ook wel gebruikt om aan te geven dat het voorhanden bewijsmateriaal voldoende "draagkrachtig" is en dat daarmee in het bijzonder de overtreding die tot de boeteoplegging heeft geleid, toereikend is bewezen.

De term aanvullend bewijs wordt vaak gebruikt voor bewijs dat incomplete bewijsmiddelen moet aanvullen. In dat geval wordt het aanvullende bewijs mede dragend; zonder dat aanvullende bewijs zou het reeds voorhanden bewijs mogelijk onvoldoende "draagkrachtig" zijn en zou de overtreding die tot de boeteoplegging heeft geleid, wellicht onvoldoende zijn bewezen. Bewijs dat reeds voldoende "draagkrachtig" bewijs aanvult, is in wezen overtuigend en zou kunnen worden gemist. Niettemin is het eveneens dragend bewijs, als het mede aan de boeteoplegging ten grondslag wordt gelegd en de "draagkracht" van het reeds voorhanden bewijs vergroot.

In verband met het voorgaande acht ik een onderscheid tussen dragend en aanvullend bewijs weinig zinvol. In alle gevallen waarin het bestuursorgaan nader bewijs bijbrengt, zal het dat doen om zoveel mogelijk zeker te stellen dat het boetebesluit niet vanwege een tekort aan bewijs sneuvelt. De hiervoor bedoelde grenzen aan de mogelijkheid voor het bestuursorgaan om na de fase van besluitvorming nadere bewijsmiddelen bij te brengen, verschillen naar mijn mening niet, al naar gelang die nadere bewijsmiddelen, gelet op het reeds voorhanden bewijsmateriaal, al dan niet cruciaal zijn voor de bewijspositie van het bestuursorgaan.

Met het voorgaande is echter nog niet de vraag beantwoord wat de Afdeling in haar uitspraak van 30 december 2015 met de term "dragend bewijs" voor ogen heeft gestaan. Kennelijk heeft de Afdeling bedoeld dat de uitsluiting van na de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming in te brengen bewijsmiddelen niet voor alle bewijsmiddelen, maar slechts voor bepaalde ("dragende") bewijsmiddelen geldt. Ik sluit niet uit dat de Afdeling met "dragende" bewijsmiddelen die bewijsmiddelen op het oog heeft gehad, die het bestuursorgaan in redelijkheid reeds in het stadium van de bestuurlijke besluitvorming aan de boeteoplegging ten grondslag had kunnen en dus had moeten leggen. Aldus beschouwd behoeft er geen groot verschil te bestaan tussen de hiervoor ontwikkelde opvatting omtrent de mogelijkheden van nader door het bestuursorgaan in (hoger) beroep in te brengen bewijs en hetgeen de Afdeling in haar uitspraak van 30 december 2015 heeft beslist.

Tussenconclusie

4.7.11 De tussenconclusie is dat de inbreng van nader bewijs door het bestuursorgaan na de afronding van het onderzoek door de toezichthouder niet categorisch is uitgesloten, maar dat de mogelijkheid daartoe na de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming door het beginsel van een afdoening van het geschil binnen een redelijke termijn en (vooral) door de beginselen

van een goede procesorde, toegespitst op hetgeen in dit verband in redelijkheid van het bestuursorgaan mocht worden gevergd, wordt begrensd.

8) In de jurisprudentie is toepassing van de bestuurlijke lus in zaken betreffende bestuurlijke boeten aanvaard (zie onder meer de uitspraak van de Afdeling van 9 juli 2014, [ECLI:NL:RVS:2014:2494](#)). Maakt het voor de toelaatbaarheid van de toepassing van dit instrument uit of het gaat om een geconstateerd gebrek in het bewijs van de overtreding (zie in dit verband de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 3 december 2014, [ECLI:NL:CBB:2014:438](#)) dan wel om een ander aspect, zoals de hoogte van de boete?

De toelaatbaarheid van de bestuurlijke lus in boetezaken

4.8.1 Alhoewel de gestelde vraag uitgaat van de toelaatbaarheid van de bestuurlijke lus, ook in zaken betreffende een bestuurlijke boete, zal ik, met het oog op de mogelijke begrenzing van die toelaatbaarheid in specifieke situaties, bij wijze van inleiding ingaan op de discussie die is gevoerd over de vraag of de bestuurlijke lus in het punitieve bestuurs(proces)recht überhaupt toelaatbaar is. Het gaat in die discussie vooral over de verhouding tussen de regeling van artikel 8:72a van de Awb, die volgens tegenstanders van de bestuurlijke lus toepassing van die lus überhaupt zou uitsluiten, en de regeling van de bestuurlijke lus in de artikelen 8:51a-d van de Awb. Ik ga allereerst nader op de totstandkoming van die beide regelingen in.

Artikel 8:72a van de Awb

4.8.2 Volgens artikel 8:72a van de Awb, dat op 1 juli 2009 in werking trad, neemt de bestuursrechter, indien hij een boetebesluit vernietigt, een beslissing omtrent het opleggen van de boete en bepaalt hij dat zijn uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking. Volgens de toelichting regelt de bepaling twee zaken: (*zie noot 120*)

"In de eerste plaats moet de rechter na vernietiging van het boetebesluit expliciet aangeven of naar zijn oordeel een boete moet worden opgelegd en, zo ja, hoe hoog die zou moeten zijn. In de tweede plaats volgt uit deze bepaling dat de uitspraak van de rechter in de plaats treedt van het vernietigde besluit, indien de rechter van oordeel is dat een (lagere) boete moet worden opgelegd."

De bepaling is destijds toegelicht met een beroep op het (onder meer uit artikel 6 van het EVRM voortvloeiende) beginsel van een effectieve rechtsbescherming, dat met zich brengt dat de rechter na vernietiging van het betrokken besluit de zaak zoveel mogelijk zelf afdoet, (*zie noot 121*) en het recht van de burger op een definitieve beslissing binnen redelijke termijn, welk recht in het bijzonder in het geval van bestraffende sancties geldt. (*zie noot 122*)

Overigens is er ook een verband met artikel 5:43 van de Awb, dat het "ne bis in idem"-beginsel voor de bestuurlijke boete introduceert en dat verhindert dat het bestuursorgaan na vernietiging van een boetebesluit door de bestuursrechter wegens dezelfde overtreding opnieuw een bestuurlijke boete aan de overtreder oplegt: (*zie noot 123*)

"Ten slotte dient nog te worden opgemerkt dat het bestuursorgaan na vernietiging door de rechter van het boetebesluit geen nieuwe boetebesluit voor hetzelfde feit kan nemen. Dit uitgangspunt wordt reeds door de belastingrechter gehanteerd. Het is wenselijk dit voor het gehele bestuursrecht te laten gelden. De betrokken burger heeft er zeker in het geval van bestraffende sancties recht op dat de zaak door de rechter definitief wordt afgedaan. Een en ander doet ook recht aan de eisen van artikel 6 EVRM om een «criminal charge» binnen redelijke termijn te behandelen. Daartoe is in artikel 8:72a de verplichting voor de rechter opgenomen zelf in de zaak te voorzien nadat hij een boetebesluit heeft vernietigd (*zie nader*

de toelichting bij dat artikel).

Volgens de toelichting sluit de bepaling niet uit dat de hoger beroepsrechter de zaak naar de rechtbank terugverwijst, zij het dat de hoger beroepsrechter van die mogelijkheid een terughoudend gebruik zou moeten maken. (*zie noot 124*)

De behandeling van de bepaling in de Eerste Kamer heeft tot de interessante vraag geleid hoe de bestuursrechter in het in artikel 8:72a van de Awb bedoelde geval zelf in de zaak kan voorzien indien het besluit onvoldoende is gemotiveerd of voorbereid en, meer in het bijzonder, of in dat geval ook een actief onderzoek door de bestuursrechter naar feiten en bewijzen tot de mogelijkheden behoort: (*zie noot 125*)

"Verder willen deze leden weten wat de reikwijdte is van de voorgestelde mogelijkheid voor de bestuursrechter om zelf in de zaak te voorzien (artikel 8:72a Awb). Bedoelt de regering de bestuursrechter ook alle mogelijkheden te bieden die nodig zijn om zelf te voorzien in een zaak, inclusief actief onderzoek naar feiten of bewijzen? Zo nee, op welke wijze kan een rechter dan zelf voorzien in een zaak waarvan het besluit onvoldoende was gemotiveerd of voorbereid? Zo ja, hoe verhoudt deze mogelijkheid zich tot artikel 8:69 Awb en de jurisprudentie daarover?"

Het antwoord van regeringszijde impliceerde dat artikel 8:72a een species is van (het toenmalige) artikel 8:72, vierde lid, van de Awb, dat de rechter die zelf in de zaak voorziet, doet wat het bestuursorgaan heeft nagelaten, dat hij daartoe gebruik kan maken van alle onderzoeksbevoegdheden die hem (in afdeling 8.2.2) zijn toegekend en dat de bevoegdheden van (het toenmalige) artikel 8:72, vierde lid, en artikel 8:72a van de Awb als ambtshalve bevoegdheden zijn geformuleerd, zodat artikel 8:69 van de Awb aan toepassing daarvan niet in de weg staat: (*zie noot 126*)

"Ingevolge artikel 8:72, vierde lid, bestaat reeds nu de mogelijkheid om zelf in de zaak te voorzien. Indien de bestuursrechter deze mogelijkheid benut, doet hij wat het bestuursorgaan, naar zijn oordeel, ten onrechte heeft nagelaten. Dit betekent dat de bestuursrechter gebruik maakt van een bevoegdheid die aan het bestuursorgaan is geattribueerd, namelijk het bindend vaststellen van een rechtspositie ten opzichte van het betreffende bestuursorgaan.

Artikel 8:72a vormt een species van artikel 8:72, vierde lid. Als de bestuursrechter een beroep tegen een bestraffende sanctie gegrond verklaart en het bestreden besluit vernietigt (artikel 8:72, eerste lid), moet hij als regel zelf in de zaak voorzien. Dit betekent dat de bestuursrechter in beginsel zelf moet bepalen of een bestraffende sanctie wordt opgelegd, en zo ja, hoe zwaar deze sanctie is. Aldus verricht hij een taak die is toegekend aan het bestuursorgaan ingevolge de wet waarop de gewraakte sanctie is gebaseerd. Artikel 8:72a bewerkstelligt dus dat een geschil over (de hoogte van) een bestraffende sanctie in beginsel finaal door de bestuursrechter wordt beslecht.

Bij de beantwoording van de vraag of hij zelf in de zaak mag of moet voorzien, kan de bestuursrechter gebruik maken van alle onderzoeksbevoegdheden die hem (in afdeling 8.2.2) zijn toegekend. In dit kader signaleren wij voorts dat de zojuist omschreven vraag «ex nunc» moet worden beantwoord, dit wil zeggen: aan de hand van de relevante feiten en omstandigheden zoals deze ten tijde van de uitspraak aan de bestuursrechter bekend zijn. Toepassing van artikel 8:72, vierde lid, - en dus ook van artikel 8:72a - is immers (tevens) een vorm van bestuurlijke besluitvorming.

Artikel 8:69 impliceert geen verplichting voor de eisende partij om een vordering te

formuleren, en bevat ook overigens geen aanknopingspunten voor de stelling dat de bestuursrechter slechts bij wijze van uitzondering zelf in de zaak mag voorzien. De artikelen 8:72, vierde lid, en 8:72a zijn geformuleerd als ambtshalve bevoegdheden, hetgeen betekent dat de bestuursrechter deze bepaling ook zonder daartoe strekkend verzoek mag toepassen. Er bestaat dan ook geen rechtstreeks verband tussen enerzijds artikel 8:69 en anderzijds de artikelen 8:72, vierde lid, en 8:72a."

De artikelen 8:51a-d van de Awb

4.8.3 Sedert 1 januari 2010 voorziet de Awb in de mogelijkheid van een zogenoemde bestuurlijke lus. In de toelichting op het initiatiefwetsontwerp Wet Vermeij, Koopmans, Neppérus bestuurlijke lus Awb is benadrukt dat toepassing van een dergelijke lus een bevoegdheid en geen verplichting is en dat het gebruik van een dergelijke bevoegdheid niet altijd zin zal hebben. In dat verband wordt het voorbeeld genoemd van een boetebesluit dat lijdt aan een naar zijn aard niet herstelbaar gebrek, omdat van een overtreding geen sprake is of de aangeschrevene niet als overtreder valt aan te merken: (*zie noot 127*)

"Het gaat om een bevoegdheid. De bestuursrechter is bij constatering van een gebrek dus niet verplicht om de bestuurlijke lus toe te passen. Zo heeft gebruik van deze bevoegdheid feitelijk geen zin als het bestreden besluit lijdt aan een gebrek dat naar zijn aard niet herstelbaar is. Hierbij valt onder meer te denken aan de situatie waarin de rechtbank bij de toetsing van een boetebeschikking oordeelt dat geen sprake is van een overtreding of dat de aangeschrevene niet als overtreder valt aan te merken. Het volgen van zo'n oordeel heeft tot gevolg dat de in geding zijnde boetebeschikking hoe dan ook moet worden herroepen, en daarmee dat het veel meer in de rede ligt om zelf in de zaak te voorzien op de wijze zoals omschreven in artikel 8:72, vierde lid. Evenzeer mogelijk is dat de bestuursrechter kiest voor het passeren van een formeel gebrek (artikel 6:22) of het in stand laten van de rechtsgevolgen van het bestreden besluit (artikel 8:72, derde lid)."

De mogelijkheid om de bestuurlijke lus überhaupt op een boetebesluit toe te passen, werd tijdens de behandeling in de Eerste Kamer expliciet aan de orde gesteld: (*zie noot 128*)

"De leden van de VVD-fractie hebben nog de volgende vraag. Is de procedure van de bestuurlijke lus ook van toepassing op de bestuurlijke boete en zo ja, wat betekent dit voor de rechtsbescherming van de burger? De leden van de VVD-fractie oordelen het namelijk minder gewenst dat de bestuurlijke lus ook van toepassing is in het geval van een bestuurlijke boete, wat uiteindelijk een strafmaatregel is. Het kan niet zo zijn dat hangende de procedure bij de bestuursrechter de grondslag voor het opleggen van de bestuurlijke boete wordt gewijzigd. Dat zou in strijd zijn met het legaliteitsbeginsel. Ter vergelijking: in het strafrecht zijn de mogelijkheden voor de Officier van Justitie om de tenlastelegging te wijzigen zeer beperkt. Het kan slechts gaan om kleine wijzigingen en bovendien moet daarvoor de toestemming van de voorzitter van de rechtbank die de zaak behandelt worden verkregen. De leden van de VVD-fractie vernemen graag de visie van de initiatiefnemers op dit punt."

De initiatiefnemers van het wetsontwerp antwoordden hierop als volgt: (*zie noot 129*)

"De leden van de VVD-fractie vroegen of de bestuurlijke lus ook kan worden toegepast in een beroep dat zich richt tegen een bestuurlijke boete. Wij menen dat dit in beginsel niet het geval is. Als een besluit waarbij een bestuurlijke boete is opgelegd, een gebrek vertoont, moet een aantal situaties worden onderscheiden. De eerste situatie is dat het gebrek naar zijn aard onherstelbaar is. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien de rechter vaststelt dat de gedraging die de belanghebbende wordt verweten niet onder een wettelijke verbodsbepaling

valt. Dan is er vanzelfsprekend geen ruimte voor toepassing van de bestuurlijke lus. Een volgende mogelijkheid is dat de rechter constateert dat het bestuur een vormfout heeft gemaakt, die op zichzelf wel herstelbaar zou zijn; de betrokkene is bijvoorbeeld ten onrechte niet gehoord over het voornemen om een boete op te leggen. Dit geval wordt geregeld in het nieuwe artikel 8:72a Awb, dat wordt voorgesteld in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb (Kamerstukken I 2007/08, 29 702, nr. A). Dat artikel verplicht de bestuursrechter om in een dergelijk geval zelf te beslissen of ondanks de vormfout een boete moet worden opgelegd en zo ja, hoe hoog deze moet zijn. Met andere woorden: de rechter is dan verplicht om zelf in de zaak te voorzien. Deze bevoegdheid gaat verder dan het toepassen van de bestuurlijke lus, zodat voor deze laatste ook in dit geval geen ruimte meer is.

Ten slotte is denkbaar dat de bestuursrechter tot het oordeel komt dat het bewijs voor de overtreding ontoereikend is. Wij menen dat in dat geval het verdedigingsbeginsel, zoals dit onder meer is neergelegd in artikel 6 EVRM, zich er tegen verzet dat de bestuurlijke lus wordt toegepast om het bestuur in de gelegenheid te stellen om alsnog aanvullend bewijs te leveren."

Bij de behandeling in de Eerste Kamer is nog het volgende opgemerkt: (*zie noot 130*)

"Mevrouw Broekers-Knol (VVD): Tot slot, de bestuurlijke lus en de bestuurlijke boete. Is de bestuurlijke lus van toepassing op de bestuurlijke boete? Op een vraag daarover van mijn fractie in het voorlopig verslag antwoorden de initiatiefnemers op pagina 6 van de memorie van antwoord dat in beginsel de bestuurlijke lus niet kan worden toegepast in een beroep dat zich richt tegen een bestuurlijke boete.

(...)

Kortom, de conclusie is helder: in het geval van een bestuurlijke boete is er geen bestuurlijke lus. Kunnen de initiatiefnemers dit zonder meer bevestigen? Zo ja, verdient het dan geen aanbeveling om dit bij een eerstvolgende wetswijziging van de Awb wettelijk vast te leggen ter voorkoming van misverstanden hierover? Wat is de opvatting van de minister van Justitie hierover?"

Door de initiatiefnemers werd als volgt gereageerd:

"Mevrouw Neppérus: Ik kom op het punt van de bestuurlijke lus en de bestuurlijke boete. (...) Wij zeggen: nee, daar moet je hem niet gaan toepassen. (...) Wij zeggen er wel bij - ik zie mevrouw Broekers-Knol al opstaan - dat je de tekst uit de Awb erbij moet nemen, met name artikel 8:72a. Ik heb het artikel vanochtend nog eens uitgeprint. Er staat toch heel nadrukkelijk: indien de rechtbank een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt, neemt zij een beslissing omtrent het opleggen van de boete en bepaalt zij dat haar uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking. Wij zeggen dus eigenlijk: dat is de *lex specialis*. Als je die afzet tegen een *lex generalis*, zeggen wij: dit is de *specialis*; dit is gewoon de regeling voor een bestuurlijke boete."

Ook minister Hirsch Ballin wees op artikel 8:72a van de Awb, dat de bestuurlijke lus zou uitsluiten: (*zie noot 131*)

"Mevrouw Broekers-Knol heeft gevraagd of wij in de Algemene wet bestuursrecht moeten vastleggen dat bij een bestuurlijke boete nooit een bestuurlijke lus kan worden toegepast. Het antwoord op die vraag is: ja. Dat is al geregeld in het op 1 juli ingevoegde artikel 8:72a."

De juistheid van die opvatting werd echter betwijfeld: (*zie noot 132*)

"Mevrouw Broekers-Knol (VVD): (...) Tot slot ga ik nog even in op de bestuurlijke boete en de bestuurlijke lus. Mij is artikel 8:72a van de Awb voorgehouden, ook door de minister van Justitie. Het staat gewoon in de wet, zei hij. In artikel 8:72a Awb staat - ik zeg het toch nog maar eventjes - indien de rechtbank een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt - dan praten we dus niet over een bestuurlijke lus - dan neemt zij een beslissing omtrent het opleggen van de boete en bepaalt zij dat haar uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking. Dan praten wij over vernietigen. Bij de bestuurlijke lus zijn we echter nog niet aan vernietigen toe. Dan is er immers een mogelijkheid voor het bestuursorgaan om een gebrek te herstellen. Ik wil met zoveel woorden de toezegging van de minister van Justitie - nogmaals en deze keer heel duidelijk, zonder beroep op artikel 8:72a Awb - dat bestuurlijke lus en bestuurlijke boete niet bij elkaar passen en dat dit, als er de mogelijkheid is dat er weer een wetswijziging komt van de Awb, wordt opgenomen in de Awb."

Minister Hirsch Ballin reageerde hierop als volgt: *(zie noot 133)*

"Minister Hirsch Ballin: Ik heb geprobeerd het laatste punt van mevrouw Broekers-Knol, zonder te verwijzen naar haar betoog, mee te nemen in mijn beantwoording aan het adres van de heer Janse de Jonge. Artikel 8:72a gaat inderdaad over de situatie van vernietiging. Dan heeft de rechter deze bevoegdheid, maar het gevolg daarvan is dat er geen aanleiding is om bij de bestuurlijke boete de lus toe te passen. (...)"

Voor alle duidelijkheid: het eerdere antwoord waaraan de minister refereerde, luidde als volgt: *(zie noot 134)*

"De heer Janse de Jonge bracht in tweede termijn een vraag op over artikel 8:72a van de Algemene wet bestuursrecht. Hij heeft er gelijk in dat de bepaling zoals zij is geredigeerd niet lijkt te voorkomen dat de bestuurlijke lus, deze rechterlijke interventie ten aanzien van een onderdeel, zou worden toegepast ten aanzien van de dwangsom. Maar artikel 8:72a betekent wel dat de rechter daar geen aanleiding toe heeft, want hij heeft geen reden om op die manier indirect te interveniëren, omdat hij bij de dwangsom het directe interventiemiddel heeft van artikel 8:72a. Dat wilde ik op dit punt tot uitdrukking brengen."

De discussie in de literatuur

4.8.4 Over de mogelijkheden om de bestuurlijke lus in boetezaken toe te passen, wordt in de literatuur verschillend geoordeeld.

Als argument tegen de toepassing van de bestuurlijke lus in boetezaken is wel aangevoerd dat zij met het "ne bis in idem"-beginsel op gespannen voet zou staan. *(zie noot 135)* Voorts is wel aangevoerd dat door toepassing van de bestuurlijke lus de ratio van artikel 8:72a van de Awb zou worden ondergraven, omdat die toepassing afbreuk zou doen, zowel aan het uitgangspunt van berechting binnen een redelijke termijn als aan de plicht van de rechter om bij vernietiging van een bestuurlijk boetebesluit zoveel mogelijk zelf in de zaak te voorzien. *(zie noot 136)* Als argument tegen toepassing van de bestuurlijke lus in boetezaken is ook aangevoerd dat die toepassing de indruk kan wekken dat de rechter door het bieden van een herkansing het bestuursorgaan helpt het bewijs rond te krijgen en dat dit in strijd met het beginsel van ongelijkheidscompensatie is. *(zie noot 137)*

Dat het verdedigingsbeginsel, zoals tijdens de behandeling van het initiatiefwetsontwerp door de initiatiefnemers is geopperd, aan toepassing van de bestuurlijke lus in boetezaken in de weg zou staan, is in de literatuur bestreden. *(zie noot 138)* Ook is bestreden dat artikel 8:72a van de Awb aan toepassing van de bestuurlijke lus in de weg zou staan. Zo is erop

gewezen dat artikel 8:72a van de Awb niet beslissend kan zijn, omdat die bepaling uitgaat van de situatie waarin het boetebesluit wordt vernietigd en zodanige vernietiging bij toepassing van de bestuurlijke lus (nog) niet aan de orde is. (*zie noot 139*) Daarnaast is erop gewezen dat artikel 8:72a van de Awb slechts is bedoeld om (met het oog op het "ne bis in idem"-beginsel) te voorkomen dat een bestuursrechter na de vernietiging van het eerste besluit op bezwaar nog een tweede einduitspraak over dezelfde boete zou moeten doen, dat de wijze waarop de bestuursrechter tot zijn einduitspraak komt, de wetgever niet interesseert (zolang de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het EVRM wordt gerespecteerd), dat voor een categorische uitsluiting van de bestuurlijke lus in boetezaken een verwijzing naar artikel 8:72a van de Awb niet volstaat en dat de wetgever, zo hij de bestuurlijke lus met betrekking tot bepaalde besluiten had willen verbieden, dat uitdrukkelijk had moeten bepalen. (*zie noot 140*) Juist met het oog op de verplichte finale afdoening wordt voor een bestuurlijke lus in boetezaken ook wel ruimte gezien, voor zover zij ertoe strekt dat het bestuur bepaalde stukken overlegt of nader bewijs levert, alvorens de bestuursrechter de zaak finaal afdoet. (*zie noot 141*) Voorts is meer in het algemeen verdedigd dat het volgen van de bestuurlijke lus in boetezaken (maar uiteraard wel binnen de begrenzing van eisen van finale geschilbeslechting, redelijke termijn en een goede procesorde), meer aanspreekt dan het rondmaken van het bewijs door de bestuursrechter dan wel het vrijuit laten gaan van een overtreder aan wie met recht een sanctie had kunnen worden opgelegd. (*zie noot 142*)

Ook schrijvers die toepassing van de bestuurlijke lus in boetezaken niet categorisch uitsluiten, pleiten wel voor enige terughoudendheid. Zo meent Stijnen uit oogpunt van rechtsbescherming dat de bestuursrechter niet al te faciliterend ten behoeve van het bestuur dient op te treden. (*zie noot 143*)

a. het bestuursorgaan is ten onrechte niet toegekomen aan een inhoudelijke heroverweging van de primaire boeteoplegging;

b. de rechter acht het aannemelijk dat sprake is van een overtreding, maar (mede) gelet op het debat tussen partijen is nadere bewijslevering ter zake (van de omvang en duur) van de overtreding nodig;

c. de overtreding staat vast, maar het beroep op het gelijkheidsbeginsel roept vragen op omtrent de inzet of hoogte van de boete. (*zie noot 144*)

De rechtspraak

4.8.5 In de rechtspraak wordt de bestuurlijke lus in boetezaken evenmin uitgesloten en wordt daaraan in het bijzonder in de hiervoor bedoelde gevallen toepassing gegeven. (*zie noot 145*) Zo kan onder meer worden gewezen op CRvB 3 augustus 2011, AB 2012/224 m.nt. R. Stijnen. Deze (tussen)uitspraak betrof de volgens de Raad niet zorgvuldig tot stand gekomen (en mede aan een bestuurlijke boete ten grondslag gelegde) vaststelling dat appellant gedurende een bepaalde periode per week 70 uur werkzaamheden als zelfstandige had verricht. Omdat de Raad in de voorhanden gegevens onvoldoende feitelijke grondslag zag om de omvang van de door appellant als zelfstandige verrichte werkzaamheden vast te stellen, droeg hij het UWV op de feiten met betrekking tot de omvang van de door appellant verrichte werkzaamheden in de betrokken periode op een zorgvuldige wijze vast te stellen en het bestreden besluit met die feiten in overeenstemming te brengen. Het oordeel dat de oorspronkelijke vaststelling niet zorgvuldig tot stand was gekomen, berustte op een ter zitting door de appellant gegeven toelichting in het licht waarvan een eerdere verklaring van de appellant een andere betekenis kreeg, op een onzekerheid over de periode waarop een eerdere verklaring betrekking had en op een ter zitting afgelegde verklaring omtrent de openingstijden van de sportschool waar de betrokken werkzaamheden werden verricht,

welke verklaring de Raad overigens voor een deel niet aannemelijk achtte. De betrokken zaak behoort tot de door Stijnen onder b onderscheiden categorie van zaken waarin de rechter het aannemelijk acht dat sprake is van een overtreding, maar (mede) gelet op het debat tussen partijen nadere bewijslevering ter zake (van de omvang en duur) van de overtreding nodig is. Tot die categorie kan mijns inziens ook de beroepszaak worden gerekend waarin aan de orde was dat reeds ingebrachte verklaringen op een wezenlijk onderdeel onvoldoende waren onderzocht en waarin volgens de rechtbank een lus kon worden toegepast om alsnog duidelijkheid over de voorgevallen feiten en omstandigheden te verkrijgen. (zie noot 146) Tot dezelfde categorie reken ik ook de door de Centrale Raad van Beroep berechte zaak waarin drie anonieme verklaringen volgens de rechter onvoldoende onderbouwing van de gestelde feiten vormden, zodat het besluit niet berustte op een zorgvuldig onderzoek en een deugdelijke motivering ontbrak. (zie noot 147)

Ook de Afdeling heeft de bestuurlijke lus in boetezaken wel toegepast; zie ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2494. De overtreding stond in die zaak weliswaar vast, maar de minister had de boete niet (kenbaar) afgestemd op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Deze zaak, waarin de inzet en de hoogte van de boete centraal stond, is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met de door Stijnen onder c onderscheiden categorie van zaken.

Volgens Haas wordt de bestuurlijke lus in belastingzaken niet gebruikt. Als de belastingrechter over onvoldoende gegevens beschikt om uitspraak te kunnen doen en de behoefte heeft aan nadere informatie van de zijde van de inspecteur, geeft hij er de voorkeur aan de zaak "aan zich te houden" en gebruik te maken van de mogelijkheid op de voet van de artikelen 8:27 en 8:28 van de Awb inlichtingen te vragen. (zie noot 148)

Zoals in de literatuur wel is gesignaleerd, wijzen met name het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep met enige regelmaat een tussenuitspraak in (hoger) beroepsprocedures tegen een boetebesluit, maar is de Afdeling beduidend meer terughoudend. (zie noot 149) Dat neemt echter niet weg dat ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven duidelijke grenzen aan de mogelijkheid van een bestuurlijke lus in boetezaken heeft gesteld. Ik wijs op CBb 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438, JOR 2015/39 m.nt. V.H. Affourtit. Daarin overwoog het College:

"4.2.7. Het is in beginsel in een zaak als deze niet de taak van de bestuursrechter, maar van het bestuursorgaan, om het bewijs "rond te maken". Het antwoord op de vraag of het ontbrekende bewijs nog valt te verkrijgen, berust op een inschatting; absolute zekerheid daarover valt veelal niet te verkrijgen. De rechter is niet gehouden iedere theoretische kans te bieden en hij mag mede in aanmerking nemen of het nadere onderzoek binnen een redelijke tijd zal zijn afgerond en hoe groot de kans van slagen is. Is er een reëel uitzicht dat het ontbrekende bewijs nog wordt geleverd, dan beslist de rechter of hij het bestuursorgaan de kans daartoe wil bieden. In een voorkomend geval kan hij dat weigeren, bijvoorbeeld als die gelegenheid zich niet verdraagt met de door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens verlangde voortvarende behandeling en gewaarborgde rechten van de verdediging. Een andere reden kan zijn dat het bestuursorgaan, mede gelet op het gewicht van de zaak, voldoende herstelkansen heeft gehad en deze onbenut heeft gelaten.

4.2.8. De tekst van de wet sluit de toepassing van de zogenoemde bestuurlijke lus in punitieve zaken niet uit, al zal de rechter bij de toepassing terughoudendheid betrachten. Anders dan ACM aanvoert, was de rechtbank niet gehouden tot het toepassen van een (al dan niet formele) bestuurlijke lus. De rechtbank heeft immers voor een in de rangorde van

artikel 8:72 hogere wijze van geschilafdoening gekozen door de boetebesluiten te herroepen. Die herroeping was naar de stand van zaken in de eerste aanleg juist, omdat het bewijs voor de overtreding ontoereikend was. Dat de taxatie door de rechtbank dat het ontbrekende bewijs niet meer viel te verzamelen achteraf wellicht onjuist blijkt doet aan de juistheid van die keuze op zichzelf niet af."

Het argument dat het bestuursorgaan voldoende herstelkansen heeft gehad en deze onbenut heeft gelaten, werd ook gehanteerd door de Afdeling in haar uitspraak van 17 december 2014, [ECLI:NL:RVS:2014:4538](#):

"6. De minister heeft in al zijn besluiten de boete niet op de juiste wijze toegelicht en is er evenmin in geslaagd dit in beroep en hoger beroep te doen, ook niet na de tussenuitspraak. Nu de bestuursrechter gelet op artikel 8:72a van de Algemene wet bestuursrecht gehouden is een beslissing te nemen over het opleggen van de boete indien hij een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt en gelet op de omstandigheid dat de minister thans vijf besluiten heeft genomen over de boetes en de omstandigheid dat hij ook in beroep en hoger beroep er niet in is geslaagd de hoogte van de boetes aan [appellante sub 2A] en [appellante sub 2B] deugdelijk te onderbouwen, ziet de Afdeling geen aanleiding de minister nogmaals in staat te stellen de gebreken in de besluitvorming te herstellen en zal de Afdeling de boetebesluiten van 14 en 18 januari 2011 herroepen."

Dat het bestuursorgaan noodzakelijk aanvullend onderzoek reeds in de onderzoeksfase van het besluit had kunnen uitvoeren, was aan de orde in CBb 14 juli 2015, [ECLI:NL:CBB:2015:198](#), AB 2015/322 m.nt. W. Sauter:

"4.18 Het aanvullend onderzoek dat ACM thans voor ogen staat om alsnog sluitend bewijs te leveren behelst een (nader) onderzoek naar de feiten die de gestelde overtredingen constitueren. ACM wil alsnog een aantal personen die schuilgaan achter de destijds door de callcenters gebruikte nummers contacteren. Het College stelt vast dat ACM reeds geruime tijd vóór 26 april 2012 kon beschikken over de door de loterijen overgelegde bellijsten, op grond waarvan ACM nu het aanvullende onderzoek wil uitvoeren, en dat er geen enkele reden is waarom ACM dit onderzoek niet reeds in de onderzoeksfase van het besluit had kunnen uitvoeren. Het College ziet daarom thans geen aanleiding om ACM dit nader onderzoek alsnog toe te staan. Dat ACM meent dat dit onderzoek in korte tijd succesvol kan worden afgerond, wat daarvan ook zij, maakt dit niet anders."

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft zich voorts beroepen op strijd met de goede procesorde als grond om een bestuurlijke lus niet toe te laten, zij het dat ook in dat verband een rol speelt of van het bestuursorgaan, gelet op het verloop van het processuele debat, had mogen worden gevergd dat het al eerder bepaalde gegevens in de procedure zou hebben ingebracht; zie CBb 9 mei 2016, [ECLI:NL:CBB:2016:107](#), JB 2016/128 m.nt. C.L.G.F.H. Albers:

"4.5 (...) Het College acht het in dit geval in strijd met de goede procesorde om de staatssecretaris in de gelegenheid te stellen het geconstateerde bewijsgebrek te herstellen. Gedurende de gehele procedure heeft appellante in steeds nauwkeuriger geformuleerde bewoordingen te kennen gegeven dat de transportbewegingen voor haar niet controleerbaar waren, omdat niet aangetoond was dat de transportmiddelen waren uitgerust met de vereiste apparatuur. Met name in het hogerberoepschrift heeft de appellante dit bezwaar op dusdanig heldere wijze verwoord, dat het de staatssecretaris duidelijk had behoren te zijn welke gegevens van hem verlangd werden. Dat de staatssecretaris vervolgens in zijn reactie op het hogerberoepschrift geen gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid de benodigde

gegevens alsnog te leveren, kan niet voor rekening van appellante komen."

De Afdeling heeft als uitgangspunt gekozen dat het bestuursorgaan het dragend bewijs van een overtreding bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming moet leveren; zie ABRvS 30 december 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:4034](#), JB 2016/30 m.nt. C.L.G.F.H. Albers. Dat sluit een bestuurlijke lus, gericht op het verkrijgen van dragend bewijs, uiteraard uit.

Evaluatie

4.8.6 Dat een bestuurlijke lus in boetezaken in het geheel niet zou zijn toegestaan, wordt, ondanks de aan de wetsgeschiedenis te ontlelen opvattingen daarover van de initiatiefnemers en de minister, naar mijn mening in de bestuursrechtspraak, ook die van de Afdeling, terecht niet aanvaard.

Alhoewel reeds in de memorie van toelichting bij het initiatiefwetsontwerp de toepasbaarheid van een bestuurlijke lus in boetezaken aan de orde is gekomen, blijkt daaruit allerm minst dat een bestuurlijke lus principieel niet zou zijn toegestaan. In de memorie van toelichting is slechts opgemerkt dat een bestuurlijke lus "feitelijk" geen zin heeft als het bestreden besluit lijdt aan een naar zijn aard onherstelbaar gebrek, in welk verband de toelichting als voorbeeld een boetezaak noemt waarin de rechter reeds tot het oordeel is gekomen dat van een overtreding geen sprake is of dat de aangeschrevene niet als overtreder kan worden aangemerkt. In die situatie (van een onherstelbaar gebrek) ligt volgens de toelichting "veel meer in de rede" dat de rechter zelf in de zaak voorziet dan dat hij een bestuurlijke lus toepast.

Kennelijk zijn de opvattingen van de initiatiefnemers gaan schuiven naar aanleiding van expliciete vragen in het verslag. Daarin werd de toepassing van een bestuurlijke lus als minder gewenst aangemerkt, omdat zij zou (kunnen) leiden tot een wijziging van "de grondslag voor het opleggen van de bestuurlijke boete" in strijd met het legaliteitsbeginsel. Ter vergelijking werd daarbij gewezen op de beperkte mogelijkheden voor wijziging van de tenlastelegging in strafzaken. In de memorie van antwoord hebben de initiatiefnemers vervolgens het standpunt ingenomen dat een bestuurlijke lus in boetezaken "in beginsel" niet mogelijk is, omdat (i) voor toepassing van de lus geen ruimte zou zijn in geval van onherstelbare besluiten (de rechter stelt bijvoorbeeld vast dat de verweten gedraging geen overtreding oplevert), (ii) de rechter zelf in geval van herstelbare vormfouten kan voorzien op grond van artikel 8:72a van de Awb en zijn bevoegdheid dienaangaande verder reikt dan toepassing van de bestuurlijke lus en (iii) in geval van volgens de rechter ontoereikend bewijs voor de overtreding het verdedigingsbeginsel, zoals dit onder meer is neergelegd in artikel 6 van het EVRM, zich ertegen verzet dat de bestuurlijke lus wordt toegepast om het bestuur in de gelegenheid te stellen alsnog aanvullend bewijs te leveren.

Waarom het verdedigingsbeginsel zich in algemene zin zou verzetten tegen toepassing van een bestuurlijke lus om het bestuursorgaan in staat te stellen een (niet bij voorbaat onherstelbaar) bewijstekort te helen, is tijdens de parlementaire behandeling van het initiatiefwetsontwerp niet nader toegelicht en valt ook niet zonder meer in te zien. Het zal voor de aangeschrevene ongetwijfeld een tegenvaller zijn, indien hij in (hoger) beroep alsnog met beslissend bewijs van de hem verweten overtreding wordt geconfronteerd. Daarmee is echter nog niet gegeven dat hij zich daartegen (in strijd met het verdedigingsbeginsel) niet naar behoren zou kunnen verweren. Het verdedigingsbeginsel (en meer in het bijzonder het recht van hoor en wederhoor) brengt uiteraard wel met zich dat de aangeschrevene voldoende gelegenheid moet worden geboden om nieuw bewijs te betwisten.

Bij de behandeling in de Eerste Kamer is ook artikel 8:72a van de Awb in de beschouwingen betrokken. Die bepaling is door de initiatiefnemers voorgesteld als *lex specialis* ten opzichte

van de regeling van de bestuurlijke lus. Die voorstelling van zaken acht ik niet houdbaar. Artikel 8:72a van de Awb regelt wat de bestuursrechter moet doen als hij een boetebesluit vernietigt; bij toepassing van een bestuurlijke lus (waartoe de rechter op grond van artikel 8:80a van de Awb een tussenuitspraak doet) is vernietiging van het boetebesluit (nog) niet aan de orde. Dat, zoals de minister aanvankelijk in de Eerste Kamer opmerkte, in artikel 8:72a van de Awb is geregeld dat bij een bestuurlijke boete nooit een bestuurlijke lus kan worden toegepast, is onjuist. Ook de minister zelf heeft die opvatting minst genomen genuanceerd. Later heeft hij immers opgemerkt dat de rechter geen aanleiding tot toepassing van het indirecte interventiemiddel van een bestuurlijke lus zal hebben, omdat hij bij de bestuurlijke boete het directe interventiemiddel van artikel 8:72a van de Awb (zelf in de zaak voorzien) heeft. Dat is echter niet concludent, omdat daarmee toepassing van een bestuurlijke lus niet is uitgesloten.

Dat toepassing van de bestuurlijke lus in boetezaken met de ratio van artikel 8:72a van de Awb in strijd zou zijn, kan ik evenmin volgen. Artikel 8:72a van de Awb verplicht tot finale afdoening van boetezaken. Een bestuurlijke lus draagt aan zodanige afdoening bij; zij is, in de woorden van Koenraad, (*zie noot 150*) één van de "finaliseringsinstrumenten" waarvan de bestuursrechter - ook bij de beslechting van boetegeschillen - in beginsel gebruik mag maken.

In dit verband moet in het bijzonder worden bedacht dat artikel 8:72a van de Awb niet ertoe strekt dat met de vernietiging van het boetebesluit door de bestuursrechter de boete automatisch van de baan is. De bestuursrechter moet in geval van vernietiging in beginsel zelf bepalen of een boete wordt opgelegd, en zo ja, hoe hoog die boete is. Die verplichting van de bestuursrechter houdt althans mede verband met de bepaling van artikel 5:43 van de Awb, die met zich brengt dat het bestuursorgaan zelf na vernietiging van het boetebesluit geen nieuwe boete voor dezelfde overtreding kan opleggen. (*zie noot 151*) Artikel 8:72a van de Awb verplicht de rechter mede daarom alsnog te doen wat het bestuursorgaan had moeten doen maar als gevolg van het "ne bis in idem"-beginsel niet meer kan doen. Daarbij treedt de bestuursrechter als het ware in de plaats van het bestuursorgaan. Zoals in de wetsgeschiedenis is benadrukt, maakt de bestuursrechter daarbij ("ex nunc") gebruik van de bevoegdheid die aan het bestuursorgaan is geattribueerd, namelijk die tot het bindend vaststellen van een rechtspositie ten opzichte van het betreffende bestuursorgaan. (*zie noot 152*)

Bij de totstandkoming van artikel 8:72a van de Awb is voorts onderkend dat, ook met het oog op de verplichte afdoening door de rechter zelf, nadere instructie noodzakelijk kan zijn. Zo heeft de behandeling van de bepaling in de Eerste Kamer tot de vraag geleid hoe de bestuursrechter zelf in de zaak kan voorzien indien het besluit onvoldoende is gemotiveerd of voorbereid en, meer in het bijzonder, of in dat geval ook een actief onderzoek door de bestuursrechter naar feiten en bewijzen tot de mogelijkheden behoort. (*zie noot 153*) Van regeringszijde werd geantwoord dat de bestuursrechter bij de beantwoording van de vraag of hij zelf in de zaak mag of moet voorzien, gebruik kan maken van alle onderzoeksbevoegdheden die hem (in afdeling 8.2.2 van de Awb) zijn toegekend. Toepassing van de bestuurlijke lus en afdoening door de bestuursrechter zelf na eigen onderzoek behoeven niet noodzakelijkerwijs tot materieel verschillende uitkomsten te leiden. De bestuurlijke lus is een aantrekkelijk alternatief voor nader eigen onderzoek door de bestuursrechter, als zij, sneller en eenvoudiger dan eigen onderzoek, tot de door de bestuursrechter gewenste duidelijkheid kan leiden.

Ten slotte teken ik nog aan dat ik, zoals hiervóór onder 4.7.6 (in fine) reeds aan de orde

kwam, toepassing van een bestuurlijke lus, resulterend in een nieuw besluit, niet met het "ne bis in idem"-beginsel in strijd acht.

De begrenzing

4.8.7 De mogelijkheid van toepassing van een bestuurlijke lus in boetezaken is weliswaar niet uitgesloten, maar zij is niet onbegrensd. Zoals ook de voorstanders van die mogelijkheid benadrukken, zal die toepassing niet in de weg mogen staan aan een finale beslissing binnen redelijke termijn, en zullen de rechten van de verdediging en de eisen van een goede procesorde moeten worden geëerbiedigd.

Zoals eerder aan de orde kwam, sluit de Afdeling inbreng van "dragend" bewijsmateriaal door het bestuursorgaan na de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming uit. (*zie noot 154*) Een dergelijke uitsluiting impliceert uiteraard mede uitsluiting van een bestuurlijke lus die tot het vergaren van "dragend" bewijs strekt. Uit de behandeling van de zevende vraag vloeit voort dat ik het inbrengen van nieuwe bewijsmiddelen na de afronding van het onderzoek door de toezichthouder en ook in (hoger) beroep niet categorisch uitgesloten acht.

Voor een principieel onderscheid met betrekking tot de toelaatbaarheid van toepassing van de bestuurlijke lus tussen zaken waarin een bewijstekort of een ander gebrek aan de orde is, zie ik ook overigens geen grond.

Of de hiervoor bedoelde begrenzing veel ruimte zal laten voor een bestuurlijke lus die louter op het bijbrengen van nader bewijs is gericht, moet intussen worden betwijfeld. Het kan naar mijn mening niet zo zijn dat bewijsmiddelen die vanwege strijd met de eisen van een goede procesorde niet meer (spontaan) door het bestuursorgaan in het geding mogen worden gebracht, alsnog door toepassing van de bestuurlijke lus zouden kunnen worden toegelaten. Ook voor eventueel door middel van een bestuurlijke lus te vergaren bewijs zal mijns inziens moeten gelden dat er voor het bestuursorgaan goede redenen waren om dat bewijs niet eerder (spontaan) in het geding te brengen. Het gegeven dat de rechter blijkens zijn tussenuitspraak van oordeel is dat onvoldoende bewijs voor de overtreding voorhanden is (en dat voor toereikend bewijs dus nader bewijs nodig zou zijn), acht ik op zichzelf niet een dergelijke goede reden, ook niet als de rechter een reële kans aanwezig zou achten dat het bestuursorgaan het vereiste aanvullende bewijs alsnog zou kunnen leveren. Alhoewel ik voor een op nadere bewijsvoering gerichte bestuurlijke lus maar weinig ruimte zie, acht ik haar niet geheel uitgesloten. Zo is denkbaar dat de rechter met de toepassing van de bestuurlijke lus reageert op een "bewijsaanbod" van het bestuursorgaan ten aanzien waarvan al is aangetoond dat het niet eerder kon worden gedaan, of dat met de (tussen)uitspraak zelf een verrassende wending aan de zaak wordt gegeven, bijvoorbeeld omdat volgens de rechter uit nieuwe (Europese) rechtspraak volgt dat voor de betrokken overtreding meer of andere feiten en omstandigheden van belang zijn dan bij de behandeling van de zaak werd aangenomen. Overigens kan de vraag rijzen of in het laatste geval een heropening van het onderzoek (artikel 8:68 van de Awb) niet meer voor de hand ligt dan een toepassing van de bestuurlijke lus.

Bij dit alles past nog de kanttekening dat de Awb de bestuursrechter niet tot toepassing van de bestuurlijke lus verplicht en de bestuursrechter ook buiten het geval van strijd met de eisen van een goede procesorde van toepassing van de bestuurlijke lus kan afzien. Dat laat ruimte voor een hoe dan ook terughoudende toepassing van de bestuurlijke lus ter verkrijging van nader bewijs. Daarbij kan ik mij zeer wel voorstellen dat de rechter ten aanzien van andere gebreken dan bewijsgebreken (die de feitelijke grondslag van de boeteplegging betreffen), zoals een onvoldoende motivering van de opgelegde boete, tot minder terughoudendheid zal zijn geneigd en eerder ruimte voor toepassing van een bestuurlijke lus

zal zien. (zie noot 155) Daarbij ware te bedenken dat veel van de weerstand tegen de bestuurlijke lus in boetezaken juist tegen haar toepassing om bewijsgebreken te herstellen, lijkt te zijn ingegeven.

5. Samenvatting van de antwoorden

1. De toezichthouder behoeft bij het afnemen van een verhoor geen gebruik te maken van een beëdigde tolk. Het is toelaatbaar dat de toezichthouder van een telefonische tolk gebruik maakt.

2. Met het oog op de identificatie van de opsteller van het boeterapport mag in de regel worden verlangd dat het rapport door hem wordt ondertekend. Het ontbreken van een ondertekening behoeft echter geen consequenties te hebben, als de identiteit van de opsteller van het rapport op andere wijze onomstotelijk kan worden vastgesteld.

Gelet op de inmiddels in artikel 29a, derde lid, Sv opgenomen regeling ligt het in de rede dat degene die wordt verhoord met het oog op een aan hem op te leggen bestraffende sanctie, zijn verklaring ondertekent als hij zich met de weergave daarvan kan verenigen. Het ontbreken van een handtekening kan aanleiding tot discussie over de juistheid van de verklaring geven.

De wet dwingt er niet toe dat als getuigen gehoorde personen hun verklaring ondertekenen. Ondertekening door de getuige kan de ruimte voor latere discussies over de juistheid van diens verklaring echter beperken.

3. De handhavende instanties moeten de cautie geven aan een persoon die wordt verhoord met het oog op een aan hem op te leggen sanctie. Van dat laatste is sprake indien naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat van een "verhoor" met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete sprake is.

Aan getuigen behoeft de cautie niet te worden gegeven.

Uit de wet en het EVRM vloeit niet voort dat in het kader van een controlebezoek waarbij vragen worden gesteld, de cautie moet worden gegeven. Dat betekent overigens niet dat een ("wilsafhankelijke") verklaring die, zonder dat de cautie was gegeven, onder dwang is verkregen, aan een later aan de verhoorde persoon op te leggen boete ten grondslag kan worden gelegd; de zogeheten reflexwerking van het zwijgrecht verzet zich daartegen.

Als het verhoor van een getuige als gevolg van hetgeen de getuige verklaart "van kleur verschiet" en voortzetting van het verhoor (mede) op het opleggen van een bestraffende sanctie aan degene die wordt verhoord zou zijn gericht, dient de cautie vóór de daadwerkelijke voortzetting van het verhoor te worden gegeven.

4. Voor de vastlegging van de verklaring van een verdachte in een strafzaak gelden sedert 1 maart 2017 nadere eisen, waaronder de eis dat die verklaring zo volledig mogelijk en zoveel mogelijk in de vorm van vraag en antwoord wordt opgenomen en dat de verdachte zijn verklaring ondertekent, indien hij daarmee instemt. Het ligt voor de hand voor de vastlegging van de verklaring van de te beboeten persoon ten overstaan van de toezichthouder thans gelijke eisen te hanteren.

Voor de vastlegging van de verklaring van een ten overstaan van de toezichthouder afgelegde getuigenverklaring gelden geen formele eisen. Wel geldt voor de

getuigenverklaring de materiële eis dat zij geen gissingen en conclusies mag bevatten. De grens tussen gissingen en conclusies enerzijds en omstandigheden die een getuige waarneemt of ondervindt, is niet altijd eenvoudig te trekken. De getuige hoeft niet vóór zijn verhoor op de hoogte te worden gesteld van de exacte achtergronden van zijn verhoor en van de consequenties die zijn verklaring voor derden zou kunnen hebben.

5. Het incorporeren van het boeterapport in een aan de vermeende overtreder te verzenden voornemen tot boeteoplegging is problematisch. Het boeterapport dient als een eigenstandig stuk te worden opgemaakt.

6. Aan het uitgangspunt dat volgens vaste jurisprudentie in beginsel van de juistheid van een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt boeterapport mag worden uitgegaan, komt slechts betekenis toe voor hetgeen de verbalisant uit eigen waarneming en ondervinding heeft verklaard. Het uitgangspunt impliceert dus bijvoorbeeld niet zonder meer de juistheid van de vertolking of vertaling, mede ten behoeve van de verbalisant, van een ten overstaan van de verbalisant afgelegde verklaring.

Door de beboete persoon in een later stadium van de procedure overgelegde afwijkende verklaringen zullen in beginsel door het bestuursorgaan en de bestuursrechter in aanmerking moeten worden genomen. De latere (afwijkende) verklaringen zullen niet per se boven de eerdere, ten overstaan van de toezichthouder afgelegde verklaringen prevaleren. Het zal aan de beboete persoon zijn aan te tonen dat en waarom niet van de eerder afgelegde verklaringen mag worden uitgegaan.

7. Het is toelaatbaar dat het bestuursorgaan na afronding van het onderzoek door de toezichthouder (en ook in (hoger) beroep) nader bewijs vergaart en aan de boeteoplegging ten grondslag legt. Na de fase van besluitvorming zal het inbrengen van nieuwe bewijsmiddelen echter ontoelaatbaar zijn, indien daardoor de redelijke termijn wordt overschreden, de rechten van de verdediging worden geschaad of de inbreng van nieuwe bewijsmiddelen in strijd moet worden geacht met de eisen van een goede procesorde, toegespitst op hetgeen in dit verband in redelijkheid van het bestuursorgaan mocht worden gevergd.

8. De bestuurlijke lus is in boetezaken niet principieel uitgesloten. Voor zover zij strekt tot het bijbrengen van nieuw bewijs, gelden daarvoor tenminste gelijke beperkingen als voor het inbrengen van nader bewijs als bedoeld in het antwoord op vraag 7. Als gevolg daarvan is er voor een bestuurlijke lus, gericht op nadere bewijsgaring, slechts weinig ruimte, maar geheel uitgesloten is zij niet.

Voorts mag worden aangenomen dat de bestuursrechter hoe dan ook terughoudend zal zijn de bestuurlijke lus voor het herstellen van bewijsgebreken (die de feitelijke grondslag van de boeteoplegging raken) toe te passen, méér dan ten aanzien van andere gebreken, zoals de disproportionaliteit van de opgelegde boete.

w.g. Keus
staatsraad advocaat-generaal

(1) Zaaknummer 11663/04, ECLI:CE:ECHR:2012:0405JUD001166304.

(2) M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, Deventer:

Kluwer 2013, p. 2, 12 en 13.

(3) R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deventer: Kluwer 2010, onder 23.3.3.42.

(4) N. Verheij, 'Tussen toen en nu, Het relevante tijdstip voor besluitvorming in bezwaar en toetsing in beroep', JBplus 2003, p. 26-47. Zo schrijft artikel 83a Vreemdelingenwet 2000 in asielzaken een toetsing "ex nunc" voor.

(5) Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 35.

(6) Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 36.

(7) Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 37.

(8) R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deventer: Kluwer 2010, onder 23.3.3.44, waarin wordt verwezen naar PG Awb II, MvT, p. 173 en 175. In de bedoelde passage op p. 173 wordt de bevoegdheid van de bestuursrechter om ambtshalve de feiten aan te vullen, voorgesteld als één van de kenmerken, waarin het zoeken naar de materiële waarheid als derde belangrijke karakteristiek van het bestuursprocesrecht zich vertaalt. In de bedoelde passage op p. 175 wordt bevestigd dat het streven naar het zoeken van de materiële waarheid in de opzet van de Awb overeind blijft, zij het in zijn uitwerking belangrijk gerelativeerd, en wordt de bevoegdheid ambtshalve de feiten aan te vullen voorgesteld als (rechtstreeks uit de ongelijkheidscompensatie voortvloeiend) specifiek kenmerk van het bestuursprocesrecht.

(9) Vgl. R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deventer: Kluwer 2010, onder 23.3.1.26 en 23.3.4.51, die wijzen op de neiging het proces voor de bestuursrechter steeds meer te zien als een volwaardig partijenproces en op de daaraan inherente tendens van formalisering.

(10) Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 3, p. 2. Zie ook R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deventer: Kluwer 2010, onder 23.3.3.44.

(11) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 118. Waar in de bedoelde passage in de memorie van toelichting wordt gesproken van "de burger", moet worden bedacht dat de door het EVRM en de Awb geboden rechtsbescherming niet slechts geldt voor natuurlijke personen, maar ook voor rechtspersonen, alhoewel enkele van de rechten en vrijheden zoals gewaarborgd door het EVRM zich niet voor uitoefening door rechtspersonen lenen. Men denke bijvoorbeeld aan de door artikel 9 EVRM (mede) gewaarborgde "freedom of conscience"; zie ECRM 12 oktober 1988 (Verein Kontakt tegen Oostenrijk), 11921/86, D.R. no 57-B, p. 91: "Moreover, the rights primarily invoked, i.e. the right to freedom of conscience under Article 9 (Art. 9) of the Convention and the right not to be subjected to degrading treatment or punishment (Article 3), are by their very nature not susceptible of being exercised by a legal person such as a private association."

(12) Kamerstukken II 29 702, 2003/04, nr. 3, p. 127. Zie ook R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat, Deventer: Kluwer 2010, onder 23.3.3.46.

(13) C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014' in: C.L.G.F.H. Albers e.a., Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?, VAR-reeks 152, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 77. In voetnoot 392 merkt Albers overigens op dat de bewijsfuik op andere terreinen van het (bijzonder) bestuursrecht nog niet zonder meer uit beeld lijkt te zijn verdwenen.

(14) Wet van 20 december 2012 tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht en aanverwante wetten met het oog op enige verbeteringen en vereenvoudigingen van het bestuursprocesrecht (Wet aanpassing bestuursprocesrecht), Stb. 2012, 682; zie voor de inwerkingtreding per 1 januari 2013 Stb. 2012, 684.

(15) Zie L.M. Koenraad in zijn noot onder 4 bij rechtbank Almelo 29 oktober 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY1625, AB 2012/394.

(16) Zie over (de omvang van) het recht op een tolk o.m. EHRM 19 december 1989 (Kamasinski tegen Oostenrijk), nr. 9783/82, ECLI:NL:XX:1989:AD0982, NJ 1994/26 m.nt. E.A. Alkema.

(17) Wet van 28 februari 2013 tot implementatie van richtlijn nr. 2010/64/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 betreffende het recht op vertolking en vertaling in strafprocedures (PbEU L 280), Stb. 2013, 85; zie voor de inwerkingtreding Stb. 2013, 268.

(18) Aldus de Aanwijzing bijstand van tolken en vertalers bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten (aanwijzing van het College van procureurs-generaal), Stcrt. 2013, 35062.

(19) Wet van 11 oktober 2007, Stb. 2007, 375; zie voor de inwerkingtreding per 1 januari 2009 Stb. 2008, 555.

(20) Kamerstukken II 2004/05, 29 936, nr. 3, p. 4 ("de afnameplicht voor aangewezen instanties"), p. 5 ("een afnameplicht voor bepaalde afnemers") en p. 23 ("Via een afnameplicht wordt gewaarborgd dat de hiervoor genoemde instanties ook enkel van deze gerechtstolken en beëdigd vertalers gebruik maken.").

(21) Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 19 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW2561.

(22) Zie ook Aanwijzing bijstand van tolken en vertalers bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten, Stcrt. 2013, 35062, onder 3.7, en Kamerstukken II 2004/05, 29 936, nr. 3, p. 24.

(23) Zie HR 17 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1446, NJ 2014/340, rov. 2.5: "Anders dan het middel betoogt, staat art. 28 (oud) van de Wet beëdigde tolken en vertalers niet eraan in de weg dat het verhoor van een persoon die de Nederlandse taal niet (voldoende) beheerst, niet steeds plaats vindt met bijstand van - in beginsel - een in het register voor tolken ingeschreven tolk. Het verhoor kan plaatsvinden in een taal die de te horen persoon en de verbalisant in voldoende mate beheersen. Het oordeel van het Hof dat de omstandigheid dat de aangeefster zonder een beëdigde tolk in de Marokkaanse taal is gehoord door verbalisanten, van wie één de Marokkaanse taal beheerst, niet ertoe dient te leiden dat de door haar afgelegde verklaring van het bewijs moet worden uitgesloten, nu er - kort gezegd - geen redenen zijn om te twijfelen aan de juistheid van de weergave van die verklaring in het proces-verbaal en aan de betrouwbaarheid van de verklaring, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Het middel is tevergeefs voorgesteld."

(Vgl. in dit verband ook de conclusie van AG Vellinga (ECLI:NL:PHR:2014:1494) voor HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:3282 (afdoening met toepassing van artikel 81, eerste lid, van de Wet op de rechterlijke organisatie; hierna: RO) over een situatie waarin vragen die een verdachte niet begreep zo nodig in het Engels werden toegelicht; HR 21 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4412 (géén uitsluiting van het onderzoeksresultaat van het bewijs) over een ademonderzoek waarbij geen tolk aanwezig was maar tussen de verdachte en de opsporingsambtenaren een zodanige communicatie mogelijk was dat de verdachte hen

begreep; de conclusie van AG Vegter (ECLI:NL:PHR:2010:BM6913) voor HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6913 (afdoening met toepassing van artikel 81, eerste lid, van de RO) over een voor de inwerkingtreding van de afnameplicht gehouden verhoor van verdachten door Nederlandse politieambtenaren in de Duitse taal; de conclusie van AG Jörg (ECLI:NL:PHR:2001:ZD2791) voor HR 19 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2791 (afdoening met toepassing van artikel 101a van de RO), waarin het toelaatbaar werd geoordeeld het verhoor in een andere taal te doen plaatsvinden indien de verdachte en de verbalisant beiden van oordeel zijn die taal voldoende te beheersen.

(Anders: Hof Arnhem 19 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW2561, waarin het feit dat (niet een verbalisant maar) de schoonmoeder van de verdachte bij diens politieverhoor als tolk was opgetreden, wegens strijd met artikel 28 van de Wbtv tot bewijsuitsluiting van de verklaring van de verdachte wegens onherstelbaar vormverzuim leidde.

(24) Kamerstukken II 2004/05, 29 936, nr. 3, p. 10.

(25) Kamerstukken II 2011/12, 33 355, nr. 3, p. 20-21; zie ook Kamerstukken II 2011/12, 33 355, nr. 7, p. 14, waar werd herhaald dat de richtlijn en derhalve ook het wetsvoorstel geen betrekking hebben op bestuurlijke boetes, en met betrekking tot de vertaling van stukken "rondom een (forse) bestuurlijk boete" werd opgemerkt dat via artikel 5:49, tweede lid, van de Awb is verzekerd dat de overtreder, indien dit voor zijn verdediging nodig is, in een voor hem begrijpelijke taal van de relevante documenten zal kunnen kennisnemen.

(26) ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6444, rov. 2.6.2 ("(...) Uit de wet, de uitvoeringsregels noch de beleidsregels volgt dat bij het gehoor van een vreemdeling die de Nederlandse taal niet machtig is een tolk dient op te treden die voorafgaande aan het gehoor wordt beëdigd. (...)"); ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:89, rov. 3.1 ("(...) Nu de vreemdeling niet door een politieambtenaar is gehoord, maar door de inspecteurs met behulp van een als tolk fungerende politieambtenaar, is artikel 28, eerste lid, aanhef en onder e, van de Wet beëdigde tolken en vertalers niet op het horen van de vreemdeling van toepassing. (...)").

(27) Artikel 1 van de Regeling uitbreiding afnameplicht Wbtv, Stcrt. 2015, 4089.

(28) Volgens de brochure "Wat doet de Inspectie SZW?" houdt de Directie Arbeidsmarktfraude toezicht op de naleving van de Wet arbeid vreemdelingen, de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (ter bestrijding van illegale arbeid, ontduiking van het minimum-loon, arbeidsuitbuiting, malafide arbeidsbemiddeling en andere vormen van arbeidsmarktfraude)", en is Directie Opsporing "verantwoordelijk voor de strafrechtelijke handhaving met betrekking tot arbeidsmarktfraude, arbeidsuitbuiting, (georganiseerde) uitkeringsfraude en fraude met arbeidsgerelateerde subsidies".

(29) Kamerstukken II 2004/05, 29 936, nr. 3, p. 6.

(30) Kamerstukken II 2011/12, 33 355, nr. 3, p. 11/12.

(31) Kamerstukken II 2011/12, 33 355, nr. 3, p. 29.

(32) Aanwijzing bijstand van tolken en vertalers bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten, Stcrt. 2013, 35062, onder 3.6.

(33) ABRvS 20 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:108, rov. 4.2; ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2913, rov. 4.3; ABRvS 23 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3968, rov. 4.1; ABRvS 16 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK6766, rov. 2.4; CRvB 12 maart 2013,

ECLI:NL:CRVB:2013:BZ4068, rov. 4.6.

(34) T&C Sv (2015), artikel 153, aant. 3a (A.M. van Hoorn; 11-12-2016), met verwijzing naar HR 9 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5768, NJ 2009/84 (zie ook de conclusie van AG Knigge voor dat onder 9-11).

(35) Vgl. o.m. HR 16 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2481, NJ 2007/67, rov. 3.7. Vgl. voor een geval waarin processen-verbaal van niet bevoegde opsporingsambtenaren die niet als processen-verbaal in de zin van artikel 344, eerste lid, aanhef en onder 2o, Sv werden aangemerkt, elkaar als andere geschriften in de zin van art. 344, eerste lid, aanhef en onder 5o, van het Sv over en weer konden ondersteunen, HR 15 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6142, NJ 2010/356, rov. 4.8.

(36) Stb. 2016, 476; zie voor de inwerkingtreding per 1 maart 2017, Stb. 2017, 66.

(37) Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming, PbEU 2013, L 294/1-12.

(38) Kamerstukken II 2014/15, 34 159, nr. 3, p. 2.

(39) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 147.

(40) ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3471, AB 2017/48 m.nt. T.N. Sanders.

(41) Zie bijvoorbeeld CRvB 7 november 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ1819, AB 2007/73 m.nt. H.E. Bröring.

(42) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 122 ("Dit rapport (het boeterapport; LK) is de bestuursrechtelijke tegenhanger van het proces-verbaal van de opsporingsambtenaar, met dien verstande dat het geen bijzondere bewijskracht heeft.").

(43) Zie o.m. ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:996.

(44) Zie o.m. CRvB 1 maart 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP6855, AB 2011/163 m.nt. A.T. Marseille, rov. 5.3.4: "Anders dan de rechtbank, acht de Raad niet van wezenlijk belang dat de betreffende opsporingsambtenaar het proces-verbaal niet heeft ondertekend (...)."; CBb: 21 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ9556: "Het College stelt weliswaar vast dat dit proces-verbaal niet is ondertekend door de controleambtenaren, maar ziet daarin geen aanleiding voor het oordeel dat van de in dit proces-verbaal opgenomen bevindingen van de controleambtenaren niet kan of mag worden uitgegaan. Daartoe acht het College mede van belang dat, ondanks dat het proces-verbaal door hen niet is ondertekend, deze wel de bevindingen weergeeft van de twee tot controle en opsporing bevoegde ambtenaren van VWA. Bovendien is uit zowel het niet-ondertekende proces-verbaal als de uitdraai "Inspectiebevindingen" te achterhalen welke twee controleambtenaren het bewuste inspectiebezoek hebben verricht."

(45) Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:756: "7.1 (...) Hoewel het de voorkeur verdient te beschikken over een ondertekend exemplaar van een proces-verbaal, betekent het enkele feit dat het proces-verbaal, zoals dat bij de mededeling is gevoegd, niet door de verbalisant is ondertekend, evenmin dat de daarin weergegeven jegens politieambtenaren afgelegde verklaringen reeds ter zijde moeten worden geschoven op basis van de enkele ontkenning van [appellant] op enig moment nadien dat hij die verklaring aldus

heeft afgelegd.”

(46) Zie o.m. ABRvS 18 november 2009, [ECLI:NL:RVS:2009:BK3681](#): “Dat [directeur] niet heeft ondertekend, omdat zijn verklaring onjuist zou zijn weergegeven, heeft [appellante] niet aannemelijk gemaakt.”; ABRvS 17 augustus 2011, [ECLI:NL:RVS:2011:BR5190](#): “De Afdeling ziet, anders dan [appellant] stelt, geen aanleiding voor het oordeel te twijfelen aan de juistheid van het proces-verbaal van verhoor vanwege het ontbreken van zijn handtekening.”; ABRvS 12 maart 2014, [ECLI:NL:RVS:2014:843](#): “In het door [appellant] ter zitting naar voren gebrachte dat hij het proces-verbaal van verhoor van 5 februari 2012 niet heeft ondertekend, maakt niet dat niet van de juistheid van dat proces-verbaal mag worden uitgegaan. De Afdeling heeft eerder, onder meer bij uitspraak van 11 april 2012, [ECLI:NL:RVS:2012:BW1554](#), overwogen dat een bestuursorgaan, evenals de rechter, in beginsel mag uitgaan van de juistheid van een op ambtseed dan wel op ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal, tenzij tegenbewijs noopt tot afwijking van dit uitgangspunt. De enkele stelling van [appellant] dat niet van de juistheid van het proces-verbaal van 5 februari 2012 mag worden uitgegaan, omdat dit niet is ondertekend, is onvoldoende om van dit uitgangspunt af te wijken.”; ABRvS 13 april 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:996](#): “[appellant] heeft niet aannemelijk gemaakt dat de arbeidsinspecteurs hem woorden in de mond hebben gelegd of de verklaring onjuist hebben weergegeven. In het licht van het vorenstaande, is het niet ondertekenen van de verklaring van 22 juli 2013 onvoldoende voor het aannemen van een bijzondere omstandigheid als hiervoor bedoeld. Derhalve heeft de rechtbank terecht overwogen dat de minister er terecht van is uitgegaan dat [appellant] heeft verklaard als in de verklaring bij het boeterapport is vermeld en deze terecht aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd.”

(47) Zie voor het ontbreken van een handtekening bijvoorbeeld CRvB 3 april 2007, [ECLI:NL:CRVB:2007:BA3407](#); zie voor een wel ondertekende verklaring bijvoorbeeld CRvB 6 december 2016, [ECLI:NL:CRVB:2016:4707](#), rov. 4.4.3: “(...) Appellante heeft de verklaring mede ondertekend nadat zij had aangekruist dat zij de op schrift gestelde verklaring had begrepen en dat deze overeenkwam met wat zij mondeling had verklaard. Gelet op het voorgaande bestaat geen aanleiding voor de conclusie dat de communicatie ontoereikend is geweest en dat als gevolg daarvan de verklaring niet overeenkomt met wat appellante heeft bedoeld te verklaren en met wat zij mondeling heeft verklaard.” Overigens sluit ondertekening van een verklaring niet a priori uit dat de bestuursrechter daaraan toch voorbijgaat; zie bijvoorbeeld CRvB 1 september 2016, [ECLI:NL:CRVB:2016:5119](#).

(48) HR 16 april 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY5706](#), NJ 2013/310 m.nt. B.F. Keulen.

(49) Zie HR 19 februari 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY5321](#), NJ 2013/308 m.nt. B.F. Keulen, waarin de Hoge Raad de criteria voor bewijsuitsluiting op grond van artikel 359a Sv nader heeft uitgewerkt. In rov. 2.4.1 overwoog de Hoge Raad onder meer: “(...) De eerste factor is “het belang dat het geschonden voorschrift dient”. De tweede factor is “de ernst van het verzuim”. Bij de beoordeling daarvan zijn de omstandigheden van belang waaronder het verzuim is begaan. Daarbij kan ook de mate van verwijtbaarheid van het verzuim een rol spelen. De derde factor is “het nadeel dat daardoor wordt veroorzaakt”. Bij de beoordeling daarvan is onder meer van belang of en in hoeverre de verdachte door het verzuim daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad. Daarbij verdient opmerking dat het belang van de verdachte dat het gepleegde feit niet wordt ontdekt, niet kan worden aangemerkt als een rechtens te respecteren belang, zodat een eventuele schending van dit belang als gevolg van een vormverzuim niet een nadeel oplevert als bedoeld in art. 359a, tweede lid, Sv (vgl. HR 4 januari 2011, [LJN BM6673](#), NJ 2012/145, rov. 3.2.2). Opmerking verdient tevens dat indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het

belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim."

(50) HR 26 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9475, NJ 1994/629 m.nt. G.J.M. Corstens.

(51) EHRM 17 december 1996 (Saunders tegen Verenigd Koninkrijk), ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, NJ 1997/699 m.nt. G. Knigge.

(52) Zie Kamerstukken II 2003/03, 29 702, nr. 3, p. 97: "Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt wel dat onder omstandigheden verklaringen die voorafgaand aan de criminal charge op grond van een plicht tot informatieverstrekking zijn afgelegd, niet mogen worden gebruikt voor het bewijs van een overtreding waarop een bestraffende sanctie staat. Men zie naast het reeds genoemde Saunders-arrest ook (EHRM 3 mei 2001, EHRC 2001, nr. 45; BNB 2002, nr. 26; AB 2002, 343 (J.B./Zwitserland); vgl. ook HR 27 juni 2001, AB 2002/342." Zie ook de noot van E.E.V. Lenos bij EHRM 3 mei 2001, ECLI:NL:XX:2001:AL1323, NJCM 2002, p. 606-615, onder 3: "Uit het Saunders-arrest blijkt dat verklaringen die voorafgaand aan de charge onder dwang zijn verstrekt met een beroep op het nemo tenetur-recht na de charge buiten de criminal charge-procedure kunnen worden gehouden." Ook de belastingkamer van de Hoge Raad heeft een dergelijke consequentie aan het Saunders-arrest verbonden; zie HR 27 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2314, AB 2002/342 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en M.J.J.P. Luchtman onder AB 2002/343, rov. 3.4: "(...) Gelet op het arrest Saunders brengt het een en ander in een geval als het onderhavige, waarin een belastingplichtige aan het EVRM niet het recht kan ontnemen zich te onttrekken aan de verplichting gegevens, inlichtingen en bescheiden te verstrekken, mee dat een verklaring die de betrokkene heeft afgelegd ter voldoening aan die verplichting, niet mag worden gebruikt ten behoeve van de boeteplegging. (...)". Volgens Jansen en Luchtman in hun genoemde noot gaat de Hoge Raad hiermee verder dan uit het arrest Saunders voortvloeit: "De medewerkingsplichten van de AWR blijven ten behoeve van de heffing onverkort gelden (vgl. ook HR 8 juli 1998, BNB 1998/326, m.nt. P.J. Wattel). Mocht aldus verkregen informatie echter tevens van belang blijken voor een parallel lopend of later volgend punitief sanctietraject, dan neemt het nemo tenetur-beginsel de vorm aan van een bewijsuitsluitingsgrond. Materiaal dat zijn bestaan dankt aan de wil van de betrokkene mag in die gevallen niet voor die doeleinden als bewijs worden gebruikt. Evenmin is dan een omkering van de bewijslast toegestaan. Op dit punt is de Hoge Raad strenger dan het EHRM dat - zo leiden wij althans uit het Saunders-arrest (...) af - niet onder alle omstandigheden zal komen tot bewijsuitsluiting van materiaal dat zijn bestaan dankt aan de wil van de betrokkene en primair werd verkregen voor niet-punitieve doeleinden." De civiele kamer van de Hoge Raad heeft zich bij de benadering van de belastingkamer aangesloten door te oordelen dat in een civielrechtelijk kort geding de belastingplichtige onder last van een dwangsom kan worden veroordeeld al het materiaal te verschaffen dat van belang kan zijn voor een juiste belastingheffing, ongeacht of het gaat om wilsonafhankelijk of wilsafhankelijk materiaal, zulks echter onder de restrictie dat materiaal van deze laatste soort uitsluitend mag worden gebruikt ten behoeve van de belastingheffing; zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, NJ 2013/435 m.nt. J.W. Zwemmer, rov. 3.9.

(53) T&C Awb (2015), artikel 5:10a, aant. 2 onder c (J.C.A. de Poorter & J. Verbeek).

(54) Zie bijvoorbeeld HR 31 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC8260, NJ 1990/200, rov. 5.3.

(55) Kamerstukken II 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 41.

(56) Vgl. ABRvS 3 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW7337, AB 2006/317 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, rov. 2.5: "De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat het stellen van vragen door de arbeidsinspecteur naar aanleiding van een ingekomen melding op 13 maart 2003

over een arbeidsongeval op de dag ervoor, was gericht op de vaststelling van de feiten en de gang van zaken rond het ongeval, en daarmee op de vaststelling of aan de wettelijke verplichtingen was voldaan. In deze fase gold de in de art. 5:16 en 5:20 Awb neergelegde inlichtingenplicht nog onverkort en was de situatie als bedoeld in art. 35 lid 1 en 2 Arbowet 1998 (nog) niet aan de orde.” De geciteerde overweging betrof het zwijgrecht en de cautieplicht die in het toenmalige artikel 35 Arbowet 1998 waren opgenomen. De leden een en twee van die bepaling luiden aldus:

1. Indien de toezichthouder jegens de belanghebbende een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem wegens een bepaalde gedraging een bestuurlijke boete zal worden opgelegd, is die belanghebbende niet langer verplicht terzake van die gedraging enige verklaring af te leggen, voor zover het de boete-oplegging betreft. De belanghebbende wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd.

2. Indien de daartoe aangewezen ambtenaar, bedoeld in artikel 24, voornemens is om aan de belanghebbende een bestuurlijke boete op te leggen, wordt hiervan kennis gegeven aan de belanghebbende onder vermelding van de gronden waarop het voornemen berust. De kennisgeving is een handeling als bedoeld in het eerste lid. Vgl. voorts CRvB 5 januari 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AU9497, AB 2006/169 m.nt. H.E. Bröring: “Met de rechtbank is de Raad van oordeel dat de toonzetting van het looncontrolerapport niet de conclusie wettigt dat het door gedaagde verrichte onderzoek was gericht op iets anders dan de omvang van de door appellante verschuldigde premies ingevolge de werknemersverzekeringswetten. Ook overigens heeft de Raad geen aanknopingspunten kunnen vinden voor het oordeel dat tijdens de looncontrole een handeling is verricht waaraan appellante in redelijkheid de gevolgtrekking kon verbinden dat een boete zou worden opgelegd.”

(57) Zie ook CRvB 21 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2451, AB 2015/333, m.nt. R. Stijnen.

(58) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 96.

(59) Dat laatste is mogelijk de opvatting van de Centrale Raad van Beroep in de hierboven geciteerde overweging, waarin wordt gesproken van materiaal dat niet onafhankelijk van de wil van betrokkene is verkregen: “Indien een belastende verklaring wordt afgelegd zonder dat voorafgaand daaraan de cautie is verstrekt of indien druk is uitgeoefend, zodat die verklaring niet in vrijheid is afgelegd, dient dit materiaal dat niet onafhankelijk van de wil van betrokkene is verkregen te worden uitgesloten van het bewijs voor de boeteoplegging.”

(60) Zie in het bijzonder EHRM 17 december 1996 (Saunders tegen Verenigd Koninkrijk), ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, NJ 1997/699 m.nt. Kn.

(61) N. Jörg, ‘Nemo tenetur na Chambaz v. Zwitserland’, in: G. Knigge e.a. (red.), Gehoord de Procureur-Generaal, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 121.

(62) Zie met verdere verwijzingen Module Algemeen bestuursrecht, artikel 5:10a Awb, aant. 2.2.9 (H.E. Bröring, 07-03-2017). Zie ook de (door de Hoge Raad niet gevolgde) conclusie van AG Wattel voor HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, NJ 2013/435 m.nt. J.W. Zwemmer.

(63) PbEU 2016, L 65/1-11; het gaat met name om de volgende twee overwegingen:

“27. Het recht om te zwijgen en het recht om zichzelf niet te belasten, impliceren dat de bevoegde autoriteiten verdachten of beklaagden niet tegen hun wil mogen dwingen informatie te verstrekken. Bij de beoordeling of sprake is van schending van het recht om te

zwijgen of het recht om zichzelf niet te belasten moet rekening worden gehouden met de uitleg die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geeft aan het recht op een eerlijk proces uit hoofde van het EVRM.

(...)

29. De uitoefening van het recht om zichzelf niet te belasten, mag de bevoegde instanties niet beletten bewijsmateriaal te vergaren dat rechtmatig van de verdachte of de beklaagde kan worden verkregen door gebruik van rechtmatige dwang en dat onafhankelijk van de wil van de verdachte of beklaagde bestaat, zoals materiaal dat als gevolg van een bevel wordt verkregen, materiaal waarvoor een wettelijke bewaarplicht bestaat alsmede een verplichting om het op verzoek af te staan, adem-, bloed- en urinemonsters en monsters van lichaamsweefsel voor DNA-tests.”

(64) N. Jörg, ‘Nemo tenetur na Chambaz v. Zwitserland’, in: G. Knigge e.a. (red.), Gehoord de Procureur-Generaal, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 123-125 en 127-128.

(65) Wet van 17 november 2016, houdende implementatie van richtlijn nr. 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (PbEU L294); zie voor de inwerkingtreding per 1 maart 2017 Stb. 2017, 66.

(66) Zie voor gissingen HR 20 december 1955, NJ 1956/202 m.nt. B.V.A. Röling.

(67) Zie G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, Het Nederlands strafprocesrecht (2014), p. 777 e.v..

(68) HR 11 februari 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC1838, NJ 1986/592, rov. 6.1-6.2 (“6.1 De in het middel weergegeven zinsnede uit de getuigenverklaring van X is door de Rb. kennelijk verstaan - en kon ook worden verstaan - als behelzende een mededeling van X nopens de gedachten die bij hem en zijn mede-verbalisant Y zijn opgekomen naar aanleiding van hun eerder in de verklaring gerelateerde waarnemingen. 6.2 Aldus verstaan bevat de betrokken zinsnede niets wat niet vatbaar is voor eigen waarneming of ondervinding.”).

(69) Zie bijvoorbeeld HR 11 januari 1985, NJ 1988/6 m.nt. Th.W. van Veen, rov. 6.1.1 (“Het hof heeft het door het middel gewraakte gedeelte van de verklaring van X kennelijk aldus verstaan - gelijk het heeft kunnen doen - dat deze daarmee tot uitdrukking bracht dat de man, die door de man met de ketting op een afstand werd gehouden, zich gedroeg als iemand die het slachtoffer te hulp wilde komen; zulks is vatbaar voor eigen waarneming of ondervinding.”).

(70) HR 22 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4127, rov. 2.3 (“Het Hof heeft de woorden “volgens mij” in de hiervoor weergegeven verklaring kennelijk en niet onbegrijpelijk in die zin opgevat dat [getuige] daarmee tot uitdrukking bracht zich bewust te zijn van de feilbaarheid van zijn waarneming en van zijn geheugen. Het aldus opgevatte voorbehoud doet aan de toelaatbaarheid van de verklaring geen afbreuk. Het middel is derhalve tevergeefs voorgesteld.”).

(71) A.J. Blok en L.Ch. Besier, Het Nederlandsche strafproces, tweede deel, Haarlem: Tjeenk Willink 1925, p. 142/143 “Hierbij dient echter in het oog gehouden te worden, dat (...) in den grond iedere “waarneming”, wanneer zij zielkundig ontleed wordt, uit een reeks van waarnemingen blijkt te bestaan.”

(72) HR 1 november 1966, ECLI:NL:HR:1966:AB3436, NJ 1967/288; herhaald in HR 16

oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7219, NJ 1974/176.

(73) HR 3 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AB8233, NJ 1984/443, rov. 7.2 ("De laatste zinsnede van deze verklaring berust niet op eigen waarneming of ondervinding, doch levert een conclusie op. Zulks behoeft evenwel niet tot cassatie te leiden, aangezien het Hof kennelijk heeft geoordeeld - gelijk het op grond van hetgeen G. eerder verklaarde ook heeft kunnen doen -, dat die conclusie terecht is getrokken; aldus kan zij worden vereenzelvigd met een door het Hof zelf gemaakte gevolgtrekking."). Zie ook HR 24 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9737, NJ 1987/1020, rov. 6.1, en HR 12 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1326, NJ 1999/247.

(74) EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, NJ 2009/214 (Salduz tegen Turkije).

(75) Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming, PbEU 2013, L 294/1-12.

(76) Wet van 17 november 2016, houdende implementatie van richtlijn nr. 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (PbEU L 294), Stb. 2016, 475, en de Wet van 17 november 2016, houdende wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met aanvulling van bepalingen over de verdachte, de raadsman en enkele dwangmiddelen, Stb. 2016, 476. Zie voor de inwerkingtreding van beide wetten per 1 maart 2017 Stb. 2017, 66.

(77) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 122.

(78) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 122.

(79) Zie de noot van O.J.D.M.L. Jansen onder 1 bij ABRvS 19 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT8604, AB 2011/342.

(80) Zie ABRvS 19 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT8604, AB 2011/342 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, waarin het voorschrift van artikel 18b, eerste lid, van de Wav aan de orde was.

(81) HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7709, NJ 2010/409.

(82) Zie het overzichtsarrest getuigen, HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1496, NJ 2014/441 m.nt. M.J. Borgers rov. 2.6. Vgl. ook HR 8 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2523, NJ 2016/480, rov. 2.3, waarin de Hoge Raad overwoog dat artikel 6, derde lid onder d, EVRM zich niet ertegen verzet dat bepaaldelijk eisen worden gesteld aan de onderbouwing van verzoeken tot het horen van getuigen.

(83) C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014' in: C.L.G.F.H. Albers e.a., Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?, VAR-reeks 152, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 77.

(84) Daarbij wordt in de vraag verwezen naar ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:996.

(85) M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2013, p. 721/722, met verdere verwijzingen.

(86) Zie ABRvS 13 juli 2011, [ECLI:NL:RVS:2011:BR1401](#), AB 2012/144, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, rov. 2.3.2.

(87) Aldus ook Jansen in zijn noot in AB 2012/144 onder 2: "In de kern gaat het er uiteraard om welke verklaring de rechter geloofwaardig acht, en meestal zijn verklaringen die direct na de ontdekking zijn afgelegd ten overstaan van een toezichthouder betrouwbaarder. Dit betekent vanzelfsprekend niet dat de rechter zich niet mag laten overtuigen door latere andersluidende verklaringen." Overigens releveerde de Afdeling in rov. 2.3.2 uitdrukkelijk dat appellant "geen omstandigheden (heeft) aangevoerd op grond waarvan de eerdere verklaringen niet tot bewijs mogen dienen."

(88) Volgens het besluit op bezwaar werd overigens niet van een mobiele telefoon, maar van een vaste verbinding gebruik gemaakt.

(89) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 147.

(90) R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 631.

(91) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 127.

(92) Y.E. Schuurmans, 18. Bestuursrecht en bewijs, JBSELECT 2014, p. 275.

(93) Y.E. Schuurmans, 18. Bestuursrecht en bewijs, JBSELECT 2014, p. 274/275.

(94) C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014' in: C.L.G.F.H. Albers e.a., *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, VAR-reeks 152, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 77 en voetnoot 392.

(95) Volgens C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014' in: C.L.G.F.H. Albers e.a., *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, VAR-reeks 152, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 77, is dat niet geheel helder.

(96) Module Algemeen bestuursrecht, artikel 8:72a Awb, aantekening 2.3.1.3 (J.J.M. van Lanen; 01-06-2016).

(97) Zie de tot 2 november 1996 geldende versie van artikel 313, eerste lid, van het Sv, op grond waarvan de officier van justitie vóór zijn requisitoir in eerste aanleg toelating van eventueel door hem gewenste wijzigingen diende te vorderen. De bepaling is in dit opzicht gewijzigd bij de Wet van 14 september 1995, Stb. 1995, 441; zie voor de inwerkingtreding Stb. 1996, 522.

(98) C.L.G.F.H. Albers, noot bij ABRvS 30 december 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:4034](#), JB 2016/30, onder 5.

(99) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 127/128.

(100) Zie daarover Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 144: "Nu kan zich het geval voordoen dat een verlaging van een bestuurlijke boete in werking treedt nadat een boete is opgelegd, maar voordat op een beroep daartegen is beslist. De vraag rijst dan of de bestuursrechter de beschikking tot oplegging van een boete moet vernietigen omdat zij te hoog is. Naar ons oordeel is dat het geval. Het past bij de bijzondere rol van de

bestuursrechter in geval hij boetebesluiten toetst dat hij rekening houdt met een dergelijke wijziging ten gunste van de overtreder.”

(101) Zie voor een toepassing in een boetezaak CRvB 14 januari 2010, AB 2010/201 m.nt. H.E. Bröring. Zoals ook Bröring in zijn noot signaleert, kan de bestuursrechter op grond van artikel 8:72a Awb (dat voorschrijft dat de bestuursrechter in geval van vernietiging van een boetebeschikking een beslissing neemt omtrent het opleggen van de boete en bepaalt dat zijn uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking) strikt genomen niet met een in stand laten van de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit volstaan. Ook naar het oordeel van de Afdeling en het College van Beroep voor het bedrijfsleven staat artikel 8:72a Awb echter niet aan een afdoening van een boetezaak overeenkomstig artikel 8:72, derde lid, onder a, van de Awb in de weg; zie onder meer ABRvS 18 mei 2011, [ECLI:NL:RVS:2011:BO4956](#), AB 2011/313 m.nt. C.M. Saris (waarin de Afdeling een dergelijke afdoening door de rechtbank sauveerde) en CBb 28 januari 2010, [ECLI:NL:CBB:2010:BL5674](#), AB 2010/125 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

(102) Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 145; Kamerstukken I 2007/08, 29 702, C, p. 44/45.

(103) R. Stijnen, Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 631.

(104) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 137.

(105) Artikel 6:19 Awb spreekt in zijn eerste lid van “een besluit tot intrekking, wijziging of vervanging” en in zijn zesde lid slechts van “intrekking of vervanging”, dus niet mede van “wijziging”. Kennelijk ligt daaraan de gedachte ten grondslag dat een besluit tot wijziging van het bestreden besluit niet de intrekking van dat besluit behelst; het bestreden besluit laat zich in die voorstelling van zaken moeilijk onderscheiden van het gewijzigde besluit, waarin het als het ware voortleeft.

(106) Artikel 6:19 BW betreft situaties waarin het nieuwe besluit de intrekking van het bestreden besluit behelst; vgl. T&C Awb (2015), artikel 6:19, aant. 8 (J.C.A. de Poorter).

(107) Zie hierna onder 4.8.2.

(108) Ook een nieuw besluit dat genomen wordt ter uitvoering van een opdracht in een tussenuitspraak een gebrek in een besluit te herstellen, wordt aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 6:19, eerste lid, van de Awb; Kamerstukken II 2009/10, 32 450, nr. 3, p. 33.

(109) C.L.G.F.H. Albers, noot bij ABRvS 30 december 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:4034](#), JB 2016/30, onder 6 en 7.

(110) De term werd al gebruikt door B.J. van Ettekoven & A.P. Klap. ‘De bestuurlijke lus als rechterlijke (k)lus’, JBplus 2010/4, p. 182-199, in het bijzonder p. 182 en 198. Op grond van de eerste ervaringen met de bestuurlijke lus concludeerden de beide auteurs dat voor het beeld van “bestuurtje helpen” weinig grond was: “Winst is dat de rechter veel meer dan voorheen uitschrijft waar de gebreken in het besluit zitten en langs welke weg het hersteltraject kan plaatsvinden, zonder dat dit leidt tot ‘bestuurtje helpen’ ten nadele van de betrokken burger(s). De suggestie dat de ‘bestuurlijke lus’ een instrument ten behoeve van het bestuur zou zijn, zoals besloten ligt in de benaming, is dan ook onjuist.”

(111) A. Boorsma, J. Bootsma & A. Geleijnse, ‘Kroniek van het algemeen bestuursrecht’, NJB 2016/1813, onder 5.2.

- (112) R. Stijnen, a.w. nr. 6.2.
- (113) R. Stijnen, a.w. nr. 6.2.
- (114) HR 29 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7709, NJ 2010/409.
- (115) Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/104.
- (116) Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/162-170.
- (117) Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/106.
- (118) Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/107.
- (119) HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9648, BNB 2012/254 m.nt. P.J. van Amersfoort.
- (120) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 152.
- (121) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 152.
- (122) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 152. Ook elders in de parlementaire geschiedenis van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is artikel 8:72a van de Awb wel genoemd als één van de instrumenten “om burgers binnen afzienbare termijn duidelijkheid te verschaffen over de vraag of een bestuurlijke boete is verschuldigd, en zo ja, welk bedrag precies moet worden betaald”; zie Kamerstukken I 2007/08, 29 702, C, p. 39.
- (123) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 137.
- (124) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 153.
- (125) Kamerstukken I 2007/08, 29 702, B, p. 16.
- (126) Kamerstukken I 2007/08, 29 702, C, p. 44/45.
- (127) Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 3, p. 10/11; zie in nagenoeg gelijke zin Kamerstukken II 2007/08, 31 352, nr. 6 (gewijzigde memorie van toelichting), p. 14/15, zij het dat daarin van de bestuursrechter in plaats van de rechtbank wordt gesproken.
- (128) Kamerstukken I 2008/09, 31 352, B, p. 8.
- (129) Kamerstukken I 2008/09, 31 352, C, p. 6.
- (130) Handelingen I, 2 november 2009, EK 6 6-124.
- (131) Handelingen I 3 november 2009 EK 7 7-171.
- (132) Handelingen I 3 november 2009 EK 7 7-189.
- (133) Handelingen I 3 november 2009 EK 7 7-194.
- (134) Handelingen I 3 november 2009 EK 7 7-193.
- (135) C.L.G.F.H. Albers, ‘Bestraffend bestuur 2014’ in: C.L.G.F.H. Albers e.a., Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?, VAR-reeks 152, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 88, meent dat bij toepassing van de bestuurlijke lus op zijn minst frictie ontstaat met het “ne bis in idem”-beginsel, vooral als er een nieuw (reparatie)besluit wordt genomen dat in de plaats komt van het door de bestuursrechter bij tussenuitspraak (feitelijk) onrechtmatig geoordeelde besluit; T.N. Sanders, ‘Het CBb als wetgever: de bestuurlijke lus toegepast bij de bestuurlijke boete’, M&M 2012, p. 133-138, in

het bijzonder p. 137, die opmerkt dat bij toepassing van de bestuurlijke lus “het bestuursorgaan de mogelijkheid wordt gegeven om nogmaals te vervolgen”.

(136) C.L.G.F.H. Albers, a.w. (2014), p. 89., en haar noot bij ABRvS 30 december 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:4034](#), JB 2016/30 onder 7.

(137) C.L.G.F.H. Albers, a.w. (2014), p. 89, en haar noot bij ABRvS 30 december 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:4034](#), JB 2016/30 onder 7.

(138) Zie H.E. Bröring en H.K. Naves, ‘Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht’, in T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak, Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 449-467, in het bijzonder p. 465; H.E. Bröring in diens noot bij CRvB 14 januari 2010, [ECLI:NL:CRVB:2010:BK9293](#), AB 2010/201; J.P. Heinrich en R.W. Verldhuis, ‘Handhaving van bestuursrecht’, NTB 2010, 43, nr. 4.4.

(139) In die zin reeds mevrouw Broekers-Knol in haar hiervóór onder 4.8.3 aangehaalde opmerkingen in de Eerste Kamer. V.A. Affourtit noemt het argument in zijn noot bij CBb 3 december 2014, [ECLI:NL:CBB:2014:438](#), JOR 2015/39, maar voert daartegen aan dat toepassing van de bestuurlijke lus plaatsvindt wanneer de rechter een gebrek ziet dat, indien het niet wordt hersteld, tot vernietiging leidt en dat evident is dat een dergelijke situatie zich voordoet als het gebrek ziet op het door het bestuursorgaan geleverde bewijs van de overtreding.

(140) Zie L.M. Koenraad in zijn noot onder 4 bij rb Almelo 29 oktober 2012, [ECLI:NL:RBALM:2012:BY1625](#), AB 2012/394. Daarbij verdient het wel opmerking dat Koenraad, met het oog op het beginsel van ongelijkheidscompensatie, zich onder 7 op het standpunt stelt dat een tussenuitspraak minder voor de hand ligt als het bestuursorgaan uitdrukkelijk een extra kans krijgt om het (mede)plegen van de overtreding buiten redelijke twijfel te stellen.

(141) R. Stijnen, a.w., p. 311 en 381.

(142) H.E. Bröring en H.K. Naves, a.w. (2010), p. 466.

(143) R. Stijnen, a.w., p. 311 en 381.

(144) R. Stijnen in zijn noot bij CRvB 3 augustus 2011, [ECLI:NL:CRVB:2011:BR4120](#), AB 2012/224.

(145) Zie de wat verder uitgewerkte categorisering van toepassingsgevallen in Module Algemeen bestuursrecht, artikel 8:72a Awb, aantekening 2.3.1.3 (J.J.M. van Lanen; 01-06-2016).

(146) Rechtbank Overijssel 10 november 2014, [ECLI:NL:RBOVE:2014:5957](#). De rechtbank gaf ervan blijk zich bewust te zijn van de parlementaire geschiedenis, waaruit kan worden opgemaakt dat de wetgever de bestuurlijke lus niet aanvaardbaar acht in boetezaken. Niettemin oordeelde zij dat toepassing van de bestuurlijke lus (onder meer) denkbaar is, indien zij ertoe leidt dat niet langer redelijke twijfel bestaat over de voorgevallen feiten en omstandigheden en dat dit aansluit bij de strafrechtelijke praktijk. Volgens de rechtbank is uitgangspunt dan wel dat het - in beginsel - niet mag gaan om een geheel nieuwe bewijsrechtelijke grondslag. Vergelijkbaar is rechtbank Almelo 29 oktober 2012, [ECLI:NL:RBALM:2012:BY1625](#), AB 2012/394, m.nt. L.M. Koenraad.

(147) CRvB 18 januari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BY9147.

(148) F.J.P.M. Haas, 'Fiscale boeten', in C.L.G.F.H. Albers e.a., Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?, VAR-reeks 152, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 231, voetnoot 84.

(149) Module Algemeen bestuursrecht, artikel 8:72a Awb, aantekening 2.3.1.3 (J.J.M. van Lanen; 01-06-2016).

(150) Zie L.M. Koenraad in zijn noot onder 4 bij rechtbank Almelo 29 oktober 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY1625, AB 2012/394.

(151) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 137. Zie ook Module Algemeen bestuursrecht, artikel 8:72a Awb, aantekening 2.3.1.3 (J.J.M. van Lanen; 01 06 2016): "Dit artikel (artikel 8:72a Awb; LK) is in de Awb opgenomen in verband met het 'ne bis in idem'-beginsel, zoals dat ook is neergelegd art. 5:43 Awb. Na vernietiging van een boetebesluit door de bestuursrechter kan een bestuursorgaan immers geen nieuwe boete opleggen."

(152) Kamerstukken I 2007/08, 29 702, C, p. 44/45.

(153) Kamerstukken I 2007/08, 29 702, B, p. 16.

(154) ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4034, JB 2016/30 m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

(155) J.C.A. de Poorter, 'Bestuursprocesrecht', NTB 2015/20 onder 7.1.