

1. De hoogte van boetes op grond van de Wet arbeid vreemdelingen blijft een heikel onderwerp. Nadat de Minister in 2013 het boetenormbedrag van € 8.000 naar € 12.000 verhoogde, volgde een terechtwijzing van de Raad van State (JV 2015/323, ECLI:NL:RVS:2015:3138, ve15001681) en werd het boetenormbedrag weer teruggebracht naar € 8.000. Bij de daarop volgende herziening van de beleidsregels werd iets meer differentiatie aangebracht (boete verhogende omstandigheden enerzijds en een waarschuwingsbevoegdheid anderzijds). Maar van een echte evenredigheidstoets, waar ik toe opriep in mijn artikel *A&MR* 2016, nr. 4, ve16000859, blijft eigenlijk nog steeds uit. Het lijkt er op dat de Afdeling de Staatssecretaris (sinds de laatste formatie de bewindspersoon die de boetes oplegt) echter steeds vaker corrigeert. Mijn inziens zit de crux in de verschillende toepassing van artikel 11 van de Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2017.

2. In artikel 11 van de Beleidsregel is invulling gegeven aan artikel 5:46, tweede lid, Awb. Dit artikel verplicht het bestuursorgaan om de hoogte van de bestuurlijke boete af te stemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreding kan worden verweten. Het bestuursorgaan dient hierbij zo nodig rekening te houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. In artikel 11 van de Beleidsregel is dan ook opgenomen dat de boete, afhankelijk van de aard en de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de evenredigheid, met 25, 50 of 75% gematigd kan worden. Al sinds de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav hanteert SZW een getrappt matigingssysteem. In de toelichting op (het huidige) artikel 11 van de Beleidsregel is een aantal situaties opgenomen waarin die matigingen met 25, 50 of 75% worden toegepast. Dat is op zichzelf geen gek systeem en biedt ook rechtsgelijkheid: gelijke gevallen zullen een zelfde boete krijgen.

3. Het probleem met de toepassing van artikel 11 door SZW, dat wordt geïllustreerd met deze uitspraak en enkele andere uitspraken die ik zo zal bespreken, is tweeledig. In de eerste plaats verplichten artikel 5:46, tweede lid, Awb en artikel 11 van de Beleidsregel SZW er toe om óók in die situaties die niet opgenomen zijn in de toelichting op artikel 11, de hoogte van de boete af te stemmen op grond van het evenredigheidsbeginsel. In de tweede plaats kan het voorkomen dat de stapsgewijze matiging met 25% onvoldoende verfiynd is om tot een werkelijk evenredige boete te komen, terwijl artikel 5:46, tweede lid, Awb dat wel vereist.

4. In Wav boetebeschikkingen staat altijd keurig vermeld dat SZW artikel 5:46, tweede lid, Awb heeft toegepast. Maar het valt mij op dat ik nog nooit (niet in vier jaar als onderzoeker naar de handhaving van de Wav, en niet in ruim vier jaar als advocaat gespecialiseerd in Wav zaken) een zaak ben tegengekomen waarbij SZW, in afwijking van de in de toelichting op artikel 11 Beleidsregel opgenomen situaties de boete heeft gematigd met 25, 50 of 75%. Dat terwijl het natuurlijk onmogelijk is dat de wetgever vooraf alle mogelijk situaties in kaart heeft gebracht en daarvoor al heeft bedacht wat een evenredige boete is. Dat blijkt dan alleen al weer uit het feit dat een groot deel van die genoemde situaties rechtstreeks is te herleiden naar een uitspraak waarin de Afdeling heeft bepaald dat er gematigd moest worden. Deze uitspraken zijn daarna in de toelichting op de Beleidsregel gecodificeerd.

5. Als mijn vermoeden klopt, dan betekent het dat de toets door SZW aan artikel 5:46, tweede lid, Awb een dode letter is. De Wav praktijk en jurisprudentie geeft het idee dat SZW alleen toetst aan artikel 11 van de Beleidsregel, en nooit toetst aan artikel 5:46, tweede lid, Awb. Mocht iemand een voorbeeld hebben dat dit logenstrafft, dan hoor ik het graag!

6. Wat is het gevolg hiervan? Een behoorlijk aantal omstandigheden dat op het eerste gezicht relevant zou zijn voor matiging van een boete, is dat volgens SZW niet. Deze omstandigheden zijn namelijk niet opgenomen in de toelichting op de Beleidsregel. De Afdeling denkt hier steeds vaker anders over, zoals ook in deze zaak.

7. In deze zaak draait het om een restaurant waar een vreemdeling van Chinese nationaliteit in dienst is. De werknemer is in bezit van een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid (GVVA) op basis waarvan hij voor dit restaurant mag werken. Op enig moment gedurende de looptijd van de GVVA wordt de rechtsvorm van het restaurant gewijzigd. Voor zover ik kan opmaken uit de uitspraak wordt de zaak van een eenmanszaak omgezet in een V.O.F. Verder wijzigt er niets. Het 'aanvullend document' (zeg maar het werkvergunningsdeel van de GVVA) noemt echter nog steeds de oude rechtsvorm, omdat de werkgever heeft verzuimd een nieuwe GVVA aan te vragen. Dat er door de gewijzigde rechtsvorm sprake is van een overtreding van de Wav staat niet ter discussie. Wat wel ter discussie staat is de vraag of de opgelegde boete evenredig is. De minister van SZW ziet de geringe ernst van de overtreding in, en legt een 75% gematigde boete op, van € 2.000. Deze boete is in bezwaar gehandhaafd. De werkgever laat het daar niet bij zitten en gaat in beroep. De rechtbank stelt vast dat de overtreding van geringe ernst is en matigt de boete tot € 500, omdat er op de gewijzigde rechtsvorm na, feitelijk niets gewijzigd is. SZW appelleert bij de Afdeling, omdat de boete in afwijking van artikel 10 van de Beleidsregel (inmiddels artikel 11) en de toelichting daarop met meer dan 75% is gematigd. De Minister toont hiermee eigenlijk al aan alleen te toetsen aan de Beleidsregel en niet aan artikel 5:46, tweede lid, Awb. De Afdeling laat de uitspraak van de rechtbank in stand.

8. Dit past in een lijn van eerdere uitspraken. Op 10 mei 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1242), ve17000897 betreft de Afdeling bij de evenredigheidsbeoordeling onder meer dat appellante te goeder trouw heeft gehandeld, geen financieel voordeel heeft behaald bij de overtreding, in het bijzonder de vreemdelingen niet heeft uitgebuit en de Wav niet opzettelijk en niet eerder heeft overtreden. Bovendien wist appellante onder andere niet anders dan dat de vaste schoonmaker zou worden ingezet (die wel mocht werken) en laat appellante de schoonmaakwerkzaamheden al sinds 2010 schoonmaken door een goed bekend staand schoonmaakbedrijf. Op 19 april 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1083), ve17000784 betreft de Afdeling bij het oordeel dat het een kleine, startende onderneming betreft die door ouders is opgericht om tussenschoolse opvang voor hun kinderen te coördineren. Het gaat om kortdurende opvang op niet-professionele basis. Er zijn louter vrijwilligers werkzaam. Daarnaast is de Wav niet moedwillig overtreden, is de vreemdeling onderbetaald noch uitgebuit en is er geen financieel voordeel behaald. Bij een andere uitspraak (12 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1025, ve17000736) betreft de Afdeling dat er geen financieel voordeel is genoten, de overtreding niet opzettelijk is begaan en dat appellante geen malafide werkgever is. Bovendien is de bedrijfsvoering definitief gestaakt en zijn de appellanten gelet op hun gevorderde leeftijd en slechte gezondheid niet meer economisch actief, derhalve ontbreekt recidivegevaar. Reden om de boete met 50% te matigen. In een uitspraak van 15 februari 2017 tot slot (JV 2017/70, ECLI:NL:RVS:2017:430, ve17000322) oordeelt de Afdeling dat er sprake is van hulpverlenende werkzaamheden en zodanige ideële motieven dat de Afdeling de oplegging van welke boete dan ook onevenredig acht (op grond van artikel 5:41 dient SZW van boeteoplegging af te zien als de boete volledig niet verwijtbaar is, overigens legt SZW in die gevallen, in strijd met dit artikel, een boete van nihil op). Dit zijn allemaal omstandigheden die niet zijn opgenomen in de toelichting op de Beleidsregel. Door alleen aan die toelichting te toetsen, en niet aan artikel 5:46, tweede lid, Awb komt SZW aan het beoordelen van deze omstandigheden niet toe. Het resultaat is een haperende evenredigheidstoets.

9. In de onderhavige uitspraak, en in de genoemde andere uitspraken, laat de Afdeling zien hoe een evenredigheidstoets moet worden toegepast: alle relevante feiten en omstandigheden moeten worden meegewogen. Het is niet voldoende om alleen te toetsen aan de situaties die al zijn beschreven in de toelichting op artikel 11 van de beleidsregel. Kortom, mijn oproep in *A&MR* 2016, nr. 4 blijft staan: SZW een daadwerkelijke evenredigheidstoets toepassen!

10. De onderhavige uitspraak laat gelijk ook het tweede probleem zien van de Beleidsregel boeteoplegging: de strikte matiging met 25, 50 of 75%. Inherent aan een daadwerkelijke evenredigheidstoets is dat de boete ook op een ander bedrag kan uitkomen dan 25, 50 of 75% van het boetenormbedrag. In dit geval is de boete € 500, oftewel een matiging met 93,75%. SZW heeft echter in verschillende beschikkingen die ik onder ogen heb gehad overwogen dat er, wat er verder ook van zij, nooit verder gematigd kan worden dan met 75% omdat de beleidsregel daarin niet voorziet. Dat is dus onjuist.

Mr. dr. P.J. Krop, advocaat bij Kroes Advocaten Immigration Lawyers