

1. Een deel van de inzichten in deze annotatie zijn mede ontleend aan de presentatie van mr. Saris, en de vruchtbare gedachtewisseling met verschillende aanwezigen, naar aanleiding van die presentatie, tijdens de flitscursus die Stichting Migratierecht op 30 augustus 2017 organiseerde naar aanleiding van deze uitspraak.
2. Deze zaak draait om werkzaamheden in de scheepsbouw. Deze werkzaamheden zijn deels uitbesteed aan verschillende onderaannemers, waaronder een onderneming in Roemenië. De Roemeense onderaannemer heeft 66 werknemers ingezet voor las- en ijzerwerkzaamheden. De vraag waar het om draait is of dienstverrichting van de Roemeense onderaannemer bestaat uit zuivere dienstverrichting (toegestaan zonder twv) of uit onzuivere dienstverrichting (de dienst bestaat enkel uit het leveren van arbeidskrachten, niet toegestaan zonder twv).
3. In eerste aanleg is de rechtbank van mening dat er sprake is van onzuivere dienstverrichting. De rechtbank (Rechtbank Rotterdam 1 april 2016, ROT 15/127) baseert dit, kort gezegd, op de feiten en verklaringen uit het boeterapport. Het standpunt van appelland dat (de verklaringen in) het boeterapport onzorgvuldig tot stand zijn gekomen treft geen doel. De rechtbank doet de zaak af langs een bekende lijn van de Afdeling: in beginsel dient te worden uitgegaan van de juistheid van een op ambtsead opgemaakt boeterapport. Dit is slechts anders als sprake is van bijzondere omstandigheden die nopen tot afwijking van dit uitgangspunt (ECLI:NL:RVS:2009:BI8480). De rechtbank ziet overigens wel grond de boete te matigen, vanwege de eerdere aanpassing van het boetenormbedrag van € 12.000 naar € 8.000 (ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138, JV 2015/323).
4. Op zichzelf een wel vaker voorkomende zaak, en ik verklap al vast dat we de uitkomst ook al wel eerder hebben gezien (vergelijk: ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1149, JV 2017/145 m. nt. Badoux, ve17000825). Wat deze zaak echter bijzonder maakt is dat de zaak in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak naar de grote kamer is verwezen (8:10a, vierde lid, Awb), waarbij tevens een conclusie is genomen door staatsraad advocaat-generaal Keus (8:12a Awb). Deze conclusie heeft voor een groot deel betrekking op bestuursrechtelijk bewijsrecht, wat een belangrijk aspect is van de rechtsbescherming bij bestuurlijke boetes. Derhalve kan de uitspraak van de grote kamer en de conclusie van de A-G niet los gezien worden van het op eigen initiatief uitgebrachte advies van de Raad van State inzake de rechtsbescherming in het bestuursrecht (15 juli 2015, W03.15.0138/II).
5. In de conclusie beantwoordt de A-G een achttal vragen die hem door de grote kamer zijn gesteld. Een overzicht van de vragen rondom dit onderwerp die in de conclusie niet aan de orde komen zijn opgenomen in het artikel van Oswald Jansen (*NJB* 2017/1230). Ik zal de onderwerpen die aan bod komen, gegroepeerd naar onderwerp behandelen. Het betreft de volgende drie onderwerpen: het horen van getuigen (tolken, ondertekening, cautie, inhoud verklaringen), tegenbewijs (plus goede procesorde en bestuurlijke lus) en aantal kleinere onderwerpen

#### *Getuigen*

6. Met betrekking tot (het verhoren van) getuigen, beantwoordt de A-G een aantal vragen. Moet er, wanneer de betrokkene de Nederlandse taal niet machtig is, bij het afnemen van het verhoor gebruik worden gemaakt van een *beëdigde* tolk? Het antwoord is nee. Er geldt geen verplichting om bij het afnemen van een verhoor in de procedure tot bestuurlijke boeteoplegging van een beëdigde tolk of vertaler gebruik te maken. De volgende vraag is, of die, al dan niet beëdigde, tolk fysiek aanwezig moet zijn, of ook per telefoon mag tolken? De conclusie van de A-G is dat er in het kader van de bestuurlijke boete geen verplichting bestaat om uitsluitend gebruik te maken van een tolk die fysiek bij het verhoor aanwezig is. Vervolgens komt (in vraag twee) de vraag aan de orde welke gevolgen er moeten worden verbonden aan de omstandigheden dat de verklaring niet is ondertekend. Verwijzend naar het strafrecht stelt de A-G dat de overtreder uiteraard niet verplicht is te ondertekenen, maar aan het ontbreken van een ondertekening hoeven ook niet automatisch bewijsrechtelijke consequenties te worden verbonden. Wel biedt het ontbreken van de ondertekening, volgens de A-G, ruimte voor discussie over de juistheid van de verklaring. Daaruit volgt dat die twijfel door de werkgever dan dus wel verder moet worden gesubstantieerd. Het

enkele verwijzen naar een ontbrekende handtekening is zeker niet voldoende om de verklaring als bewijsmiddel uit te kunnen laten sluiten.

7. Vraag vier heeft betrekking op de eisen voor de vastlegging van een ten overstaan van een toezichthouder afgelegde verklaring. Zoals al eerder aangehaald, is de waarde van een verklaring die is afgelegd ten overstaan van een toezichthouder groot: in beginsel dient te worden uitgegaan van de juistheid van een op ambtseed opgemaakt boeterapport. Dit is slechts anders als sprake is van bijzondere omstandigheden die nopen tot afwijking van dit uitgangspunt (ECLI:NL:RVS:2009:BI8480). De A-G concludeert dat er bij de verklaring van een getuige geen formele vereisten zijn. Wel bestaan er materiële eisen: de verklaring moet betrekking hebben op eigen waarnemingen en ondervindingen, en niet op gissingen of conclusies van de getuige. De Afdeling merkt in de uitspraak op (ro 3.5) dat de scheidslijn tussen gissingen en conclusies enerzijds en hetgeen de getuige zelf heeft waargenomen of ondervonden anderzijds, niet altijd eenvoudig valt te trekken.

8. In vraag drie komt de cautie aan de orde. De A-G memoreert nog maar eens dat deze niet aan getuigen gegeven hoeft te worden: wie geen zwijgrecht heeft, hoeft immers ook geen cautie te krijgen (zie ook mijn noot bij ABRvS 24 december 2015, 201405399/1/V6, JV 2015/61, ve15000043). De cautie moet wel worden gegeven aan personen die worden verhoord met het oog op een aan hem op te leggen sanctie. Een van lastige aspecten hiervan is de vraag wanneer een controle overgaat in opsporing. Bij een controlebezoek hoeft namelijk nog geen cautie gegeven te worden. In de eerder genoemde noot schrijf ik dat de Afdeling daar oordeelde dat er geen verdenking bestond (en dus geen cautie gegeven hoefde te worden) zonder daar een algemene regel voor te formuleren, waardoor het 'omklappen' van controle naar opsporing onduidelijk bleef. De A-G doet in de conclusie een poging om in elk geval een definitie te geven van een verhoor. Daarvan is volgens de A-G sprake van 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. Of deze definitie nu erg veel duidelijkheid schept, is mijn inziens nog de vraag. Nog een nabrander: als een getuige gedurende het horen toch overtreder blijkt te zijn, dan moet de cautie logischerwijs dan alsnog worden gegeven voordat het horen wordt voortgezet, zo volgt uit de conclusie van de A-G.

9. De Afdeling heeft onlangs in een andere zaak (ABRvS 2 augustus 2017, ve17001597) geoordeeld dat wanneer iemand in het handelsregister is opgenomen als vennoot (en dus als eigenaar van de onderneming die de boete zal krijgen) een cautie moet krijgen, onafhankelijk van de vraag in welke hoedanigheid de werkzaamheden zijn uitgeoefend. De rechtbank oordeelde (Rechtbank Amsterdam 15 november 2016, 16/4422) eerder dat in die zaak de personen in kwestie de betreffende werkzaamheden feitelijk niet in de hoedanigheid van vennoot en derhalve als zelfstandige uit oefende, en daarom geen cautie hoefde te krijgen.

#### *Tegenbewijs*

10. In mijn praktijk blijkt dat veel werkgevers zich niet herkennen in de verklaringen die door getuigen (vaak werknemers, ook van ondernemingen) zijn afgelegd. Werkgevers zijn regelmatig van mening dat de verklaringen onvolledig zijn, of dat de werknemers verklaren over zaken waar ze niets van af weten. Gelet op de eerder genoemde lijn van de Afdeling is het zeer lastig om het beeld dat uit de verklaringen tegenover de toezichthouder ontstaat bij te stellen. In de conclusie en de uitspraak wordt ingegaan op de vraag hoe tegenbewijs namens de beboete partij moet worden beoordeeld.

11. De belangrijkste hoofdregel (vraag zes uit de conclusie) ligt voor de hand, maar werd door SZW niet toegepast: later in de procedure overlegde getuigenverklaring moeten door het bestuursorgaan en de rechter in aanmerking worden genomen. SZW volstond vaak met de enkele opmerking dat de verklaring niet ten overstaan van een Inspecteur was afgelegd, en reeds daarom aan de verklaring geen waarde toekomt. Die vlieger gaat niet meer op. Anderzijds is het uiteraard niet zo (de A-G benadrukt dat nog expliciet) dat een latere verklaring, al dan niet voorzien van een notariële bevestiging, automatisch boven hetgeen gaat dat ten overstaan van de Inspecteurs is afgelegd. In de onderhavige zaak oordeelt de Afdeling bijvoorbeeld: '[appellante] heeft geen overtuigende reden gegeven waarom de door haar in

bezwaar overgelegde, nadere verklaringen, die op een aantal punten de bij het boeterapport gevoegde verklaringen weerspreken, [...] als juist moeten worden aanvaard'. Kortom, het feit dat de nieuwe verklaringen in overweging moeten worden genomen, maakt niet dat ze automatisch doorslaggevend zullen zijn.

12. Mijn inziens is het bij het aanleveren van latere getuigenverklaringen zeer belangrijk wat de functie van de nieuwe verklaringen is. Volgens mij is dat in verschillende categorieën op te delen: 1.) Verklaringen van personen die niet eerder gehoord zijn; 2.) Verklaringen van personen die hun eerdere verklaring preciseren en 3.) verklaringen die die de eerdere verklaring van diezelfde persoon weerspreken.

13. De waarde van de extra verklaringen loopt af. Verklaringen van personen die niet eerder gehoord zijn, zijn waardevoller (zeker als het gaat om personen die gelet op hun positie kennis van het project hebben). In de eerder genoemde zaak (ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1149, JV 2017/145 m. nt. Badoux, ve17000825) waar ik als gemachtigde optrad werden een behoorlijk aantal nieuwe verklaringen overgelegd. In vrijwel geen van die verklaringen weersprak de getuige zijn eerdere verklaring. In de nieuwe verklaring was wel veel meer doorgevraagd. Een getuige antwoordde dat hij instructies ontving van de inlenende partij (wat duidt op leiding en toezicht), maar in de nadere verklaring bleek dat die instructies alleen maar over de veiligheid op de bouwplaats betrekking hadden (dat valt buiten 'leiding en toezicht'). Hoewel SZW deze verklaringen weigerde in aanmerking te nemen, gebeurde dat bij de Afdeling wel (met succes). Tot slot de verklaring van de persoon die zijn eerdere verklaring weerspreekt. Dat blijft erg lastig. De Afdeling en de A-G kijken vooral naar de procedurele aspecten: is er gehoord met een tolk? Was de telefoonlijn technisch in orde? Zonder overtuigend steunbewijs zal de rechter niet snel geneigd zijn om veel waarde aan een andersluidende nadere verklaring te hechten.

14. Vervolgens komt nog de vraag op, op welke wijze de nadere verklaringen overlegd moeten worden. Rechtshulpverleners maken met enige regelmaat gebruik van notariële akten. Daarover oordeelt de rechtbank dat 'dergelijke betrokkenheid van een notaris geen zelfstandige steun verleent aan de stelling dat de verklaringen inhoudelijk juist zijn'. In plaats van een formele stap (inschakelen van de notaris) moet de rechtshulpverlener het dus vooral van de inhoud van die nadere verklaring hebben; die moeten, in onderlinge samenhang en in samenhang met al het andere materieel, overtuigender zijn dan de verklaringen die al in het boeterapport zijn opgenomen. Een aspect dat in de conclusie slechts zijdelings aan de orde komt, is het horen van getuigen ter zitting. Naar mijn mening doen advocaten dat te weinig. De rechtbank kan dan zelf vragen stellen en de betrouwbaarheid van de getuigen vaststellen, en bovendien staat de getuige onder ede. Artikel 6 EVRM geeft het recht om ter zitting getuigen a décharge te horen.

15. Bij vraag zeven gaat de A-G in op de vraag of nader bewijs door de toezichthouder na afronding van diens onderzoek nog toelaatbaar is. Daar leek een duidelijk antwoord op te zijn (Dragend bewijs na afronding bestuurlijke fase is niet toegestaan: ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4034), maar dit lijkt door de A-G en de Afdeling weer te worden genuanceerd. In principe is het toegestaan, mits er rekening wordt gehouden met de goede procesorde, de redelijke termijn voor afdoening van een punitieve sanctie en de rechten van de verdediging. Tevens komt de toepassing van de bestuurlijke lus aan de orde. Ondanks dat de wetgever toepassing daarvan niet voorzag bij bestuurlijke boetes, is dit wel mogelijk. Ook hier is de leidraad weer de goede procesorde (is er een goede reden waarom nadere onderbouwing c.q. bewijs pas later overlegd kan worden?). De A-G ziet voor bewijskwesties minder ruimte voor de bestuurlijke lus dan voor toepassing bij nadere motivering van bijvoorbeeld de boethoogte.

#### *Varia*

16. Naast de onderwerpen met betrekking tot getuigen en tegenbewijs komen er nog een aantal inleidingen opmerkingen en enkele andere vragen aan bod in de conclusie. In de inleidende opmerkingen bespreekt de A-G de 'volledige' toetsing van boetebesluiten, waarbij 'geen enkel aspect of bestanddeel mag zijn onttrokken'. De vraag hoe dit zich verhoudt tot de omvang van het geding, die door de partijen wordt bepaald, blijft helaas buiten beschouwing. De A-G wijst ook nog op de plicht voor het bestuursorgaan om vooraf actief feiten te vergaren en zo volledig mogelijk onderzoek te doen, en de verschillende wijzen van rechterlijke toetsing ('ex tunc' en 'ex nunc'). In vraag vijf wordt ingegaan op de vraag of het is

toegestaan om het boeterapport tegelijk met het voornemen aan de overtreder toe te zenden (antwoord: nee). In vraag twee komt de vraag aan de orde of er gevolgen moeten worden verbonden aan het ontbreken van de ondertekening van het boeterapport. De A-G is van mening dat, zolang de identiteit van de opsteller onomstotelijk kan worden vastgesteld, aan het ontbreken van de ondertekening geen gevolgen moeten worden verbonden.

17. De conclusie van de A-G is niet baanbrekend, maar eigenlijk een bevestiging van hetgeen al vaker door de Afdeling werd toegepast. Er worden in deze zaak door de Afdeling dan ook geen bewijsmiddelen uitgesloten of principiële stellingnames ten aanzien van bepaalde verklaringen ingenomen. Uiteindelijk wordt de zaak afgedaan (met vernietiging van de boetes) op een principe dat al enkele jaren (ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:234 verwijzend naar ECLI:NL:HR:2011:BN6324) door de Afdeling wordt toegepast: de bewijslast van de overtreding ligt bij verweerder. In het geval van twijfel dient aan de werkgever het voordeel van de twijfel te worden gegund. Saris noemt dit de 'Twijfel-jurisprudentie'. In dit geval is de Afdeling van oordeel dat er zodanige twijfel is over de vraag of de verplaatsing van de vreemdelingen het doel op zich was van de dienstverrichting (een van de cumulatieve voorwaarden voor onzuivere dienstverrichting), dat de minister in zoverre niet in zijn bewijslast is geslaagd. Waar uitspraken in dit soort zaken in het verleden met name gingen over de vraag naar leiding en toezicht (een van de andere cumulatieve voorwaarden voor onzuivere dienstverrichting), is nu, mede door het arrest *Martin Meat* (JV 2015/210, ve15001026), steeds meer aandacht voor de vraag of de verplaatsing van de vreemdelingen het doel op zich was.

18. Rechtshulpverleners zouden zich naar aanleiding van deze uitspraak (wederom) moeten realiseren dat 'grote stappen, snel thuis' niet opgaat. Het ontbreken van een handtekening betekent geen uitsluiting van een bewijsmiddel, maar is slechts een bouwsteen in het betoog. Een latere verklaring ten overstaan van een notaris betekent niet dat de eerdere verklaringen de prullenbak in moeten; het is slechts een bouwsteen in een betoog. Rechtshulpverleners moeten de rechter, mijn inziens, niet proberen te overtuigen met allerlei grote woorden, maar zorgvuldig en uitgebreid analyseren en hun standpunt opbouwen. Door minutieus verklaringen te vergelijken, en zoveel mogelijk relevante feiten en omstandigheden te verzamelen (ook van degene die niet in het boeterapport zijn opgenomen), moet er inhoudelijk worden gezaagd aan de stoelpoten van verweerder. Dit met als doel om twijfel te doen ontstaan over de feiten zoals gepresenteerd door verweerder. Deze lijn, die al langer bestond, is nog eens verduidelijkt. Het is nu ook aan de rechtbanken (en SZW zelf uiteraard) om de tijd en moeite te nemen om de bewijsverweren van de werkgevers zorgvuldig te beoordelen.

**mr. dr. P.J. Krop**  
**Advocaat bij Kroes Advocaten Immigration Lawyers**