

ECLI	ECLI:NL:RVS:2022:2676
Datum uitspraak	14 september 2022
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 8 april 2020 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid [appellante] een boete opgelegd van € 8.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen. In het op ambtseed door een arbeidsinspecteur van de Inspectie SZW opgemaakte boeterapport van 15 oktober 2019, kenmerk 1707337/01, en de bijlagen staat het volgende. Op 23 juni 2017 heeft de Inspectie SZW een melding ontvangen van de IND dat een vreemdeling genaamd [naam 1], van Surinaamse nationaliteit, onder de naam van zijn broer, [naam 2], via [appellante] arbeid zou hebben verricht bij [bedrijf]. [naam 1] zou eind 2016 naar Nederland zijn gekomen met een visum kort verblijf en na afloop van dit visum niet zijn teruggekeerd naar Suriname. Op 5 februari 2018 bleek bij raadpleging van Suwinet dat [naam 1] daarin niet voorkwam. Bij raadpleging van de Basisvoorziening Vreemdelingen bleek dat hij geen verblijfstitel had in Nederland.

Volledige tekst

202104747/1/V6.

Datum uitspraak: 14 september 2022

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats],

tegen de uitspraken van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Zwolle, van 16 juni 2021 in zaken nrs. 20/1462 en 20/1543 in de gedingen tussen:

[appellante]

en

de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

In zaak nr. 20/1462 (boete)

Bij besluit van 8 april 2020 heeft de staatssecretaris [appellante] een boete opgelegd van € 8.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 26 juni 2020 heeft de staatssecretaris het door [appellante] daartegen gemaakte bezwaar gegrond verklaard voor zover het de hoogte van de boete betreft, het besluit van 8 april 2020 in zoverre herroepen en de boete vastgesteld op € 6.000,00.

In zaak nr. 20/1543 (waarschuwing)

Bij besluit van 8 april 2020 heeft de staatssecretaris [appellante] krachtens artikel 17b, eerste lid, van de Wav een waarschuwing preventieve stillegging van werk (hierna: de waarschuwing) gegeven.

Bij besluit van 26 juni 2020 heeft de staatssecretaris het door [appellante] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

In beide zaken

Bij uitspraken van 16 juni 2021 heeft de rechtbank de door [appellante] ingestelde beroepen ongegrond verklaard. Deze uitspraken zijn aangehecht.

Tegen deze uitspraken heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

[appellante] heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 15 maart 2022, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. A.E.B. de Hollander, bedrijfsjurist, en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. M.M. Odijk, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Het wettelijk kader en het beleidskader zijn opgenomen in de bijlage, die deel uitmaakt van deze uitspraak.

Inleiding

2. In het op ambtseed door een arbeidsinspecteur van de Inspectie SZW opgemaakte boeterapport van 15 oktober 2019, kenmerk 1707337/01, en de bijlagen staat het volgende.

Op 23 juni 2017 heeft de Inspectie SZW een melding ontvangen van de IND dat een vreemdeling genaamd [naam 1], van Surinaamse nationaliteit, onder de naam van zijn broer, [naam 2], via [appellante] arbeid zou hebben verricht bij [bedrijf]. [naam 1] zou eind 2016 naar Nederland zijn gekomen met een visum kort verblijf en na afloop van dit visum niet zijn teruggekeerd naar Suriname. Op 5 februari 2018 bleek bij raadpleging van Suwinet dat [naam 1] daarin niet voorkwam. Bij raadpleging van de Basisvoorziening Vreemdelingen bleek dat hij geen verblijfstitel had in Nederland. Bij bestudering van zijn visumaanvraag bleek dat [naam 2]

zijn broer is. Bij raadpleging van Suwinet bleek dat [naam 2] in de periode december 2016 tot en met juni 2017 als uitzendkracht een inkomensverhouding had met [appellante]. Op 6 februari 2018 is als getuige gehoord [assistent manager bezorging] bij [bedrijf]. Bij het tonen van de pasfoto uit het Surinaamse paspoort van [naam 1], herkende [assistent manager bezorging] deze persoon als [naam 2]. Uit telefonische navraag bij het UWV en de IND is gebleken dat [appellante] voor de werkzaamheden door [naam 1] niet in het bezit was van de daarvoor vereiste tewerkstellingsvergunning en verder dat [naam 1] niet in het bezit was van een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid. Dit betekent dat [appellante] artikel 2, eerste lid, van de Wav heeft overtreden.

De staatssecretaris heeft [appellante] daarom een boete opgelegd en ook een preventieve waarschuwing gegeven die er - kort gezegd - op neerkomt dat hij bij een herhaling van de overtreding kan besluiten [appellante] te bevelen de werkzaamheden te staken.

3. Om het onderscheid tussen de twee zaken duidelijk te maken zal de Afdeling eerst de hogerberoepsgronden tegen de uitspraak van de rechtbank in zaak nr. 20/1462 (boete) bespreken en daarna de hogerberoepsgronden tegen de uitspraak in zaak nr. 20/1543 (waarschuwing).

De uitspraak van de rechtbank in zaak nr. 20/1462 (boete)

4. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de staatssecretaris [appellante] terecht heeft aangemerkt als werkgever in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Wav. [appellante] voert aan dat de rechtbank niet heeft onderkend dat niet zij maar [bedrijf] de feitelijk werkgever was, omdat de werkzaamheden voor [bedrijf] zijn verricht. Dat [appellante] de uren bij [bedrijf] in rekening heeft gebracht, maakt dit niet anders. Ook had [appellante] niet kunnen weten dat [naam 2] zijn broer onder zijn naam zou laten werken.

4.1. [appellante] had een arbeidsovereenkomst met de betrokken werknemer en had deze gedetacheerd bij [bedrijf]. De rechtbank heeft [appellante] terecht als werkgever aangemerkt. Dat de werkzaamheden feitelijk buiten zicht van [appellante] bij [bedrijf] werden uitgevoerd, doet aan die kwalificatie als werkgever niet af. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, volgt uit onder meer de uitspraak van de Afdeling van 30 september 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:2323](#), onder 2.2, dat het feit dat ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht, voldoende is voor het aanmerken als werkgever. Instemming door die werkgever met dan wel wetenschap van de arbeid is niet vereist. Dit betekent dat [naam 1] ten dienste van [appellante] arbeid heeft verricht. Dat [appellante] in de veronderstelling verkeerde dat [naam 2] de uren had gewerkt, maakt dit niet anders, gelet op de uitspraak van 30 september 2020.

Het betoog faalt.

5. [appellante] betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de staatssecretaris zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat in dit geval geen sprake is van een situatie waarin verwijtbaarheid volledig ontbreekt dan wel een situatie waarin sprake is van verminderde verwijtbaarheid. [appellante] voert aan dat de hoogte van de boete onjuist is. Zij kan in redelijkheid namelijk niet meer doen om illegale tewerkstelling te voorkomen. Steekproefsgewijze controles zullen in de praktijk weinig succesvol zijn, omdat er veel en wisselende ploegendiensten zijn en sommige uitzendkrachten slechts kortstondige arbeidsovereenkomsten hebben. Ter zitting heeft [appellante] toegelicht dat zij inleners inmiddels steekproefsgewijs controleert.

5.1. De rechtbank heeft terecht en op goede gronden geoordeeld dat de staatssecretaris zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat in dit geval geen sprake is van een situatie waarin verwijtbaarheid volledig ontbreekt dan wel een situatie waarin sprake is van verminderde verwijtbaarheid. Zij heeft namelijk terecht overwogen dat het op de weg van [appellante] ligt om de nodige maatregelen te treffen om overtreding van de Wav te voorkomen en dat zij meer eigen verantwoordelijkheid had moeten tonen, bijvoorbeeld in de vorm van eigen steekproefsgewijze controles. Met het contractueel vastleggen dat [bedrijf] toezicht moet houden op naleving van de Wav, heeft [appellante] niet het maximale gedaan om overtreding te voorkomen. De Afdeling wijst ter vergelijking naar haar uitspraak van 14 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3329, onder 5.2. Dat [appellante] inleners inmiddels steekproefsgewijs controleert, maakt het voorgaande niet anders, alleen al omdat dit nog niet de situatie was ten tijde van de besluitvorming. De staatssecretaris is in dit geval dus terecht uitgegaan van normale verwijtbaarheid.

[appellante] voert evenwel terecht aan dat de hoogte van de boete onjuist is. Uit de uitspraak van de Afdeling van 13 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1973, onder 7, 7.1 en 7.2, volgt dat bij normale verwijtbaarheid 50% van het boetenormbedrag het uitgangspunt is. De staatssecretaris heeft de boete gematigd met 25%, vanwege het tijdsverloop tussen het afronden van het onderzoek en het insturen van het boeterapport. Hij is hierbij echter uitgegaan van 100% van het boetenormbedrag. Hij had daarentegen 50% van het boetenormbedrag als uitgangspunt moeten nemen, gelet op de uitspraak van de Afdeling van 13 juli 2022.

Het betoog slaagt.

6. Het hoger beroep, voor zover gericht tegen de uitspraak van de rechtbank in zaak nr. 20/1462, is gegrond. Deze uitspraak van de rechtbank wordt vernietigd. De Afdeling ziet aanleiding het geschil definitief te beslechten door met toepassing van artikel 8:72a van de Awb op de hierna te melden wijze zelf in de zaak te voorzien.

7. Gelet op de mate van verwijtbaarheid neemt de Afdeling een boete ter hoogte van 50% van het boetenormbedrag als uitgangspunt. Dat komt in dit geval neer op een bedrag van € 4.000,00, aangezien volgens artikel 1 van de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2020 en de daarbij behorende Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav de bestuurlijke boete voor overige rechtspersonen en daarmee gelijkgestelden € 8.000,00 bedraagt per overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav. [appellante] heeft die bepaling in deze boetezaak maar één keer overtreden. De staatssecretaris heeft voorts terecht een matiging van 25% van de boete in verband met tijdsverloop aangewezen geacht. Met toepassing van die korting op het hiervoor genoemde bedrag van € 4.000,00 acht de Afdeling een boete ter hoogte van € 3.000,00 passend en geboden.

De uitspraak van de rechtbank in zaak nr. 20/1543 (waarschuwing)

8. Het betoog van [appellante] dat de rechtbank niet heeft onderkend dat overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wav en van artikel 15a van de Wav niet soortgelijk zijn, behoeft geen bespreking meer. [appellante] heeft ter zitting namelijk desgevraagd bevestigd dat het in dit geval gaat om twee overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wav.

9. [appellante] betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de staatssecretaris de waarschuwing deugdelijk heeft gemotiveerd. [appellante] voert aan dat de waarschuwing niet gerechtvaardigd is, omdat zij over geruime tijd genomen slechts twee overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wav heeft begaan en dat in het niet valt bij de

meer dan 50.000 uitzend- en payrollkrachten die zij jaarlijks te werk stelt. De twee overtredingen zijn volgens [appellante] qua aard en omvang niet ernstig genoeg om de waarschuwing te rechtvaardigen. Verder blijft de waarschuwing vijf jaar staan en de kans is zeer groot dat binnen die tijd opnieuw een overtreding zal plaatsvinden, gelet op de omvang van de onderneming. In dit kader heeft [appellante] in hoger beroep een boeterapport van 23 december 2021 over een derde overtreding van artikel 2, eerste lid van de Wav overgelegd. Ter zitting heeft zij toegelicht dat zij dit boeterapport heeft overgelegd om te onderbouwen dat overtredingen ondanks controleprocedures nooit volledig kunnen worden voorkomen. Een eventuele stillegging van haar miljoenenbedrijf als gevolg van de nieuwe overtreding is niet proportioneel en zal verstrekken gevolgen hebben, zoals het verlies van certificering en daardoor het verlies van klanten. De waarschuwing is volgens [appellante] dan ook in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

9.1. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 17b van de Wav (Kamerstukken II 2011/12, 33 207, nr. 3, blz. 16, 17 en 20) volgt dat het preventief stilleggen van werkzaamheden in principe in drie stappen gebeurt. Bij een eerste overtreding legt de staatssecretaris alleen een enkelvoudige boete op. Bij een tweede overtreding legt hij een dubbele boete op en geeft hij een waarschuwing dat bij herhaling van de overtreding stillegging van de werkzaamheden volgt. Bij een derde overtreding legt hij een drievoudige boete op en heeft hij de mogelijkheid om over te gaan tot stillegging van de werkzaamheden. Het besluit om werkzaamheden stil te leggen en of het daarbij gaat om het hele bedrijf of specifieke werkzaamheden neemt de staatssecretaris aan de hand van de concrete situatie en de gevolgen van dit besluit voor het betrokken bedrijf en derden. Bij dit besluit wegen de maatschappelijke en economische gevolgen van het stilleggen en de positie van de werknemers mee.

9.2. [appellante] betoogt terecht dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de staatssecretaris de waarschuwing deugdelijk heeft gemotiveerd. Op zichzelf heeft de staatssecretaris zich terecht op het standpunt gesteld dat sprake is van een herhaalde overtreding als bedoeld in artikel 17b, eerste lid, van de Wav gelezen in samenhang met artikel 4b, eerste lid, van het Besluit uitvoering Wav (hierna: BuWav); zie onder 8. De staatssecretaris had dus de bevoegdheid de waarschuwing op te leggen.

Uit artikel 4b van het BuWav en artikel 4 van de Beleidsregel preventieve stillegging arbeidswetten (hierna: de Beleidsregel) volgt evenwel dat de staatssecretaris bij het toepassen van deze bevoegdheid moet afwegen: de aard en omvang van de overtreding, de maatschappelijke en economische gevolgen van een eventuele stillegging en of een boete is gematigd.

De staatssecretaris is in zijn besluit hoofdzakelijk ingegaan op de matiging van de boete. Ter zitting heeft hij desgevraagd toegelicht dat bij [appellante] inderdaad met name is gekeken naar de vraag of de mate van verwijtbaarheid tot matiging van de boetes heeft geleid. Verder wordt in het besluit van 26 juni 2020 nog gesteld dat het lage foutpercentage ook geen reden is af te zien van een waarschuwing omdat in relatief korte tijd twee overtredingen zijn geconstateerd en niet is gebleken dat maatregelen zijn getroffen om deze te voorkomen. De staatssecretaris heeft ter zitting verder toegelicht dat hij pas bij een eventueel besluit tot stillegging gaat kijken naar alle andere omstandigheden.

De staatssecretaris is in de besluiten van 8 april 2020 en 26 juni 2020 in strijd met de Beleidsregel niet ingegaan op de maatschappelijke en economische gevolgen bij een eventuele stillegging van [appellante]. Volgens het beleid moet die afweging ook bij het geven van een waarschuwing worden gemaakt en mag deze niet worden doorgeschoven

naar het besluit tot stillegging.

Ook heeft de staatssecretaris in zijn besluiten niet deugdelijk gemotiveerd waarom de aard en omvang van de overtredingen niet leiden tot het afzien van een waarschuwing. De eerste boete betrof namelijk een student die rechtmatig verblijf in Nederland had en minder dan tien uur per week arbeid verrichtte en minimumloon ontving, waarvoor belastingen en premies werden afgedragen, de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden niet waren geschonden en hij in de administratie verantwoord was. Dat in relatief korte tijd twee overtredingen zijn geconstateerd en niet is gebleken dat maatregelen zijn getroffen om deze te voorkomen, is in het licht daarvan onvoldoende motivering op dit punt.

9.3. Het betoog slaagt.

10. Het hoger beroep, voor zover gericht tegen de uitspraak van de rechtbank in zaak nr. 20/1543, is gegrond. Deze uitspraak van de rechtbank wordt vernietigd. Het beroep, voor zover gericht tegen het besluit van 26 juni 2020 (waarschuwing), is gegrond en dat besluit wordt vernietigd. De staatssecretaris zal een nieuw besluit op het bezwaar van [appellante] moeten nemen. De Afdeling kan de zaak niet finaal beslechten omdat het in eerste instantie aan de staatssecretaris is om bij afweging van alle belangen te beoordelen of een waarschuwing passend is.

Griffierecht en proceskosten

11. De staatssecretaris moet het door [appellante] betaalde griffierecht vergoeden. Van voor vergoeding in aanmerking komende proceskosten is niet gebleken.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Zwolle, van 16 juni 2021 in zaak nr. 20/1462 (boete);

III. verklaart het beroep, voor zover gericht tegen het besluit van 26 juni 2020 met kenmerk WBJA/ABWA/1.2020.0529.001 (boete), gegrond;

IV. vernietigt dat besluit;

V. herroept het besluit van 8 april 2020 met kenmerk 071902847/03 (boete), wat betreft de hoogte van de opgelegde boete;

VI. stelt het bedrag van de opgelegde boete vast op € 3.000,00;

VII. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 26 juni 2020 met kenmerk WBJA/ABWA/1.2020.0529.001 (boete);

VIII. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Overijssel, zittingsplaats Zwolle, van 16 juni 2021 in zaak nr. 20/1543 (waarschuwing);

IX. verklaart het beroep, voor zover gericht tegen het besluit van 26 juni 2020 met kenmerk WBJA/ABWA/1.2020.0601.001 (waarschuwing), gegrond;

X. vernietigt dat besluit;

XI. gelast dat de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan [appellante] het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 895,00 voor de behandeling van het beroep

en het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. J.Th. Drop, voorzitter, en mr. C.M. Wissels en mr. J.J.W.P. van Gastel, leden, in tegenwoordigheid van mr. M.V.T.K. Oei, griffier.

De voorzitter is verhinderd de uitspraak te ondertekenen

w.g. Oei
griffier

Uitgesproken in het openbaar op 14 september 2022

670/488-861

BIJLAGE

Algemene wet bestuursrecht

Artikel 8:72a

Indien de bestuursrechter een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt, neemt hij een beslissing omtrent het opleggen van de boete en bepaalt hij dat zijn uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking.

Wet arbeid vreemdelingen

Artikel 2

1. Het is een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning of zonder dat een vreemdeling in het bezit is van een gecombineerde vergunning voor werkzaamheden bij die werkgever.

[...]

Artikel 17b

1. Een daartoe door Onze Minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar kan, nadat een overtreding van een voorschrift of verbod bij of krachtens deze wet is geconstateerd die bestuurlijk beboetbaar is gesteld, aan de werkgever een schriftelijke waarschuwing geven dat bij herhaling van de overtreding of bij een latere overtreding van eenzelfde in de waarschuwing aangegeven wettelijke verplichting of verbod of bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen soortgelijke verplichtingen of verboden, door hem een bevel kan worden opgelegd dat door hem aangewezen werkzaamheden voor ten hoogste drie maanden worden gestaakt dan wel niet mogen worden aangevangen.

2. Indien een waarschuwing als bedoeld in het eerste lid is gegeven en herhaling van de overtreding of een latere overtreding als bedoeld in het eerste lid is geconstateerd, kan door de ambtenaar, bedoeld in het eerste lid, aan de werkgever bij beschikking een bevel als bedoeld in het eerste lid worden opgelegd dat wordt opgevolgd met ingang van het in de beschikking aangegeven tijdstip. Deze beschikking wordt niet gegeven zolang wegens de eerste overtreding, bedoeld in het eerste lid, nog niet een bestuurlijke boete is opgelegd.

3. De constatering van de overtreding, bedoeld in het eerste of tweede lid, wordt vastgelegd in een boeterapport.

4. De waarschuwing, bedoeld in het eerste lid, vervalt indien na de dagtekening van de

waarschuwing vijf jaren zijn verstreken.

[...]

Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen

Artikel 4b

1. Na een herhaling van een overtreding of soortgelijke overtreding wordt een waarschuwing gegeven als bedoeld in artikel 17b, eerste lid, van de wet en indien een herhaling van die of een soortgelijke overtreding is geconstateerd als bedoeld in dat artikel van de wet, wordt een bevel opgelegd door de daartoe aangewezen ambtenaar dat de door hem aangewezen werkzaamheden voor een daarbij aangegeven periode worden stilgelegd dan wel niet mogen aanvangen.

[...]

4. Indien de aard van de overtreding of de met de overtreding samenhangende omstandigheden dan wel de gevolgen van een stillegging van de werkzaamheden daartoe aanleiding geven, kan worden afgezien van een waarschuwing als bedoeld in het eerste (...) lid en kan worden afgezien van een bevel als bedoeld in het eerste (lid). [...]

Beleidsregel preventieve stillegging arbeidswetten

Artikel 4

1. Bij de overweging een waarschuwing of een bevel tot preventieve stillegging achterwege te laten in verband met de aard van de overtreding of de met de overtreding samenhangende omstandigheden wordt onder meer rekening gehouden met het type overtreding en de omvang van de overtreding.

2. Bij de overweging een waarschuwing of een bevel tot preventieve stillegging achterwege te laten in verband met de gevolgen van de overtreding wordt onder meer rekening gehouden met de maatschappelijke gevolgen en met de economische gevolgen voor derden.

3. Bij de overweging een waarschuwing of een bevel tot preventieve stillegging achterwege te laten kan rekening worden gehouden met het feit dat de toezichthouder de opgelegde boete heeft gematigd.

[...]

Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2020

Artikel 1

Bij de berekening van een bestuurlijke boete als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen wordt voor alle overtredingen als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de 'Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen' die als bijlage I bij deze beleidsregel is gevoegd.