

ECLI	ECLI:NL:RVS:2023:586
Datum uitspraak	15 februari 2023
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 21 oktober 2019 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid [appellante] een boete opgelegd van € 32.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

202200564/1/V6.

Datum uitspraak: 15 februari 2023

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 22 december 2021 in zaak nr. 21/289 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 21 oktober 2019 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid [appellante] een boete opgelegd van € 32.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 18 februari 2020 heeft de staatssecretaris het door [appellante] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 22 december 2021 heeft de rechtbank het door [appellante] daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 18 februari 2020 vernietigd, het besluit van 21 oktober 2019 herroepen in zoverre dat de boete wordt vastgesteld op € 30.400,00 en bepaald dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven en heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 6 oktober 2022, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. P. Geervliet, advocaat te Amsterdam, en de minister, vertegenwoordigd door mr. R. van Gerven-Schippers, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Inspecteurs van de Inspectie SZW (hierna: de inspecteurs) hebben op 27 augustus 2018 samen met ambtenaren van de Dienst Regionale Recherche, Afdeling Vreemdelingenpolitie, Identificatie en Mensenhandel (AVIM) een controle uitgevoerd in een pand aan de [locatie] in Amsterdam (hierna: het pand). De inspecteurs hebben geconstateerd dat vier vreemdelingen (hierna: de vreemdelingen) arbeid hebben verricht, bestaande uit het sjouwen van gipsplaten van de begane grond naar een bovengelige verdieping in het pand. Drie van de vreemdelingen hebben de Wit-Russische nationaliteit, de vierde vreemdeling heeft de Oekraïense nationaliteit.

Het vervolgens door arbeidsinspecteurs van de Inspectie SZW op ambtseed en ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 28 juni 2019 houdt in dat de vreemdelingen op 27 augustus 2018 werkzaamheden hebben verricht ten behoeve van [appellante], zonder dat het UWV Werkbedrijf daarvoor tewerkstellingsvergunningen had afgegeven of de vreemdelingen beschikten over een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid.

Kan [appellante] worden aangemerkt als werkgever van de vreemdelingen?

2. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat zij als werkgever van de vreemdelingen kan worden aangemerkt. Zij voert aan dat [appellante] geen privaatrechtelijk dienstverband met de vreemdelingen had, dat zij niet ten dienste van haar de arbeid hebben verricht en dat [appellante] de vreemdelingen geen arbeid heeft laten verrichten.

2.1. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 1 en 2 van de Wav (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 13) volgt dat diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever is en daarmee te allen tijde verantwoordelijk is voor en aanspreekbaar is op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding is daarbij niet relevant. Dat een vreemdeling in opdracht of ten dienste van een werkgever arbeid heeft verricht is voor het aannemen van feitelijk werkgeverschap reeds voldoende (Kamerstukken II 1993/94 23 574, nr. 5, blz. 2).

2.2. Niet in geschil is dat [persoon] de vreemdelingen op 27 augustus 2018 arbeid heeft laten verrichten in het pand. Wel in geschil is in welke hoedanigheid [persoon] dit heeft gedaan. Uit het bij het boeterapport gevoegde uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel volgt dat [persoon] enig aandeelhouder is van [bedrijf A] en dat [bedrijf A] de enig aandeelhouder en bestuurder van [appellante] is.

2.3. De rechtbank heeft geoordeeld dat de minister [appellante] terecht als werkgever heeft aangemerkt en beiden hebben zich daarbij terecht gebaseerd op de verklaring van [persoon] die bij het boeterapport is gevoegd. [persoon] is voorafgaand aan het verhoor met de arbeidsinspecteurs door [appellante] gemachtigd een verklaring af te leggen en uit zijn verklaring, die hij in het bijzijn van zijn advocaat heeft gedaan, volgt dat [persoon] als vertegenwoordiger van [appellante] de vreemdelingen arbeid heeft laten verrichten. Zo heeft [persoon] onder meer verklaard dat [appellante] de opdracht heeft gekregen van de eigenaar van het pand. Zoals [appellante] stelt, zijn de overeenkomsten met de opdrachtgevers niet op schrift gesteld. Hierdoor heeft de minister zich bij de boeteoplegging aan [appellante] alleen

op de eigen verklaring van [persoon] gebaseerd. [appellante] heeft in beroep onder meer facturen van [bedrijf A] aan [bedrijf B], de vennootschap van de eigenaren van het pand, en correspondentie tussen die twee partijen over de uitvoering en betaling van de opdracht, overgelegd. In hoger beroep heeft zij afschriften van de zakelijke bankrekeningen van [bedrijf A] overgelegd waarop de betalingen van [bedrijf B] aan haar te zien zijn. Hoewel hieruit volgt dat [bedrijf A] ook betrokken was bij de opdracht, heeft de rechtbank terecht overwogen dat hieruit niet volgt dat [appellante] de vreemdelingen niet de opdracht heeft gegeven om arbeid aan het pand te verrichten. Onder de Wav kunnen namelijk meerdere (rechts)personen als werkgever worden aangemerkt. Ook de enkele suggestie van de gemachtigde van [appellante] dat [persoon] mogelijk onjuist heeft verklaard om zijn andere bedrijf, [bedrijf A], te ontlasten en een boete voor dat bedrijf te voorkomen, leidt niet tot een ander oordeel. Dat de verklaring van [persoon] namens [appellante] (en niet voor [bedrijf A]) is gedaan wordt namelijk ondersteund door de voor het afleggen van die verklaring afgegeven machtiging van [appellante]. Deze machtiging is ondertekend door de bestuurder van [bedrijf A], [bestuurder], in zijn hoedanigheid van bestuurder van [appellante]. Bovendien is [persoon] zelf niet teruggekomen van zijn eerdere verklaring. Gelet hierop, faalt het betoog van [appellante] dat de minister meer onderzoek had moeten doen naar wie de vreemdelingen feitelijk werkzaamheden heeft laten verrichten en heeft de rechtbank terecht overwogen dat [appellante] werkgever is in de zin van de Wav.

Is de boete evenredig?

3. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte geen aanleiding heeft gezien de boete te matigen vanwege de omstandigheden waaronder de vreemdelingen aanwezig waren, de korte duur van de overtreding en het feit dat geen sprake was van opzet.

3.1. In zijn nader stuk heeft de minister verwezen naar de uitspraak van de Afdeling van 13 juli 2022, [ECLI:NL:RVS:2022:1973](#). In die uitspraak 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.

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. Er was namelijk voor aanvang van de werkzaamheden geen vertegenwoordiger van [appellante] aanwezig op de werkplaats, er is niet gecontroleerd wie de werkzaamheden kwamen verrichten en de identiteitsdocumenten zijn niet gecontroleerd. Ook toen [persoon] op de werkplaats aanwezig was, heeft hij niet gecontroleerd of aan de vereisten van de Wav is voldaan. Omdat sprake is van grove schuld en niet van opzet, verzet de minister zich niet tegen een matiging van de boete naar 75% van het boetenormbedrag van € 8.000,00 naar € 6.000,00.

3.2. 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.

3.3. Uit de verklaring van [persoon] volgt dat hij geen werknemers beschikbaar had voor sloopwerkzaamheden en voor het opruimen van puin. Hij sprak iemand die een eigen bedrijf had en vroeg hem of hij nog mensen had voor deze klus. Via deze tussenpersoon zijn de vreemdelingen vervolgens voor [appellante] aan het werk gegaan. Uit de verklaring van [persoon] volgt verder dat de vreemdelingen aan het werk zijn gegaan voordat [persoon] op de bouwplaats aanwezig was. Naar eigen zeggen wilde hij vervolgens, toen hij op de bouwplaats aanwezig was, de identiteit van de vreemdelingen controleren, maar is dit niet gelukt vanwege taalproblemen. Hij heeft toen de tussenpersoon gebeld om het over de identiteitsdocumenten van de vreemdelingen te hebben. De inspecteurs waren op de bouwplaats aangekomen voordat de tussenpersoon op de bouwplaats aanwezig was.

3.4. 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. [appellante] heeft dit nagelaten en heeft de vreemdelingen ook niet belet de werkzaamheden te verrichten toen het niet lukte hun identiteit vast te stellen. De gemachtigde van [appellante] heeft op de zitting gesteld dat [persoon] niet aanwezig was op de bouwplaats en dat hij de vreemdelingen dus niet heeft kunnen beletten de werkzaamheden te verrichten. Uit de verklaring van [persoon] volgt echter dat hij op enig moment wel aanwezig was. Ongeacht of er iemand namens haar op de bouwplaats aanwezig was of niet, was het naar het oordeel van de Afdeling aan [appellante] om ervoor te zorgen dat de vreemdelingen alleen met het werk konden beginnen als voor haar duidelijk was dat zij in Nederland mochten werken.

Net als de rechtbank komt de Afdeling daarnaast tot de conclusie dat geen sprake is van een overtreding van geringe aard of omvang. Een van de getuigen heeft verklaard dat het om een uur werken zou gaan, maar uit de verklaringen van de vreemdelingen volgt dat zij de hele dag zouden werken. De werkzaamheden zijn louter door de controle van de arbeidsinspecteurs beëindigd.

3.5. Op basis van het bovenstaande ziet de Afdeling, net als de minister, aanleiding om hier grove schuld aan te nemen. Daarbij speelt mee dat [appellante] de vreemdelingen via de tussenpersoon heeft laten werken, terwijl uit de stukken niet volgt dat [appellante] daarbij enige afspraak heeft gemaakt over de naleving van de Wav. Bovendien wist [appellante] dat zij de identiteitsbewijzen moest controleren, maar heeft zij geen controle verricht. Omdat de Afdeling tot de conclusie komt dat sprake is van grove schuld, slaagt het betoog van [appellante] dat sprake is van verminderde verwijtbaarheid niet.

[appellante] voert echter terecht aan dat de hoogte van de boete onjuist is. Uit de uitspraak van 13 juli 2022 volgt namelijk dat bij grove schuld 75% van het boetenormbedrag het uitgangspunt is.

Het betoog slaagt.

Moet de boete gematigd worden vanwege de financiële situatie van [appellante] en vanwege overschrijding van de redelijke termijn?

4. [appellante] heeft het betoog dat de rechtbank ten onrechte in haar financiële omstandigheden geen aanleiding heeft gezien de boete te matigen, op de zitting van de Afdeling ingetrokken.

5. De rechtbank heeft de boete met 5% gematigd tot € 30.400,00 vanwege overschrijding van de redelijke termijn. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte de boetekennisgeving van 2 oktober 2019 als tijdstip heeft aangemerkt waarop de redelijke termijn is begonnen. Volgens haar had de rechtbank uit moeten gaan van 1 maart 2019, de datum waarop [persoon] voor het eerst verhoord werd, omdat [appellante] vanaf dat moment kon verwachten dat de minister haar een boete zou opleggen. De rechtbank had om die reden de boete met 10% moeten matigen.

5.1. Artikel 6, eerste lid, van het EVRM luidt: 'Bij (...) het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. (...)'

5.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 14 maart 2007, [ECLI:NL:RVS:2007:BA0664](#)) is de redelijke termijn bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM overschreden, indien de duur van de totale procedure onredelijk lang is. Voorts is, zoals volgt uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij de Afdeling zich aansluit, voor de beslechting van het geschil aangaande een bestraffende sanctie in eerste aanleg uitgangspunt dat deze niet binnen een redelijke termijn geschiedt, indien de rechtbank, behoudens bijzondere omstandigheden, niet binnen twee jaar nadat die termijn is gaan lopen uitspraak doet en dat deze termijn begint op het moment dat het betrokken bestuursorgaan jegens de beboete een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting mag ontlelen dat het bestuursorgaan hem een boete zal opleggen (arrest van de Hoge Raad van 22 april 2005, [ECLI:NL:HR:2005:AO9006](#) en onder meer de uitspraak van de Afdeling van 9 december 2009, [ECLI:NL:RVS:2009:BK5859](#)).

5.3. Voorts volgt uit vaste jurisprudentie van de Afdeling (onder meer de genoemde uitspraak van 9 december 2009) dat een bestuursorgaan in de regel eerst met de boetekennisgeving jegens de beboete een handeling verricht waaraan deze de verwachting mag ontlelen dat het bestuursorgaan hem een boete zal opleggen. In de grote meerderheid van de gevallen zal derhalve de dag waarop het bestuursorgaan deze kennisgeving doet, gelden als het tijdstip waarop de redelijke termijn bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM aanvangt. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wav (Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 3, blz. 14) volgt evenwel dat niet is uit te sluiten dat zich in een concreet geval specifieke omstandigheden voordoen waaruit, in afwijking van voormeld uitgangspunt, volgt dat reeds voordat het bestuursorgaan een boetekennisgeving doet, jegens de beboete een concrete handeling wordt verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting mag ontlelen dat het bestuursorgaan hem een boete zal opleggen.

Zulke specifieke omstandigheden doen zich hier niet voor. Uit het verhoor met [persoon] valt

alleen af te leiden dat de arbeidsinspecteurs hem hebben verhoord in het kader van het onderzoek naar een overtreding van de Wav. Anders dan [appellante] stelt, is het geen gegeven dat na een verhoor altijd een boete volgt. Op de zitting bij de Afdeling heeft [appellante] gesteld dat in 99% van de gevallen na het verhoor een boete volgt, maar zij heeft dit niet onderbouwd en de Afdeling heeft ook geen aanwijzingen dat dit het geval is. Uit het verhoor valt alleen al daarom geen concrete handeling af te leiden waaraan [appellante] in redelijkheid de verwachting kon ontlelen dat de minister haar een boete zou opleggen. Zie de uitspraak van de Afdeling van 18 september 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:3203](#), onder 4.2. De rechtbank heeft dan ook terecht de boetekennisgeving van 2 oktober 2019 als tijdstip aangemerkt waarop de redelijke termijn is begonnen. Het betoog faalt.

Conclusie

6. Het hoger beroep is gegrond. De uitspraak van de rechtbank wordt vernietigd. Het beroep is gegrond. Het besluit van 18 februari 2020 wordt vernietigd en het besluit van 21 oktober 2020 wordt herroepen, beide wat betreft de hoogte van de opgelegde boete. De Afdeling ziet aanleiding het geschil definitief te beslechten door met toepassing van artikel 8:72a van de Algemene wet bestuursrecht zelf op de hierna te melden wijze in de zaak te voorzien en te bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde gedeelte van het besluit.

7. Gelet op wat onder 3.5 is overwogen, neemt de Afdeling een boete ter hoogte van 75% van het boetenormbedrag als uitgangspunt. Dit komt in dit geval neer op een bedrag van € 6.000,00 per overtreding en een totale boete van € 24.000,00. De rechtbank heeft de boete terecht met 5% gematigd, vanwege de overschrijding van de redelijke termijn. De Afdeling stelt de boete daarom nader vast op € 22.800,00.

8. De minister moet de proceskosten vergoeden.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 22 december 2021 in zaak nr. 21/289;

III. verklaart het beroep gegrond;

IV. vernietigt het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 18 februari 2020, kenmerk WBJA/ABWA/1.2019.1321.001, wat betreft de hoogte van de boete;

V. herroept het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 oktober 2019, kenmerk 071901721/03, wat betreft de hoogte van de opgelegde boete;

VI. bepaalt dat het bedrag van de opgelegde boete wordt vastgesteld op € 22.800,00;

VII. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde gedeelte van het besluit van 18 februari 2020;

VIII. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [appellante] in verband met de behandeling van het bezwaar, het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 3.945,00, geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

IX. gelast dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan [appellante] het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 908,00 voor de behandeling van het beroep en het hoger 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