

ECLI	ECLI:NL:RVS:2023:585
Datum uitspraak	15 februari 2023
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 9 oktober 2020 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid [wederpartij] een boete opgelegd van € 27.000,00 wegens overtredingen van artikel 2, eerste lid, artikel 15, eerste en tweede lid, en artikel 15a van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

202108077/1/V6.

Datum uitspraak: 15 februari 2023

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,

appellant,

tegen de mondelinge uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 12 november 2021 in zaak nr. ROT 21/243 in het geding tussen:

[wederpartij], gevestigd te [plaats],

en

de minister.

Procesverloop

Bij besluit van 9 oktober 2020 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid [wederpartij] een boete opgelegd van € 27.000,00 wegens overtredingen van artikel 2, eerste lid, artikel 15, eerste en tweede lid, en artikel 15a van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 28 december 2020 heeft de staatssecretaris het door [wederpartij] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij mondelinge uitspraak van 12 november 2021 heeft de rechtbank het door [wederpartij] daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 28 december 2020 vernietigd voor zover daarbij de hoogte van de boete is bepaald op € 27.000,00, het besluit van 9 oktober 2020 herroepen voor zover daarbij de hoogte van de boete is bepaald op €

27.000,00, de hoogte van de boete bepaald op € 13.500,00 en bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde gedeelte van het besluit van 28 december 2020. Het proces-verbaal van deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de minister hoger beroep ingesteld.

[wederpartij] heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven en heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 6 oktober 2022, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. M.M. Odijk, en [wederpartij], vertegenwoordigd door [gemachtigde] en bijgestaan door mr. J.A.J. Hooymayers, advocaat te Breda, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. Het wettelijk kader is opgenomen in de bijlage, die deel uitmaakt van deze uitspraak.

2. Arbeidsinspecteurs van de Inspectie SZW (hierna: de inspecteurs) hebben op 14 juni 2017 een administratief onderzoek ingesteld bij een afvalcentrale in aanbouw in Moerdijk. Eén van de betrokken bedrijven op het project, [bedrijf A], heeft [wederpartij] ingeschakeld om te zorgen voor het metsel- en steigerwerk op deze locatie. [wederpartij] heeft op haar beurt [bedrijf B] ingeschakeld als onderaannemer. Tijdens het onderzoek hebben de inspecteurs kopieën ingezien van identiteitsbewijzen van personen die bij de afvalcentrale aan het werk waren en zij hebben inzage gekregen in de poortregistratie. Zij hebben daaruit opgemaakt dat drie personen via [bedrijf B] steigerbouwwerkzaamheden hebben verricht ten behoeve van [wederpartij]. Eén van deze personen heeft de Turkse nationaliteit (hierna: de vreemdeling) en van de twee andere personen (hierna: de arbeidskrachten) konden de inspecteurs de identiteit niet vaststellen. De inspecteurs hebben [wederpartij] vervolgens op 3 april 2019 op basis van artikel 15a van de Wav gevorderd vóór 13 april 2019 medewerking te verlenen bij het vaststellen van de identiteit van de arbeidskrachten.

In het vervolgens op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 16 december 2019, met kenmerk 421700357/19, aangevuld bij het op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 11 juni 2020, met kenmerk 421700357/31, staat het volgende. De vreemdeling heeft op 6 en 7 februari 2017 (week 6 van 2017) in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav werkzaamheden verricht ten behoeve van [wederpartij], zonder dat het UWV werkbedrijf daarvoor een tewerkstellingsvergunning had afgegeven of de vreemdeling beschikte over een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid. Ook heeft [wederpartij] in strijd met artikel 15, eerste lid, van de Wav de identiteit van de vreemdeling niet vastgesteld en geen kopie van het identiteitsbewijs opgenomen in de administratie. Daarnaast heeft [wederpartij] in strijd met het tweede lid van dat artikel geen kopie van dat identiteitsbewijs aan [bedrijf A] verstrekt. Van de arbeidskrachten hebben de inspecteurs niet binnen de genoemde termijn een afschrift van het identiteitsdocument ontvangen, waardoor [wederpartij] niet aan de vordering op grond van artikel 15a van de Wav heeft voldaan.

Gelet op deze feiten heeft de minister [wederpartij] de volgende boetes opgelegd: € 8.000,00 voor de overtreding van artikel 2 van de Wav, twee keer € 1.500,00 voor de overtredingen van artikel 15, eerste en tweede lid, van de Wav en twee keer € 8.000,00 voor de overtredingen van artikel 15a van de Wav. Dit komt neer op een boete van € 27.000,00.

3. In hoger beroep zijn partijen het erover eens dat [wederpartij] de overtredingen heeft gepleegd. Deze uitspraak gaat alleen over de hoogte van de boete.

Matiging door de rechtbank

4. De rechtbank heeft de boete met 25% gematigd, omdat tussen de laatste ambtshandeling van de inspecteurs en het insturen van het boeterapport langer dan een half jaar zit.

Daarnaast heeft de rechtbank de boete met nog eens 25% gematigd, omdat de boete onevenredig is gelet op de duur, omvang en kosten van de geleverde arbeid.

4.1. De minister komt niet op tegen de matiging van 25% vanwege de periode tussen de laatste ambtshandeling en het insturen van het boeterapport. Hij verzet zich echter wel tegen de verdere matiging met 25%. Hij voert aan dat geen sprake is van marginale, incidentele arbeid, nu de vreemdeling en de arbeidskrachten twee dagen lang betaalde arbeid hebben verricht door steigers te bouwen. Daarnaast heeft de rechtbank ten onrechte bij deze matiging betrokken dat ruim twee jaar is verstreken tussen het verhoor van [wederpartij] op 24 augustus 2018 en het besluit van 9 oktober 2020.

4.2. Uit de uitspraak van de rechtbank volgt niet duidelijk in welk perspectief de rechtbank heeft overwogen dat ruim twee jaar is verstreken tussen het verhoor en het besluit van 9 oktober 2020. Onduidelijk is of de rechtbank dit heeft betrokken bij haar conclusie dat de boete met nog eens 25% moet worden gematigd. Wat hier ook van zij, de Afdeling komt tot de conclusie dat de redelijke termijn, die is aangevangen met de boetekennisgeving van 23 juli 2020, niet is overschreden. Ook partijen zijn het erover eens dat de redelijke termijn niet is overschreden. Zoals de minister terecht aanvoert, is hier ook geen sprake van incidentele, marginale arbeid. Uit de verklaring van [wederpartij] die bij het boeterapport is gevoegd, volgt dat de vreemdeling twee of drie dagen werkzaamheden heeft verricht. Het gaat ook niet om werkzaamheden die normaal gesproken onbetaald worden verricht. De rechtbank heeft daarom ten onrechte de boete met 25% gematigd vanwege de duur, omvang en kosten van de arbeid.

Het betoog slaagt.

Conclusie hoger beroep

5. Het hoger beroep is gegrond. De uitspraak van de rechtbank wordt vernietigd. De Afdeling ziet aanleiding het geschil definitief te beslechten door met toepassing van artikel 8:72a van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) op de hierna te melden wijze zelf in de zaak te voorzien.

Verwijtbaarheid van de overtreding van artikel 2 van de Wav

6. In de uitspraak van de Afdeling van 13 juli 2022, [ECLI:NL:RVS:2022:1973](#), heeft de Afdeling overwogen dat de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2017 ten onrechte geen onderscheid maakt tussen opzet, grove schuld en normale verwijtbaarheid bij het vaststellen van het toepasselijke boetenormbedrag. Hetzelfde geldt voor de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2020 en eerdere beleidsregels. In afwachting van nieuw beleid van de minister, neemt de Afdeling 100% van het boetenormbedrag als uitgangspunt wanneer artikel 2 of 15a van de Wav opzettelijk is overtreden en 75% van dat bedrag indien sprake is van grove schuld bij de overtreder. Is geen sprake van opzet of grove schuld, dan is 50% van het boetenormbedrag een passend uitgangspunt en bij verminderde verwijtbaarheid is dat 25% van het boetenormbedrag.

6.1. De minister stelt zich op het standpunt dat in deze zaak sprake is van een verhoogde mate van verwijtbaarheid, waardoor bij de beoordeling van de evenredigheid van de boete moet worden uitgegaan van grove schuld. [wederpartij] heeft namelijk het Turkse paspoort

van de vreemdeling gezien, maar heeft nooit onderzocht of de vreemdeling wel mocht werken in Nederland. [wederpartij] heeft daarnaast verklaard dat de vreemdeling al vaker voor haar heeft gewerkt, waardoor sprake is van recidive. Volgens hem moet daarom voor de boete voor de overtreding van artikel 2 worden uitgegaan van 75% van het boetenormbedrag van € 8.000,00, wat neerkomt op € 6.000,00.

6.2. [wederpartij] betoogt daarentegen dat sprake is van verminderde verwijtbaarheid. Zij stelt dat geen sprake is van recidive, dat zij de Wav niet opzettelijk heeft overtreden en geen financieel voordeel heeft behaald aan de overtredingen. Ook stelt zij dat de opdrachtgever van het project, [bedrijf C], de poortcontrole uitvoerde, waardoor [wederpartij] ervan uitging dat alles in orde was.

6.3. Zoals uit de uitspraak van 13 juli 2022, onder 7.2, volgt, mag in beginsel bij overtreding van de Wav worden uitgegaan van normale verwijtbaarheid. Dat de Wav als zodanig bekend wordt verondersteld en dat deze is overtreden, brengt nog niet met zich dat de werkgever in kwestie de overtreding opzettelijk heeft begaan of daaraan grove schuld heeft. Afwijking naar beneden van genoemde 50% van het boetenormbedrag is aangewezen als sprake is van verminderde verwijtbaarheid bij de werkgever. Onder verminderde verwijtbaarheid worden verstaan situaties waarin het de werkgever niet volledig valt aan te rekenen dat hij de Wav heeft overtreden.

Afwijking naar boven van het percentage van 50% is gerechtvaardigd bij opzet of grove schuld bij de werkgever. Grove schuld is aan de orde wanneer de mate van verwijtbaarheid hoger ligt dan de normale verwijtbaarheid, maar er geen sprake is van opzet. Bijvoorbeeld in het geval van een ernstige, aan opzet grenzende, mate van verwijtbaarheid. Het gaat dan om ernstige nalatigheid, ernstige onzorgvuldigheid of ernstige onachtzaamheid met als gevolg dat de Wav niet of niet behoorlijk is nageleefd. Van grove schuld kan ook sprake zijn wanneer er omstandigheden zijn die elk op zich normale verwijtbaarheid opleveren, maar in onderlinge samenhang bezien wel leiden tot grove schuld. Het is aan de minister om aan te tonen dat de werkgever met opzet of grove schuld heeft gehandeld.

6.4. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 3 oktober 2007, [ECLI:NL:RVS:2007:BB4694](#)) is het de eigen verantwoordelijkheid van een werkgever om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of aan de voorschriften van de Wav wordt voldaan. Door erop te vertrouwen dat een ander bedrijf de controles zou uitvoeren, heeft [wederpartij] het risico genomen dat die controle niet toereikend zou zijn en de Wav zou worden overtreden. In zoverre is geen sprake van verminderde verwijtbaarheid. De Afdeling ziet ook geen reden om grove schuld aan te nemen. Dat de vreemdeling al vaker voor [wederpartij] heeft gewerkt, betekent niet dat sprake is van recidive. De minister heeft [wederpartij] niet eerder beboet voor overtreding van de Wav en [wederpartij] verkeerde naar eigen zeggen in de veronderstelling dat de vreemdeling in Nederland mocht werken. Verder is gebleken dat wel enige controle van de vreemdeling heeft plaatsgevonden. Zo heeft [wederpartij] het Turkse paspoort en de KvK-inschrijving van de vreemdeling gecontroleerd. Daarnaast vond er door de poortcontrole van [bedrijf C] enige controle plaats. Die poortcontrole hield in dat iedereen die de bouwplaats wilde betreden, zich de eerste keer moest identificeren en laten registreren. Vervolgens kregen deze medewerkers een toegangspas waarmee zij de bouwlocatie konden betreden. [wederpartij] heeft verwijtbaar gehandeld door zelf onvoldoende onderzoek te doen naar de verblijfsrechtelijke positie van de vreemdeling, maar de minister heeft niet aangetoond dat [wederpartij] met grove schuld heeft gehandeld. De Afdeling komt tot de conclusie dat sprake is van normale verwijtbaarheid wat betreft de overtreding van artikel 2 van de Wav. Gelet op de uitspraak van 13 juli 2022 is in dat geval een boete ter hoogte van 50% van het boetenormbedrag, dus

€ 4.000,00, het uitgangspunt.

Verwijtbaarheid van de overtreding van artikel 15a van de Wav

7. De minister stelt zich op het standpunt dat voor de overtreding van artikel 15a van de Wav moet worden uitgegaan van grove schuld, wat neerkomt op een boetenormbedrag van € 6.000,00. De inspecteurs hebben [wederpartij] op basis van die bepaling gevorderd de identiteit vast te stellen van de arbeidskrachten en hun een kopie van de identiteitsbewijzen te sturen.

Uit de stukken volgt niet dat [wederpartij] enige moeite heeft gedaan om aan deze vordering te voldoen en zoals de minister terecht naar voren brengt, heeft [wederpartij] niet op deze vordering gereageerd. Om deze reden en omdat de minister niet heeft aangetoond dat met opzet is gehandeld, zal de Afdeling hier grove schuld aannemen. De Afdeling ziet daarom aanleiding de boete voor overtreding van artikel 15a van de Wav vast te stellen op 75% van het boetenormbedrag, wat neerkomt op € 6.000,00 per overtreding.

Verwijtbaarheid van de overtredingen van artikel 15, eerste en tweede lid, van de Wav

8. Partijen verschillen van mening over de vraag of uit de uitspraak van 13 juli 2022 volgt dat ook de boetenormbedragen voor overtredingen van artikel 15, eerste en tweede lid, van de Wav aangepast moeten worden. Volgens de minister is dit niet het geval, terwijl [wederpartij] betoogt dat uit die uitspraak volgt dat de gehele Beleidsregel boeteoplegging Wav 2020 onredelijk is bevonden en dat hier dus ook de boetenormbedragen voor overtredingen van artikel 15, eerste en tweede lid, van de Wav onder vallen.

8.1. De uitspraak van 13 juli 2022 gaat niet over boetes voor overtredingen van artikel 15, eerste en tweede lid, van de Wav. De Afdeling heeft daarnaast niet de gehele Beleidsregel boeteoplegging Wav 2017 onredelijk geacht, maar heeft in die uitspraak onder 3.3 overwogen dat de Beleidsregel 'in zoverre' onredelijk is dat er onvoldoende mogelijkheden worden geboden om bij het bepalen van de boete rekening te houden met de verschillende gradaties van verwijtbaarheid. De Afdeling verwijst in die uitspraak naar de artikelen 2 en 11 van de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2017 en die gaan over overtredingen van artikel 2, eerste lid, en artikel 15a van de Wav.

De eerste twee leden van artikel 15 van de Wav houden in dat een werkgever in de keten van de uitlener een kopie van het identiteitsbewijs van de werknemer ontvangt en vervolgens de identiteit van die werknemer vaststelt. De werkgever moet vervolgens een kopie van het identiteitsbewijs in zijn administratie opnemen en onverwijld een kopie daarvan verzenden naar de opdrachtgever in de keten, in dit geval [bedrijf A]. Deze in artikel 15 van de Wav neergelegde identificatieplicht heeft blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van dat artikel tot doel een instrument te bieden voor het toezicht op en de opsporing van illegale tewerkstelling (Kamerstukken II 1999/2000, 27 022, nr. 3, blz. 7 en 10). Zoals de minister in zijn hogerberoepsgronden heeft toegelicht, zijn de boetenormbedragen voor overtredingen van deze bepalingen met € 1.500,00 per overtreding lager dan die voor overtredingen van artikel 2 en artikel 15a van de Wav. Dit heeft ermee te maken dat deze bepalingen uitsluitend administratieve verplichtingen bevatten voor de werkgever. Overtreding daarvan wordt minder zwaar beboet dan illegale tewerkstelling. Omdat artikel 15 van de Wav een ander, meer administratief, doel dient, ziet de Afdeling geen aanleiding de onder 6 weergegeven differentiatie van boetenormbedragen ook toe te passen op de boetenormbedragen voor overtredingen van artikel 15, eerste en tweede lid, van de Wav.

8.2. Dit neemt niet weg dat de minister bij het aanwenden van zijn bevoegdheid om een

boete op te leggen wegens overtreding van artikel 15, eerste en tweede lid, van de Wav, de hoogte van de boete moet afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Dit is geregeld in artikel 5:46, tweede lid, van de Awb. De minister heeft beleidsregels vastgesteld waarin de boetebedragen voor de overtredingen zijn vastgesteld (artikel 19d, zesde lid, van de Wav). Ook als de rechter het beleid niet onredelijk heeft bevonden, moet de minister bij de toepassing daarvan in een individueel geval beoordelen of die toepassing in overeenstemming is met de hiervoor bedoelde wettelijke eisen aan de uitoefening van de boetebevoegdheid. Steeds moet de boete, zo nodig in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zo worden vastgesteld dat deze evenredig is. De rechter toetst het besluit van de minister zonder terughoudendheid.

8.3. Uit het boeterapport volgt dat de verschillende werkgevers in de keten hadden afgesproken dat zij een poortregistratie voldoende vonden als opslag van alle identiteitsbewijzen en dat een kopie van deze identiteitsbewijzen op te vragen was via de hoofdaannemer. Dit ontslaat [wederpartij] echter niet van de plicht om zelf de identiteit van de vreemdelingen vast te stellen en zelf een kopie van het identiteitsbewijs van de werknemers die voor haar werkten aan haar opdrachtgevers te sturen. Zoals hiervoor is overwogen, heeft [wederpartij] hiermee het risico genomen dat de Wav zou worden overtreden. Gelet hierop komt de Afdeling tot de conclusie dat de boetes van € 1.500,00 voor de overtredingen van artikel 15, eerste en tweede lid, van de Wav in dit geval passend en geboden zijn.

Vaststelling boetebedrag

9. Gelet op het voorgaande, stelt de Afdeling de boetes als volgt vast: € 4.000,00 voor de overtreding van artikel 2 van de Wav, twee keer € 1.500,00 voor de overtredingen van artikel 15, eerste en tweede lid, van de Wav en twee keer € 6.000,00 voor de overtredingen van artikel 15a van de Wav. Dit komt neer op een totale boete van € 19.000,00, wat de Afdeling passend en geboden acht.

10. De minister moet de proceskosten in bezwaar en beroep vergoeden.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de mondelinge uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 12 november 2021 in zaak nr. ROT 21/243;

III. verklaart het beroep gegrond;

IV. vernietigt het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 28 december 2020, kenmerk WBJA/ABWA/1.2020.1173.001, voor wat betreft de hoogte van de opgelegde boete;

V. herroept het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 9 oktober 2020, kenmerk 071903588/03, voor wat betreft de hoogte van de opgelegde boete;

VI. bepaalt dat het bedrag van de opgelegde boete wordt vastgesteld op € 19.000,00;

VII. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde gedeelte van het besluit

van 28 december 2020;

VIII. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [wederpartij] in verband met de behandeling van het bezwaar en beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 2.271,00, geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

IX. gelast dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan [wederpartij] het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 360,00 voor de behandeling van het beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. A.J.C. de Moor-van Vugt, voorzitter, en mr. M. Soffers en mr. J.M. Willems, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.E. de Ruijter, griffier.

w.g. De Moor-van Vugt
voorzitter

w.g. De Ruijter
griffier

Uitgesproken in het openbaar op 15 februari 2023

887

BIJLAGE

Algemene wet bestuursrecht

Artikel 5:46

[...]

2. Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

[...]

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 15

1. Indien de werkgever door een vreemdeling arbeid laat verrichten waarbij die arbeid feitelijk worden verricht bij een andere werkgever, draagt de eerstgenoemde werkgever er bij aanvang van de arbeid door de vreemdeling onverwijld zorg voor dat de andere werkgever een afschrift van het document, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder 1° tot en met 3°, van de Wet op de identificatieplicht, van de vreemdeling ontvangt.

2. De werkgever die het afschrift van het document, bedoeld in het eerste lid, ontvangt, stelt de identiteit van de vreemdeling vast aan de hand van het genoemde document en neemt het afschrift op in de administratie.

[...]

Artikel 15a

De werkgever is verplicht om binnen 48 uren na een daartoe strekkende vordering van de toezichthouder de identiteit vast te stellen van een persoon van wie op grond van feiten en omstandigheden het vermoeden bestaat dat hij arbeid voor hem verricht of heeft verricht, aan de hand van een document als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder 1° tot en met 3°, van de Wet op de identificatieplicht en de toezichthouder te informeren door een afschrift van dit document te verstrekken.

Artikel 19d

[...]

6. Onze Minister stelt beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de overtredingen worden vastgesteld. Artikel 5:53 van de Algemene wet bestuursrecht is van toepassing indien een artikel gesteld bij of krachtens deze wet op grond waarvan een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, niet is nageleefd.

[...]