

*Wav-boetes*

# Hoogste tijd voor daadwerkelijke evenredigheidstoets

Bij het opleggen van boetes voor overtredingen van de Wet arbeid vreemdelingen houdt de minister al jarenlang onvoldoende rekening met de omstandigheden van het geval. Opzet of administratieve fout, concurrentievoordeel of CAO-loon betaald, jarenlange overtredingen of ging het om een paar dagen? Pieter Krop beargumenteert dat dit soort verschillen de hoogte van de opgelegde boete dienen te bepalen.

Sinds 2005 worden de bepalingen uit de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) gehandhaafd door middel van bestuurlijke boetes. Destijds is het boetenormbedrag (de ‘standaardboete’ per overtreding) vastgesteld op € 8.000. In 2013 is het boetenormbedrag, neergelegd in de Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen, verhoogd naar € 12.000. Op 7 oktober 2015 deed de Afdeling bestuursrecht-spraak voor het eerst uitspraak over de toepassing van het nieuwe boetenormbedrag. Na een voorzet in de uitspraak van de Rechtbank Alkmaar van 4 december 2014,<sup>1</sup> oordeelde de Afdeling dat de verhoging van het boetenormbedrag niet zonder meer evenredig is.<sup>2</sup> Hoewel de nieuwe boete misschien evenredig is voor malafide werkgevers, heeft volgens de Afdeling bij het vaststellen van de boete onvoldoende differentiatie plaats gevonden, de beleidsregel is daarom onredelijk. De minister werd opgedragen een ‘fijnmaziger boetesysteem’ te introduceren, en tot die tijd het oude boetenormbedrag van € 8.000 te hanteren.

## Niet te geloven

Bij het verhogen van het boetenormbedrag heeft geen evenredigheidstoets plaatsgevonden. Daarom stelde ik al eerder dat het verhoogde boetenormbedrag buiten toepassing moest worden gelaten.<sup>3</sup> Die stelling kwam voort uit de totstandkomingsgeschiedenis van het nieuwe boetenormbedrag. In de

omvangrijke toelichting komen de positie van de overtreder en de evenredigheid van de boete ten opzichte van de ernst van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, in het geheel niet aan bod. De aandacht ging volledig uit naar harder straffen. Bij het bestuderen van de parlementaire geschiedenis bekruip je het gevoel dat elke overtreder van de Wav zo nietsontziend is als de beruchte aspergeteelster die onderbetaalde, illegaal verblijvende arbeidskrachten inzette.

Sinds 2013 treed ik op als advocaat in Wav-zaken. Het valt mij op dat de overtredders, zowel particulieren als bedrijven, de boetebedragen die hen om de oren vliegen eigenlijk niet kunnen geloven. Van sommige cliënten hoor ik dat ze de boetebeschikkingen aan vrienden en familie moeten laten zien om hen te overtuigen van de hoogte van de boete – bijvoorbeeld € 12.000, omdat de marktconform betaalde Nederlandse schilder van de kozijnen, tegen alle afspraken in en terwijl de bewoners niet thuis waren, twee Turkse schilders heeft ingeschakeld. De uitspraak van de Afdeling en het gevoel van onrecht bij mijn cliënten komen voort uit het ontbreken van een daadwerkelijke evenredigheidstoets bij het opleggen van de boetes. Daarom moet toetsing van de evenredigheid bij de herziening van de beleidsregel omtrent de boetehoogte een centrale plaats te krijgen.

## Groot grijs gebied

Op dit moment bestaat de evenredigheidstoets die de minister toepast uit het nalopen van de omstandigheden die zijn opgenomen in de toelichting op artikel 10 van de beleidsregel. Dat zijn de omstandigheden waaronder de minister de boete met 25, 50 of 75 procent matigt. Dat doet deze overigens niet

1 ECLI:NL:RBNHO:2014:11002.

2 ECLI:NL:RVS:2015:3138.

3 Stelling 7 van mijn proefschrift over de handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling; P.J. Krop, *De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling*, diss. UvA, Bju, 2014.

vrijwillig; al deze omstandigheden zijn afgedwongen door jurisprudentie van de Afdeling. Als het aan de minister zou liggen, zou er alleen een gehalveerd boetebedrag worden gehanteerd voor particulieren en zou er verder niet gematigd worden.

Dat bij het nalopen van deze omstandigheden geen *daadwerkelijke* evenredigheidstoets wordt toegepast, blijkt uit het volgende voorbeeld. Derlanders met een studievergunning mogen met een tewerkstellingsvergunning naast hun studie maximaal 10 uur per week werken. Naar aanleiding van een uitspraak van de Afdeling is in de toelichting opgenomen dat de boete met 75% wordt gematigd wanneer er een incidentele overschrijding is in maximaal vier weken en de overschrijding in totaal niet meer dan 5 uur bedroeg. In een zaak waarbij een student in een periode van elf maanden, vier keer te veel heeft gewerkt, maar de overschrijding in totaal ongeveer 18 uur bedroeg (en de uren in diezelfde maand nog zijn gecompenseerd door minder te werken), is het oordeel van de minister dat er geen aanleiding is voor enige matiging van de boete. Immers, er is niet voldaan aan de exacte omstandigheden van de eerdere zaak waarin de Afdeling de minister heeft gedwongen met 75% te matigen. Volgens de minister is er of sprake van 75 % matiging (onder de omstandigheden waaronder de Afdeling de minister daartoe dwingt) of vindt er geen matiging plaats.

De minister miskent dat er een grijs gebied is tussen overtredingen van geringe ernst waarbij een matiging met 75% op zijn plaats is en ernstige overtredingen waarbij het volledige boetenormbedrag gerechtvaardigd is. Naarmate de ernst van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder afnemen, dient ook de hoogte van de boete af te nemen. Daarmee creëer je geen 'vrijbrief voor illegale tewerkstelling' zoals de minister nogal eens betoogt. In deze zaak is de student goed betaald, is er rekening gehouden met zijn tentamenperiode (zodat hij minder hoefde te werken in die week), en verkeerde de werkgever in de veronderstelling dat dit was toegestaan.

Bij illegale tewerkstelling is een boete op zijn plaats. Maar er is in dit geval geen sprake van een malafide, onderbetalende werkgever die al jarenlang illegaal verblijvende arbeidskrachten inzet om een voordeel te hebben ten opzichte van zijn concurrenten. Dit zou tot uitdrukking moeten komen in de beleidsregel boeteoplegging.

*Naarmate de ernst van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder afnemen, dient ook de boete te worden verlaagd.*

### Getroffen door hype

De oplossing die bij de Afdeling door de beugel kan, die rechtvaardig is voor overtreders én die malafide werkgevers hard aanpakt, is eenvoudig en ligt voor de hand: voer een échte evenredigheidstoets in. Een dergelijke evenredigheidstoets past de Afdeling al toe. Steeds vaker betreft de Afdeling het volledige samenstel van omstandigheden dat relevant is voor de ernst van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, ook wanneer het boetenormbedrag van € 8.000 wordt gehanteerd.<sup>4</sup> Een dergelijke toetsing volgt voor tewerkstelling bij illegaal verblijf ook uit de Unierechtelijke evenredigheidstoets.<sup>5</sup>

De Afdeling kijkt ook naar omstandigheden die op zichzelf geen aanleiding geven voor matiging van de opgelegde boete, maar in samenhang bezien de overtreding minder ernstig maken, of de overtreder minder verwijtbaar. Heeft de overtreder bijvoorbeeld opzet gehad op de overtreding of betrof het duidelijk een administratieve fout? Heeft de werkgever enig financieel voordeel gehad van de overtreding, of zijn alle vreemdelingen gewoon conform CAO betaald? Heeft de werkgever illegaal verblijf gefaciliteerd, of betrof het vreemdelingen die rechtmatig in Nederland verblijven? Wist de werkgever überhaupt van de vreemdelingen, of is de werkgever 'belazerd' door een onderaannemer? Hebben de werkzaamheden jarenlang geduurd, of maar een week?

Geen van deze omstandigheden wordt door de minister meegenomen bij het beoordelen van de evenredigheid van de boete. Gelukkig doet de Afdeling dat steeds vaker wel. Het zou een grote stap voorwaarts zijn als de minister uit eigen beweging een echte evenredigheidstoets zou opnemen in de beleidsregel, ter uitwerking van de evenredigheidstoets die op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb al verplicht is. Het gaat er niet om dat een enkele omstandigheid telkens zou moeten leiden tot afzien van boeteoplegging of matiging van de boete. Het gaat er slechts om dat niet elke overtreding van de Wav even ernstig is. Een echte evenredigheidstoets kan onderscheid maken tussen verschillende overtreders. Aan malafide werkgevers kan nog steeds een boete van € 12.000 worden opgelegd, terwijl minder ernstige overtreders niet onevenredig hard worden getroffen door de bestuurlijke hype om iedereen steeds maar strenger te bestraffen in de strijd tegen de uitwassen.

### Procedurele rechtvaardigheid

Er is nog een andere ingreep die de rechtvaardigheid van de boetes zal vergroten: meer aandacht voor procedurele rechtvaardigheid. Bij procedurele rechtvaardigheid draait het om de omgang met, en de rechten van, de overtreder, los van de inhoudelijke beoordeling van het geschil. Onderzoek laat zien dat de legitimatie en aanvaarding van de uitkomst van een procedure mede afhankelijk is van de ervaren procedurele rechtvaardigheid.<sup>6</sup>

Bij de omgang met partijen lijkt het ministerie steeds uit te gaan van malafide werkgevers. Zo vroeg de werkgever slechts om 25% matiging van de boete in een zaak waarin de vreemdelingen legaal verbleven, goed betaald kregen, er geen concurrentievoordeel was, er geen opzet was maar slechts een administratieve fout was gemaakt, en maatregelen waren getroffen om herhaling te voorkomen. De opmerking, namens de minister ter zitting, dat de resterende boete van maar liefst € 72.000 dan een 'vrijbrief voor illegale tewerkstelling' zou zijn, zette veel kwaad bloed bij die werkgever.

Veel particulieren die zelf bezwaar maken worden geconfronteerd met inspecteurs en ambtenaren die bij de hoorzitting blijken te begrijpen dat het niet de bedoeling was om de Wav te overtreden en die de overtreders prijzen voor hun medewerking

4 Bijvoorbeeld: Afdeling, 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:647, Afdeling, 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1082, Afdeling, 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7772 en Afdeling, 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:CA0649.

5 Werkgeverssanctierichtlijn 2009/50 (artikel 5).

6 Zie bijvoorbeeld A.F.M. Brennikmeijer, K. van den Bosch & E. Röell, 'Het grote belang van procedurele rechtvaardigheid in Nederland en daarbuiten', in *RM Themis*, 2014-4, p. 178.

aan het onderzoek. Ook deze particulieren krijgen vervolgens gewoon de volledige boete. Zo ervaren burgers procedurele onrechtvaardigheid.

Ook met de termijn voor het indienen van een zienswijze wordt onnodig streng omgegaan. Maximaal drie weken, onder welke omstandigheden dan ook, om te reageren op een boetekennisgeving die is gebaseerd op een boeterapport van soms meer dan duizend pagina's. Geen enkele week uitstel wanneer partijen daar om ernstige persoonlijke omstandigheden om verzoeken – terwijl de minister in die zaak de boetekennisgeving pas 31 weken na ontvangst van het boeterapport deed uitgaan en na het indienen van de zienswijze nog eens 20 weken nodig had om tot een beslissing te komen. De termijn van orde zou eens onder druk komen te staan door dat extra weekje uitstel.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> De termijn van orde zoals neergelegd in artikel 5:51 Awb is 13 weken, vanaf het moment van toezenden boeterapport tot het opleggen van de boete. SZW neemt hier regelmatig 40 tot 50 weken voor. Overschrijding van deze termijn kan

## Meer begrip

In de nieuwe beleidsregel zou moeten worden opgenomen welke omstandigheden relevant zijn voor de hoogte van de boete. En de minister dient bij elke boeteoplegging maatwerk te leveren. Als hij zich dan tijdens de procedure ook in de burger tegenover zich verplaatst, zal er heel wat meer begrip ontstaan voor de maatregelen van de overheid tegen illegale tewerkstelling. Tot die tijd is de Afdeling broodnodig om de burger te beschermen tegen onevenredig overheidsoptreden.

tot matiging van de boete leiden, maar dat zal ook wel weer door de Afdeling afgedwongen moeten worden. Het CBB oordeelde eerder dat overschrijding deze termijn met vier weken geen reden is tot matiging: ECLI:NL:CBB:2014:124.