

ECLI	ECLI:NL:RVS:2017:492
Datum uitspraak	22 februari 2017
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 16 juli 2015 heeft de minister de vennootschap een boete opgelegd van € 12.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201605733/1/V6.

Datum uitspraak: 22 februari 2017

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[de vennootschap], gevestigd te [plaats],
appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 17 juni 2016 in zaak nr. 16/546 in het
geding tussen:

de vennootschap

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 16 juli 2015 heeft de minister de vennootschap een boete opgelegd van € 12.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 15 december 2015 heeft de minister het daartegen door de vennootschap gemaakte bezwaar gegrond verklaard voor zover het de hoogte van de boete betreft, het besluit van 16 juli 2015 in zoverre herroepen en de boete vastgesteld op € 8.000,00.

Bij uitspraak van 17 juni 2016 heeft de rechtbank het daartegen door de vennootschap ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de vennootschap hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een schriftelijke uiteenzetting ingediend.

De vennootschap heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 12 januari 2017, waar de vennootschap, vertegenwoordigd door [gemachtigde], rechtsbijstandverlener te Amsterdam, en de minister, vertegenwoordigd door mr. J.S.P. Smelik, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Het door een arbeidsinspecteur van de Inspectie SZW op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 29 april 2015 (hierna: het boeterapport) houdt in dat een vreemdeling van Chinese nationaliteit in de periode van 1 april 2011 tot en met 2 oktober 2014 als nasi- en bamikok en afwasser voor de vennootschap arbeid heeft verricht. De vennootschap beschikte voor de tewerkstelling van de vreemdeling over een tewerkstellingsvergunning, geldig van 1 april 2011 tot 1 april 2014, maar deze was afgegeven voor het verrichten van arbeid in de functie van frituurkok. Dat betekent dat de vennootschap de vreemdeling arbeid heeft laten verrichten waarvoor geen tewerkstellingsvergunning is afgegeven en dat zij artikel 2, eerste lid, van de Wav heeft overtreden, aldus het boeterapport.

2. De vennootschap betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de minister het recht op een eerlijk proces, neergelegd in artikel 6, eerste lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM), in dit geval heeft geschonden. Zij voert daartoe aan dat de minister, ondanks een daartoe strekkende oproep van de vennootschap, heeft nagelaten twee getuigen mee te nemen naar de zitting van de rechtbank. De vennootschap voert voorts aan dat uit de bij het boeterapport gevoegde verklaring van de vreemdeling niet valt af te leiden welke vragen de betrokken arbeidsinspecteurs hem hebben gesteld. Dat is in het licht van artikel 6 van het EVRM niet toelaatbaar. Indien de minister zich op het standpunt stelt dat deze gang van zaken wel toelaatbaar is, dient hij dat te bewijzen. Volgens de vennootschap is hij daarin niet geslaagd.

2.1. De rechtbank heeft bij brief van 29 februari 2016 aan de vennootschap te kennen gegeven dat, indien zij getuigen wenst op te roepen om ter zitting te verschijnen, zij dit dient te doen door middel van het verzenden van een aangetekende brief of het inschakelen van een deurwaarder. Dat is in lijn met artikel 8:60, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb). De vennootschap heeft vervolgens in haar aanvullend beroepsschrift van 30 april 2016 te kennen gegeven twee arbeidsinspecteurs op te willen roepen. Uit de dossierstukken blijkt echter niet dat zij, in lijn met artikel 8:60, vierde lid, van de Awb, aan deze arbeidsinspecteurs een aangetekende brief heeft verzonden of een deurwaarder heeft ingeschakeld. Ter zitting van de Afdeling heeft de vennootschap desgevraagd bevestigd dat zij dit niet heeft gedaan. Reeds hierom betoogt de vennootschap in zoverre tevergeefs dat haar recht op een eerlijk proces is geschonden.

2.2. Uit de bij het boeterapport gevoegde verklaring van de vreemdeling blijkt dat hij met behulp van een beëdigde telefonische tolk van het Tolk- en Vertaalcentrum Nederland is gehoord. De vreemdeling heeft verklaard dat hij de tolk goed heeft verstaan en begrepen. Nadat zijn verklaring aan hem was voorgelezen, heeft hij verklaard daarin te volharden en heeft hij deze ondertekend. Onder deze omstandigheden heeft de minister de verklaring van de vreemdeling terecht aan de boeteoplegging ten grondslag gelegd en is het, anders dan de vennootschap betoogt, aan haar om te motiveren waarom het niet weergeven van de gestelde vragen in strijd is met haar recht op een eerlijk proces. Dat heeft zij niet gedaan. De enkele verwijzing naar artikel 6 van het EVRM is onvoldoende. In deze bepaling is niet voorgeschreven op welke wijze een ten overstaan van een toezichthouder afgelegde verklaring moet worden vastgelegd. Afgezien daarvan valt uit de verklaring van de vreemdeling af te leiden welke vragen de arbeidsinspecteurs hem hebben gesteld.

Het betoog faalt.

3. Voor zover de vennootschap betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat zij artikel 2, eerste lid, van de Wav niet heeft overtreden omdat de vreemdeling ook werkzaamheden verrichtte die binnen het bestek vallen van de afgegeven tewerkstellingsvergunning, faalt dat betoog. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, volgt uit de verklaring van de vreemdeling dat deze structureel werkzaamheden verrichtte die niet tot de werkzaamheden van een frituurkok behoren. De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld dat de minister de vennootschap terecht heeft beboet. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 13 januari 2016, [ECLI:NL:RVS:2016:64](#).

4. De vennootschap betoogt verder dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de boete op nihil moet worden gesteld of moet worden gematigd. Zij voert daartoe aan dat zij niet op één lijn gesteld kan worden met een hardnekkige, malafide overtreder die illegale vreemdelingen uitbuit. In dit verband wijst zij erop dat zij over een tewerkstellingsvergunning beschikte en dat de vreemdeling niet illegaal in Nederland verbleef. De vennootschap wijst voorts op de onverwachte wijziging van de regelgeving met ingang van 1 januari 2014. Door haar even zwaar te beboeten als een hardnekkige, malafide overtreder van de Wav, maakt de minister misbruik van zijn bevoegdheid tot boeteoplegging, aldus de vennootschap. In het nader stuk heeft de vennootschap aangevoerd dat de minister in dit geval had moeten volstaan met het geven van een schriftelijke waarschuwing.

4.1. Het gaat bij het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav om de aanwending van een discretionaire bevoegdheid van de minister. De minister moet bij de aanwending van deze bevoegdheid, ingevolge artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, de hoogte van de boete afstemmen op de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en op de ernst van de overtreding. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Ingevolge de verplichting hem opgelegd in artikel 19d, zesde lid, van de Wav, heeft de minister beleidsregels vastgesteld waarin de boetebedragen voor de overtredingen zijn vastgesteld. Ook bij de toepassing van deze beleidsregels en de daarin vastgestelde boetebedragen dient de minister in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is.

De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van de minister met betrekking tot de boete voldoet aan de eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.

4.2. In situaties waarin verwijtbaarheid volledig ontbreekt bestaat geen grond voor boeteoplegging. Die situatie doet zich in elk geval voor indien de overtreder aannemelijk heeft gemaakt dat hij al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtreding te voorkomen. Een verminderde mate van verwijtbaarheid kan aanleiding geven de opgelegde boete te matigen.

4.3. In het besluit van 15 december 2015 heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat de boete moet worden vastgesteld op € 8.000,00. Hij heeft daartoe verwezen naar de uitspraak van de Afdeling van 7 oktober 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:3138](#), waarin de Afdeling heeft geoordeeld dat de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2013 onredelijk is voor zover de minister zijn beleid op het punt van het aan te houden boetenormbedrag voor overtreding van

artikel 2, eerste lid, van de Wav niet nader heeft gedifferentieerd. Verder heeft de minister zich in zijn schriftelijke uiteenzetting op het standpunt gesteld dat, gelet op de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2016, aanleiding bestaat de boete met 25% te matigen, omdat de vreemdeling is verantwoord in de administratie van de vennootschap en het door hem ontvangen loon in overeenstemming is met de geldende wettelijke regels. Het betoog van de vennootschap dat de boete moet worden gematigd, slaagt in zoverre. Het betoog van de vennootschap dat dat zij niet op één lijn gesteld kan worden met een hardnekkige, malafide overtreder en dat de minister misbruik maakt van zijn bevoegdheid tot boeteoplegging omdat hij zijn beleid op het punt van het aan te houden boetenormbedrag niet heeft gedifferentieerd, behoeft gelet op het vorenstaande geen bespreking meer.

4.4. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, behoorde de vennootschap te weten dat zij de vreemdeling niet als nasi- en bamikok en als afwasser voor zich mocht laten werken. Het UWV Werkbedrijf heeft aan de vennootschap immers een tewerkstellingsvergunning verleend voor het door de vreemdeling verrichten van arbeid als frituurkok. Dat de vennootschap zich hiervan bewust was, blijkt uit de bij het boeterapport gevoegde aanvraag van de verleende tewerkstellingsvergunning, waarin expliciet staat dat het gaat om een aanvraag voor een frituurkok. Gelet hierop heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat de overtreding de vennootschap volledig valt te verwijten. Er bestaat daarom geen aanleiding de boete nog verder te matigen. Reeds gelet op de mate van verwijtbaarheid van de overtreding leidt de verwijzing naar de gewijzigde regelgeving, wat daar verder ook van zij, niet tot een ander oordeel.

In zoverre faalt het betoog.

4.5. Volgens artikel 11 van de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2016 maakt de minister in bepaalde gevallen geen gebruik van zijn bevoegdheid tot boeteoplegging, maar volstaat hij met het geven van een schriftelijke waarschuwing aan de betrokken werkgever. Een waarschuwing wordt uitsluitend gegeven in de in artikel 11, tweede lid, omschreven specifieke situaties. In dit geval is geen van die situaties aan de orde.

Ook in zoverre faalt het betoog.

5. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak moet worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het inleidend beroep gegrond verklaren, het besluit van 15 december 2015 vernietigen, het besluit van 16 juli 2015 herroepen en op na te melden wijze in de zaak voorzien.

6. De minister moet op na te melden wijze in de proceskosten worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 17 juni 2016 in zaak nr. 16/546;

III. verklaart het in die zaak ingestelde beroep gegrond;

IV. vernietigt het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 15 december 2015, kenmerk WBJA/ABWA/1.2015.1302.001/bob2;

V. herroept het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 16 juli 2015, kenmerk 071502094/03;

VI. bepaalt dat de aan [de vennootschap] opgelegde boete wordt vastgesteld op € 6.000,00 (zegge: zesduizend euro);

VII. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 15 december 2015;

VIII. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [de vennootschap] in verband met de behandeling van het bezwaar opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 980,00 (zegge: negenhonderdtachtig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

IX. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [de vennootschap] in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.980,00 (zegge: negentienhonderdtachtig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

X. gelast dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan [de vennootschap] het door haar betaalde griffierecht van € 837,00 (zegge: achthonderdzevenendertig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. N. Verheij, voorzitter, en mr. J.J. van Eck en mr. G.M.H. Hoogvliet, leden, in tegenwoordigheid van mr. M.V.T.K. Oei, griffier.

w.g. Verheij w.g. Oei
voorzitter griffier

Uitgesproken in het openbaar op 22 februari 2017

670.