

De toezichthouder op de stoep bij de werkgever: wat nu? (II)

ArbeidsRecht 2023/28

Dit is het tweede deel van een tweeluik over het toezicht op en de handhaving van arbeidsrechtelijke wetgeving. In het eerste deel van dit tweeluik² bespraken de auteurs de toezichtfase. In dit tweede deel staan zij stil bij de handhavingfase. Deze fase start als de toezichthouder na een onderzoek concludeert dat een werkgever een arbeidsrechtelijke norm heeft overtreden. In dat geval is doorgaans een bestuursorgaan, zoals de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bevoegd om een bestuursrechtelijke sanctie op te leggen. Dit kan een bestuurlijke boete zijn of bijvoorbeeld een stillegging van de werkzaamheden. Het spreekt voor zich dat werkgevers dit soort handhavingstrajecten en publiekrechtelijke sancties willen voorkomen. Als dit soort sancties toch volgen, is een belangrijk aandachtspunt welke rechtsbescherming openstaat. Een tweede aandachtspunt is de verhouding tussen een bestuursrechtelijk handhavingsbesluit en een eventuele civiele procedure: wat is de 'waarde' van een handhavingsbesluit in een civiele procedure?

1. Handhavingsinstrumentarium

Als een toezichthouder concludeert dat een wettelijke norm is overtreden, dan kan in de meeste gevallen door het daartoe bevoegde bestuursorgaan (overheidsorgaan) een bestuursrechtelijke sanctie worden opgelegd. Hierbij speelt allereerst de vraag welke sancties kunnen worden opgelegd. Voor dit handhavingsinstrumentarium geldt, net als voor de toezichtbevoegdheden (zie het eerste deel van dit tweeluik), dat de algemene voorschriften zijn neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht ("Awb"). Hoofdstuk 5 van de Awb bevat algemene regels over het opleggen van bestuursrechtelijke sancties. Wij bespreken hier de voor de arbeidsrechtjurist belangrijkste regels.³ Overigens merken wij hier voor de volledigheid op dat een bestuursorgaan bij een geconstateerde overtreding meestal niet verplicht is om een sanctie op te leggen. Het is bovendien aan het bevoegde bestuursorgaan om te beoordelen of een eventuele sanctie in overeenstemming is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. In de praktijk volstaat het bestuursorgaan soms met een 'informele waarschuwing'. De juridische

status van een dergelijke informele waarschuwing is wezenlijk anders dan die van een formele sanctie. Tegen een informele waarschuwing kan bijvoorbeeld geen bestuursrechtelijk rechtsmiddel worden ingesteld.⁴ In deze bijdrage laten wij deze informele waarschuwing verder onbesproken en focussen wij op de formele sancties.

De Awb maakt een onderscheid tussen *herstelsancties* en *bestraffende sancties* (artikel 5:2 Awb). Herstelsancties hebben als doel (de gevolgen van) een overtreding ongedaan te maken of een nieuwe overtreding te voorkomen. De belangrijkste voorbeelden van herstelsancties zijn de last onder bestuursdwang (artikel 5:21 Awb e.v.) en de last onder dwangsom (artikel 5:27 Awb). Bij een last onder bestuursdwang krijgt de werkgever een bepaalde periode om een overtreding ongedaan te maken of om aan andere voorgeschreven voorwaarden te voldoen, bij gebreke waarvan het bestuursorgaan zelf ingrijpt (de 'bestuursdwang'). Bij de last onder dwangsom moet de werkgever ook aan door het bestuursorgaan voorgeschreven voorwaarden voldoen, maar is de sanctie bij niet-naleving daarvan een geldelijke boete (de 'dwangsom').⁵

Bestraffende sancties zijn sancties die niet zozeer gericht zijn op het ongedaan maken van een overtreding, maar op het bestraffen van de overtreder. Bestraffende sancties beogen leedtoevoeging en hebben een punitief karakter.⁶ Daarnaast hebben bestraffende sancties een afschrikkend effect. Het belangrijkste voorbeeld van een bestraffende sanctie is de bestuurlijke boete (artikel 5:40 Awb e.v.).⁷

Het onderscheid tussen een herstelsanctie en een bestraffende sanctie is voor werkgevers van wezenlijk belang. Een bestraffende sanctie kwalificeert namelijk als 'criminal charge' in de zin van het EVRM, met als gevolg dat de extra waarborgen uit artikel 6 EVRM gelden (o.a. de onschuldpresumptie en het recht op een raadsman). In sommige gevallen zal echter niet direct duidelijk zijn of sprake is van een herstelsanctie of een bestraffende sanctie. In de (bestuursrechtelijke) rechtspraak zijn handvatten gegeven om te bepalen of sprake is van een herstelsanctie of een bestraffende

1 Mr. T.O. (Thomas) Boot en mr. P. (Phinney) Disseldorp zijn werkzaam als advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

2 *ArbeidsRecht 2023/27*.

3 Zie voor een uitgebreidere toelichting van de handhavingsregels in de Awb bijvoorbeeld: A.B. Blomberg, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Handhavingsrecht (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

4 P.H.J. de Jonge & A.M. Plooi, 'Bestuurlijke waarschuwing: besluit of niet?', *Gst.* 2018/87. Tegen een 'formele waarschuwing' die is gebaseerd op een wettelijk voorschrift en die geldt als voorwaarde om bij een volgende overtreding een sanctie te mogen opleggen, staat wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming open (ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1449, en voor een voorbeeld van zo'n waarschuwing voor overtreding van een arbeidsrechtelijke norm ABRvS 21 december 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3856).

5 Zie over de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom, bijvoorbeeld: G.A. van der Veen, 'Handhaving', *TO 2022/3.7*.

6 Vgl. *Kamerstukken II 2003/04, 29702*, nr. 3, p. 83.

7 Vgl. ABRvS 12 oktober 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA9034, JB 2000/328.

sanctie.⁸ Het strekt te ver om deze handvatten hier te bespreken.⁹ In de praktijk zal de belangrijkste vraag zijn wat de sanctie teweegbrengt. Als de sanctie beoogt een illegale situatie te beëindigen, dan zal meestal sprake zijn van een herstelsanctie. In andere gevallen zal waarschijnlijk sprake zijn van een bestraffende sanctie. Als deze 'lakmoesproef' geen duidelijke uitkomst geeft, dan doet een werkgever er goed aan advies in te winnen.¹⁰

Een kernbeginsel van het handhavingsrecht is dat een bestuursorgaan uitsluitend een bestuurlijke sanctie mag opleggen voor zover deze bevoegdheid bij wet is verleend en het bestuursorgaan daartoe als bevoegde instantie is aangewezen (artikel 5:4 Awb). Dit betekent dat expliciet moet zijn vastgelegd welke wetsbepalingen bestuursrechtelijk handhaafbaar zijn. Vrijwel alle arbeidsrechtelijke wetten bevatten daarom een artikel waarin is neergelegd wat als een 'overtreding' wordt aangemerkt. Niet-naleving van de in dit artikel genoemde wettelijke bepalingen wordt als een bestuursrechtelijke overtreding aangemerkt, waarvoor dus bestuursrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd.

In dat kader verwijzen wij nog specifiek naar de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs ("Waadi"). Van de in de Waadi opgenomen verplichtingen is namelijk alleen de niet-naleving van artikel 7a lid 1 en 2 (het verbod zonder registratie arbeidskrachten ter beschikking te stellen) als overtreding aangemerkt.¹¹ De Arbeidsinspectie kan wel onderzoek doen naar de naleving van de overige verplichtingen uit de Waadi, maar bij niet-naleving daarvan kan dus geen bestuursrechtelijke sanctie worden opgelegd. Overigens is ook hier het onderscheid tussen herstelsancties en bestraffende sancties relevant. Voor bestraffende sancties geldt op grond van artikel 7 EVRM dat de hoogte (of duur) van de sanctie vooraf moet zijn bepaald.¹² Dit is de reden dat in arbeidsrechtelijke wetten en in beleidsregels van het bevoegde bestuursorgaan tot in detail de hoogte van een eventuele bestuurlijke boete is uitgewerkt (zie ook hierna).

8 Het 'klassieke' arrest in dit verband is het *Engel*-arrest van het EHRM: EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, NJ 1978/223. Zie voor de duiding van de in dit arrest uitgewerkte toetsingsmaatstaf met name ABRvS 14 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3363, AB 2019/113, m.nt. J.G. Brouwer & L.M. Bruijn.

9 Zie in dit verband bijvoorbeeld in meer detail: A.B. Blomberg, G.T.J.M. Jurgens & F.C.M.A. Michiels, *Handhavingsrecht (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 5–6.

10 De preventieve stillegging bijvoorbeeld, die kan worden opgelegd voor overtreding van de arbeidsrechtelijke wetten zal voor veel werkgevers als 'bestraffend' worden ervaren, maar wordt wel degelijk aangemerkt als een herstelsanctie. Zie hiervoor uitgebreid: E.C. van der Maden & D.G.M. Diesfeldt, 'Wet arbeid vreemdelingen en recente evenredigheidsontwikkelingen', *TAC* 2023/1.

11 Vgl. artikel 16 Waadi.

12 Zie uitgebreider hierover: J. Verbeek, commentaar op art. 5:4 Awb, in: T.C. Borman & J.C.A. de Poorter (red.), *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022 en T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

2. Totstandkoming van een handhavingsbesluit

Een formele sanctie dient te worden opgelegd met een handhavingsbesluit. De relevante voorschriften hiervoor zijn neergelegd in de Awb. Wij focussen in deze paragraaf op het boetebesluit aangezien dit doorgaans de basis is van de handhaving van de arbeidsrechtelijke wetten. Voordat een boetebesluit kan worden genomen, dient de toezichthouder eerst een boeterapport op te stellen waarin de vermeende overtredingen worden benoemd. Vanwege de noodzakelijke objectiviteit en ter voorkoming van willekeur heeft de wetgever ervoor gekozen om degene die de overtreding constateert (de inspecteur) te onderscheiden van degene die de boete oplegt (de boeteoplegger; het daartoe bevoegde bestuursorgaan).¹³ Het boeterapport is vormvrij en bevat de waarnemingen die de toezichthouder heeft geconstateerd aan de hand van de toezichtbevoegdheden die wij in het eerste deel van dit tweeluik bespreken. Het rapport wordt door de toezichthouder en vervolgens door het bevoegde bestuursorgaan gebruikt ten behoeve van de bewijsvoering richting de werkgever en voor zover nodig bij de bestuursrechter. Het boeterapport bevat een omschrijving van de overtreding, het overtreden voorschrift en zo nodig van de plaats en het tijdstip van de overtreding.¹⁴ Tegen het boeterapport staat geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open, maar op basis van het boeterapport kan het daartoe bevoegde bestuursorgaan jegens de werkgever het voornemen uiten tot het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie.

Het bestuursorgaan moet bij het bepalen van de op te leggen sanctie en de hoogte¹⁵ daarvan, de relevante voorschriften uit de beweerdelijk overtreden wet in acht nemen. Daarbij moet het bestuursorgaan onder meer rekening houden met de voorgeschreven hoogte van boetes (vaak neergelegd in beleidsregels¹⁶), maar ook met de volgorde van de op te leggen sancties. Zo kan een preventieve stillegging als bedoeld in de verschillende arbeidsrechtelijke wetten, pas opgelegd worden als eerst een waarschuwing is gegeven.¹⁷ Een voornemen tot het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie moet aan de werkgever kenbaar gemaakt worden. De werkgever ontvangt daarbij een kopie van het boeterapport en wordt, gelet op het verzwaarde proces uit

13 Zie bijvoorbeeld artikel 34 Arbeidsomstandighedenwet ("Arbowet"): "En daartoe door Onze Minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar legt de bestuurlijke boete op (...)."

14 In bijzondere wetten kunnen aanvullende eisen worden gesteld, zie bijvoorbeeld artikel 18b Wet arbeid vreemdelingen ("WAV") waarin is geregeld dat het boeterapport ook de betrokken personen moet bevatten.

15 In dit kader is relevant om de recidivebepalingen uit de verschillende arbeidsrechtelijke wetten in de gaten te houden. Op grond van bijvoorbeeld artikel 19d lid 2 WAV en artikel 34 lid 5 Arbowet wordt het boetebedrag met 100% verhoogd als in de jaren voorafgaand aan de overtreding reeds een onherroepelijke overtreding heeft plaatsgevonden.

16 Zie bijvoorbeeld de Beleidsregel boeteoplegging arbeidsomstandighedenwetgeving waarin onder andere de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving is verwerkt. Vanaf invoering van deze wet wordt in het geval van recidive bij de arbeidsrechtelijke wetten het boetebedrag verdubbeld.

17 Zie bijvoorbeeld artikel 17b WAV en artikel 8:3a Arbeidstijdenwet.

de Awb,¹⁸ in de gelegenheid gesteld een zienswijze tegen het voornemen in te dienen. De werkgever is niet verplicht om een zienswijze in te dienen, maar wij raden wel aan om dat steeds te doen. Mede op basis van de zienswijze kan de toezichthouder namelijk nog afzien van het opleggen van een boete.¹⁹ Bovendien kan de werkgever in de zienswijze omstandigheden naar voren brengen die het bestuursorgaan dient mee te nemen bij het bepalen van de hoogte van de boete (matigingsgronden).

Voor het opleggen van een boete geldt voor het bestuursorgaan een beslistermijn van dertien weken na dagtekening van het boeterapport (artikel 5:51 Awb).²⁰ Gelet op deze relatief korte termijn geeft bijvoorbeeld de Arbeidsinspectie vaak slechts twee weken voor het indienen van een zienswijze tegen een boetevoornemen. Dit kan tot (praktische) problemen leiden, zeker als de werkgever tegelijk verschillende boetekennisgevingen en eventueel een voornemen tot het opleggen van een waarschuwing (of opvolgende boete) ontvangt. De werkgever doet er daarom goed aan om direct met het bestuursorgaan contact op te nemen, de situatie uit te leggen en te verzoeken om uitstel van deze korte termijn. Het is in afwachting van eventueel uitstel uiteraard belangrijk om voortvarend te werk te gaan, aangezien geen vaste regels gelden voor het verlenen van uitstel door het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan is niet verplicht om uitstel te verlenen, maar de rechtspraak laat zien dat zij hiertoe in voorkomende gevallen bereid is. De duur van dit uitstel kan vervolgens verschillen van een aantal werkdagen tot meerdere weken.

3. Rechtsbescherming

Als de zienswijze van de werkgever voor het bestuursorgaan geen reden is om af te zien van het opleggen van een sanctie, dan volgt het eerdergenoemde handhavingsbesluit. Tegen dit handhavingsbesluit staat wél eerst bezwaar en daarna beroep bij de rechtbank (afdeling bestuursrecht) en hoger beroep bij (meestal) de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State ("Afdeling") open. Hiervoor bespreken wij dat het niet strikt noodzakelijk is om een zienswijze in te dienen tegen het voornemen van het bestuursorgaan tot het opleggen van een sanctie. Bij bezwaar en beroep ligt dit anders. Indien de werkgever het niet eens is met (onderdelen van) het sanctiebesluit, moet hij tijdig bezwaar maken (en tegen de daaropvolgende beslissing op bezwaar, beroep instellen). Daarvoor heeft hij zes weken. Wanneer een werkgever geen bezwaar maakt (of tegen de beslissing

op bezwaar beroep instelt), komt het besluit in rechte vast te staan.²¹ Dit betekent dat het besluit 'onherroepelijk' is en de rechtmatigheid van het besluit als een gegeven wordt beschouwd.

Bovendien heeft het (boete)besluit (inclusief de daarin geconstateerde feiten) dan ook formele rechtskracht in een civiele procedure (zie ook paragraaf 4 hierna). Dit is ook van belang in eventuele civiele procedures en/of bestuursrechtelijke procedures tegen aanverwante besluiten. In dergelijke procedures is het van belang dat een werkgever de aan het besluit van het bestuursorgaan ten grondslag liggende feiten kan betwisten. Als geen bezwaar zou zijn ingesteld tegen het boetebesluit, dan staan de feiten in beginsel vast voor zowel het boetebesluit als voor eventuele andere (civiele) procedures.²² Hoewel bezwaar het karakter heeft van 'slager keurt zijn eigen vlees' is de bezwaarprocedure (en overigens tevens de latere beroepsprocedure) dus een belangrijke rechtsgang. Bovendien is het bestuursorgaan in de bezwaarfase verplicht om zijn besluit te 'heroverwegen' (artikel 7:11 Awb). Dit houdt in dat het bestuursorgaan behalve de rechtmatigheid ook de doelmatigheid van zijn besluit heeft te beoordelen. Er zijn voor de werkgever dus meerdere redenen om niet lichtzinnig van zijn bezwaarmogelijkheid (en later beroep) tegen een sanctiebesluit af te zien.

Van belang is dat het instellen van bezwaar (en beroep) in beginsel geen schorsende werking heeft (artikel 6:16 Awb). Concreet betekent dit dat een eventuele boete dus nog steeds moet worden betaald, de opgelegde last moet worden uitgevoerd of dat de gegeven waarschuwing van kracht blijft. Met name bij een besluit tot preventieve stillegging kan dit tot ongewenste gevolgen leiden, aangezien een reguliere bezwaar- en beroepsprocedure niet snel genoeg duidelijkheid zal bieden (de stillegging gaat namelijk een week na dagtekening van het besluit al in²³). De werkgever doet er in dat geval goed aan om een zogenaamde 'voorlopige voorziening' bij de bestuursrechter te vragen. Voor de volledigheid merken wij op dat een werkgever in zo'n procedure, waar het gaat om alleen een boetebesluit, in de regel uitsluitend een financieel belang heeft. Bestuursrechters achten een dergelijk financieel belang echter onvoldoende om spoedeisend belang aan te nemen, wat vereist is voor het toewijzen van een voorlopige voorziening.²⁴

Het voert te ver om alle procedurele aspecten en de volledige bestuursrechtelijke rechtsbescherming in beroep en hoger beroep in deze bijdrage te bespreken, maar van belang is dat tussen bezwaar en beroep geen 'grondrecht' geldt. De werkgever krijgt in beroep een volledige herkansing en kan dus nieuwe gronden aanvoeren ten opzichte van

18 Zie artikel 5:53 Awb.

19 De werkgever dient hier een schriftelijke bevestiging van te ontvangen (artikel 5:50 lid 2 Awb), waarna de bevoegdheid van de toezichthouder om een boete op te leggen, vervalt. Zie ook *Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 149*.

20 Deze termijn is van openbare orde. Overschrijding van deze termijn heeft in beginsel geen gevolgen, met dien verstande dat in uitzonderlijke gevallen een forse overschrijding mogelijk tot matiging van de boete kan leiden, vgl. ABRvS 4 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1750 en ECLI:NL:RVS:2021:1750, en Rb. Rotterdam 21 februari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:1506, JOR 2020/177, m.nt. V.H. Affourtit.

21 Zie ook artikel 6:13 Awb.

22 Zie in het kader van de formele rechtskracht in civiele procedures uitgebreid: J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de formele rechtskracht*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

23 Artikel 2 lid 1 Beleidsregel preventieve stillegging arbeidswetten.

24 ABRvS 14 september 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AN6769, AB 2001/320, m.nt. N.J.A.P.B. Verheij.

de bezwaarprocedure. In hoger beroep ligt dit iets genuanceerder.²⁵ Een werkgever doet er evengoed verstandig aan om uiterlijk in de beroepsfase een gedetailleerde analyse te maken van alle besluiten en procedures die op dat moment lopen om zo geen onderdelen voor hoger beroep te missen.²⁶

De inhoudelijke verweren van de werkgever tegen de bestuursrechtelijke sanctie kunnen in de basis op twee onderdelen gericht zijn. Ten eerste tegen het opleggen van de sanctie zelf. De werkgever kan bijvoorbeeld het verweer voeren dat de overtreding niet heeft plaatsgevonden of dat hij niet de normadressaat is van de overtreding. Dit laatste is bijzonder relevant, omdat de arbeidsrechtelijke wetten verschillende werkgeversbegrippen kennen, die vaak ruimer zijn dan het 'klassieke' werkgeversbegrip uit artikel 7:610 BW. Dit is in de praktijk nog weleens onderdeel van discussie, zeker gelet op alle huidige ontwikkelingen rondom verschillende soorten arbeid (bijvoorbeeld zelfstandigen en inzet van flexibele arbeid). Ten tweede kan de werkgever ook verweer voeren tegen de omvang of hoogte van de sanctie. Dit is ook actueel, gelet op jurisprudentie uit 2022 waarin de Afdeling een streep heeft gezet door de boetenormbedragen van de Wet arbeid vreemdelingen.²⁷ In deze jurisprudentie verplicht de Afdeling de Minister van SZW tot meer maatwerk bij het opleggen van boetes en dient het boetebedrag aangepast te worden naar de mate van verwijtbaarheid. Een werkgever kan verder de hoogte van de boete ook aanvechten met een beroep op de (on) evenredigheid van (de hoogte van) de sanctie, onder andere aan de hand van de verschillende hiervoor genoemde beleidsregels. Wij bespreken deze beleidsregels en mogelijke evenredigheidsverweren hier verder niet, maar het is voor werkgevers in een procedure tegen een handhavingsbesluit in elk geval goed om in kaart te brengen (i) wat de exacte gevolgen van (de hoogte van) de sanctie voor de werkgever zijn en (ii) welke maatregelen hij al getroffen heeft om (verdere) overtredingen te voorkomen.²⁸

4. Relevantie in civiele procedures

De conclusies van de toezichthouder en/of het bestuursorgaan in een handhavingstraject (bijvoorbeeld blijkend uit een boeterapport of handhavingsbesluit) kunnen voor onder meer werknemers of vakbonden een aanleiding zijn om een civiele procedure te starten tegen een werkgever. Als de Arbeidsinspectie bijvoorbeeld vaststelt dat een werkgever de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag

heeft overtreden door te weinig loon te betalen, dan kunnen werknemers achterstallig salaris vorderen van de werkgever. In dat geval is een belangrijke vraag wat de 'waarde' is van het sanctiebesluit van het bestuursorgaan. Deze vraag is niet eenduidig te beantwoorden.

Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de conclusies van het bestuursorgaan over de gestelde overtreding van wettelijke normen en de feitelijke vaststellingen door de toezichthouder van de geconstateerde overtreding. Voor de conclusies van het bestuursorgaan geldt dat – voor zover het besluit nog geen formele rechtskracht heeft – van een civiele rechter verwacht mag worden dat hij zelf een oordeel vormt over de voorliggende rechtsvraag. De rechter kan dus niet klakkeloos uitgaan van de beslissing van het bestuursorgaan, maar zal een eigen onderzoek moeten doen.

De civiele rechter kan bij de oordeelsvorming uiteraard wel de rapporten met feitelijke bevindingen van de toezichthouder en de sanctiebesluiten van bestuursorganen betrekken. De door toezichthouders vastgestelde feiten kunnen dienen als feitelijke grondslag voor de beoordeling door de rechter.²⁹ Hierbij geldt dat een rapport van een toezichthouder in beginsel vrije bewijskracht heeft en dat het aan de rechter is om dit bewijs te waarderen (artikel 152 lid 2 Rv).³⁰ De werkgever kan in dat verband uiteraard argumenten aanvoeren waarom aan het rapport geen of weinig waarde moet worden gehecht. Een werkgever kan bijvoorbeeld wijzen op tegenstrijdige of incomplete verklaringen, gebreken in het onderzoek of stellen dat het onderzoek van de toezichthouder zag op een andere periode dan waarop de vorderingen zien. De rechter zal deze argumenten moeten wegen voor zover deze relevant zijn voor de bewijswaardering.

Overigens verdient de constatering dat rapporten van toezichthouders vrije bewijskracht hebben een belangrijke nuancering. Een boeterapport vertoont bijvoorbeeld belangrijke gelijkenissen met het proces-verbaal als bedoeld in artikel 152 Wetboek van Strafvordering.³¹ Indien het boeterapport (net als het proces-verbaal) op ambtseid wordt opgemaakt, dan kwalificeert het als authentieke akte en is de inhoud daarvan dwingend bewijs in een civielrechtelijke procedure (artikel 156 lid 2 jo. artikel 157 lid 1 Rv). Ook getuigenverklaringen die onder ambtseid of belofte worden opgemaakt hebben een vergelijkbare bewijskracht.³² Dit laat al zien dat rechters in de regel veel waarde toekennen aan rapporten of handhavingsbesluiten en de constateringen daarin. Hoewel

25 Sinds ABRvS 9 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:363, heeft de Afdeling de grondtrechter verlaten, met uitzondering van zaken in het omgevingsrecht.

26 Zie voor de procedurele aspecten in beroep en hoger beroep, bijvoorbeeld: S.E. Zijlstra, 'Rechtsbescherming: hoe regel je dat (niet)?', *NTB* 2023/77.

27 ABRvS 13 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1973.

28 Wij verwijzen voor specifiek de beleidsregels op grond van de WAV en de streep die de hoogste bestuursrechter hierdoorheen heeft gezet, naar: E.C. van der Maden & D.G.M. Diesfeldt, 'Wet arbeid vreemdelingen en recente evenredigheidsontwikkelingen', *TAC* 2023/1, en voor meer specifiek de ontwikkeling van het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht: M. Feenstra, 'De toets aan het evenredigheidsbeginsel bij bestuurlijke maatregelen en herstelsancties', *NTB* 2022/345.

29 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Overijssel 7 mei 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1538, r.o. 5.13, *JAR* 2019/136, m.nt. E.M. Hoogeveen, *RAR* 2019/119. Voor de volledigheid: in deze procedure stond een van de auteurs van deze bijdrage de werkgever bij.

30 Vgl. Rb. Noord-Nederland 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3465, r.o. 4.18 e.v., *JAR* 2021/7, m.nt. J.P.H. Zwemmer, *RAR* 2021/21.

31 T.N. Sanders, *Handboek toezicht, handhaving en invordering*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 312.

32 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3465, r.o. 4.23, *JAR* 2021/7, m.nt. J.P.H. Zwemmer, *RAR* 2021/21.

de rechter in elke procedure de constatering van de toezichthouder en het bestuursorgaan zal moeten waarderen, kan gezegd worden dat een werkgever in geval van een nadelig oordeel van een toezichthouder of bestuursorgaan, met 1-0 achterstaat in een civiele procedure.

5. **Werkgevers, ken uw bestuursrecht!**

Het doel van dit tweeluik is om werkgevers en arbeidsrechtjuristen praktische handvatten te geven voor het geval dat zij met toezichthouders en bestuursorganen in de publiekrechtelijke sfeer te maken krijgen. Voor de handhavingsfase geldt dat werkgevers de relevante procedures, de ter beschikking staande rechtsmiddelen en vooral eventuele valkuilen goed moeten kennen. Hiervoor hebben wij uiteraard enkel de belangrijkste hoofdlijnen kunnen uiteenzetten. In de praktijk zullen werkgevers in elke individuele casus moeten nagaan welke aandachtspunten gelden. Een goede voorbereiding is daarbij het halve werk. Of in dit geval: een goed begrip van de bestuursrechtelijke procedures en de verschillen met civiele procedures kan op een later moment onduidelijkheid en het ongebruikt laten verlopen van fatale termijnen in het bestuursrecht voorkomen. Kortom: werkgevers van Nederland, ken uw bestuursrecht!