

Bram van Melle en Muhyadin Mohamud – mr.

A.M. van Melle is advocaat en mr. M. Mohamud is juridisch medewerker bij Everaert Advocaten in Amsterdam; Van Melle is tevens redactielid van dit blad.

Over mogelijke samenloop van bestuurlijke boetes aan werkgevers van vreemdelingen

Voor hetzelfde geld dubbel beboet

Als een werkgever een kennismigrant onvoldoende salaris betaalt, wegens bijvoorbeeld ziekte of arbeidstijdvermindering op verzoek van de werknemer, en dit niet meldt aan de IND, pleegt hij wellicht twee overtredingen: van de meldplicht en van het verbod op illegale tewerkstelling. Mogen de twee betrokken toezichthouders dan twee boetes opleggen? Bram van Melle en Muhyadin Mohamud gaan na in hoeverre de wetgever rekening heeft gehouden met dit scenario. Ze passen het bestuursrechtelijke leerstuk over cumulatie van sancties toe en concluderen dat een dergelijke tweede boete mogelijk is.¹ Omdat de overtredingen met elkaar samenhangen, is het echter nog maar de vraag of de samenloop van twee boetes de evenredigheidstoets doorstaat.

1. Inleiding

Geld speelt op veel manieren een rol bij de verblijfsrechtelijke positie van vreemdelingen. De ene keer gaat het om het geld dat je moet verdienen om je geliefde naar Nederland te mogen halen, de andere keer gaat het om de boete die diezelfde geliefde misschien moet betalen als hij of zij eenmaal in Nederland niet snel genoeg inburgert.

In deze bijdrage ligt de focus op de werkgevers van vreemdelingen, want ook voor hen telt geld. In de eerste plaats omdat de mogelijkheid om niet-Europese

werknemers naar Nederland te kunnen laten komen vrijwel altijd nadrukkelijk is gekoppeld aan de hoogte van het geboden salaris. Ten tweede omdat de werkgever beboet kan worden als hij niet alle op hem rustende verplichtingen nakomt. Geld is zodoende niet alleen een sturingsmechanisme voor de toelating, maar ook voor toezicht en handhaving na die toelating.

Over boetes op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) is veel geschreven, en er is een schat aan jurisprudentie. Datzelfde kan niet gezegd worden van boetes opgelegd op grond van de Vreemdelingenwet (Vw). In 2015 heeft Tesseltje De Lange in dit blad een eerste analyse gegeven van de handhaving bij de toelating van de erkend referenten.² Zij schreef dit artikel twee

1 De Werkgeverssanctierichtlijn (2009/52/EG) is buiten het bestek van deze bijdrage gelaten. Hoewel de richtlijn mogelijk relevante bepalingen bevat over evenredigheid van sancties, is dat niet het hoofdonderwerp van deze bijdrage. Voor zover via de richtlijn (en dus toepassing van het EU-recht) het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (het Handvest) van toepassing wordt, lijkt dit geen verdere bescherming tegen ne bis in idem te bieden in het door ons beschreven scenario. Artikel 50 van het Handvest beperkt het ne bis in idem beginsel expliciet tot strafrechtelijke procedures.

2 T. de Lange, 'De sancties bij toelating en verblijf van kennismigranten', *A&MR* 2015-5/6, ve15001088, p. 205-2011.

jaar na de invoering van de Wet Modern Migratiebeleid (MoMi)³, de wet die de (erkend) referent een volwaardige plaats in de vreemdelingenrechtelijke systematiek gaf, en de IND de taak van toezichthouder toebedeelde. Daarmee kwam de IND als toezichthouder te staan naast de Inspectie SZW, die al toezicht hield op het verbod op illegale tewerkstelling zoals neergelegd de Wet arbeid vreemdelingen (Wav).

Die eerste jaren zagen we in onze eigen praktijk echter nog niet al teveel van de tanden van deze nieuwe toezichthouder. De Lange constateert dat in haar artikel ook. Zo waren er op dat moment nog geen gevallen bekend dat de IND daadwerkelijk van de bevoegdheid gebruik had gemaakt om sancties op te leggen. De Lange schetste een beeld van de IND die op het punt van toezicht nog zoekende was en vroeg zich af hoe de IND uiteindelijk van zijn nieuwe bevoegdheden gebruik zou gaan maken. Het beeld van de zoekende toezichthouder wordt twee jaar later bevestigd in het rapport *Tussen handhaven en dienstverlening*,⁴ waarin de Inspectie Justitie en Veiligheid de IND op de vingers tikt en schrijft dat de IND tussen 2014 en 2016 nagenoeg geen gebruik heeft gemaakt van de boete en waarschuwingsbevoegdheid: er was één waarschuwing gegeven en er waren geen boetes opgelegd.⁵ De focus lag teveel op de dienstverlenende en te weinig op de toezichthoudende taak.

Inmiddels maakt de IND duidelijk meer werk van zijn rol als toezichthouder. In onze praktijk merken we bijvoorbeeld dat meer nieuwe bedrijven zich melden die op een of andere wijze onderwerp van toezicht en handhaving zijn geworden (de IND kan gerichte verzoeken om informatie doen, of controlebezoeken inplannen om overtredingen op te sporen). Daarnaast zijn er inmiddels ook een paar uitspraken geweest over daadwerkelijk opgelegde IND boetes, één voor een au-pair bureau, en zeer recent aan een bedrijf dat zijn kennismigranten een tijd niet had uitbetaald en dat niet aan de IND had gemeld.⁶ De jurisprudentie op dit punt is nog steeds erg beperkt, zoals Pieter Krop onlangs in zijn annotatie bij een van die zeldzame uitspraken terecht opmerkt.⁷ Toch geeft het feit dat er uitspraken zijn in elk geval aan dat er gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid boetes op te leggen.⁸

Tot slot geeft ook het in februari 2020 gepubliceerde nieuwe boetebeleid voor erkend referenten, duidelijk blijk van toegenomen aandacht voor en kennis op dit terrein.⁹ In het nieuwe beleid wordt gedetailleerd ingegaan op zaken

als (verminderde) verwijtbaarheid en evenredigheid van de sancties.

Het bestaan van twee toezichthouders op het gebied van tewerkstelling van vreemdelingen roept de vraag naar de mogelijkheid van samenloop van sancties op. Deze vraag speelt bijvoorbeeld als de werkgever (erkend referent), zijn werknemer op enig moment minder dan het voor hem of haar geldende maandloon heeft betaald. Dat levert zoals we later in deze bijdrage zullen zien zowel een beboetbare overtreding van de informatieplicht op grond van artikel 4.23 VV op (de werkgever had dit aan IND moeten melden), alsook een overtreding van artikel 2 van de Wav op. De Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid mag een boete voor schending van de informatieplicht opleggen en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een boete voor de illegale tewerkstelling.

Deze mogelijke samenloop van boetes vinden we interessant en doet onder meer de vraag rijzen in hoeverre de werkgever voor in feite dezelfde gedraging kan worden bestraft. En als dat kan, in hoeverre dat toelaatbaar is, en hoe de IND daar tot op heden eigenlijk mee omgaat. In de afbakening van deze bespreking hebben we er bewust voor gekozen alleen te kijken naar de mogelijke samenloop van bestuurlijke boetes (twee punitieve sancties). Dat zijn niet de enige handhavinginstrumenten in de gereedheidskist van de IND. Andere sancties die worden ingezet zijn de waarschuwing, de schorsing of intrekking van het erkend referentschap, en natuurlijk de intrekking (of weigering van de verlenging) van de verblijfsvergunning van de kennismigrant.

2. Mogelijke dubbele beboeting bij onderbetaling kennismigranten

Het leek ons het interessantst om er één scenario uit te lichten waarvan we al met zekerheid weten dat de beboetbare overtredingen in nagenoeg hetzelfde feitencomplex worden verricht. Dat scenario kan zich voordoen bij erkend referenten die kennismigranten in dienst hebben. Om een kennismigrant arbeid in loondienst te laten verrichten moet de werkgever een bepaald minimumsalaris aan de werknemer uitbetalen.¹⁰ Om misbruik en oneigenlijk gebruik van de kennismigrantenregeling te voorkomen is tevens vereist dat dit loon conform de norm, maandelijks en giraal wordt overgemaakt.¹¹

Dit lijkt op zichzelf duidelijk, maar wat gebeurt er als een keer een maand, of misschien zelfs meerdere maanden onder het geldende looncriterium is verloon door de werkgever? Hoewel er natuurlijk ook echt malafide werkgevers bestaan, lijkt dit bij de meeste werkgevers niet bewust te gebeuren. Soms past de werkgever op grond van de leeftijd per ongeluk het verkeerde salariscriterium toe (vaak na interne herplaatsing binnen een bedrijf), ook gebeurt het dat de werkgever salariscomponenten meerekent die niet mogen meetellen voor de berekening van het salaris. In die gevallen kan nog worden gesteld dat de werkgever dat had moeten weten, daarvoor is hij als erkend referent verantwoordelijk. Echter, ook andere minder voor de hand liggende redenen leiden tot betaling onder de norm: de

3 Wet van 7 juli 2010 tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 en enkele andere wetten in verband met de versterking van de positie van de referent in het reguliere vreemdelingenrecht en versnelling van de vreemdelingenrechtelijke procedure (Wet modern migratiebeleid), *Stb.* 2010, 290, ve10001135, op 1 juni 2013 in werking getreden, *Stb.* 2013, 165, ve13000869.

4 *Tussen handhaven en dienstverlening. Over het toezicht van de IND op de erkend referent als werkgever*, ve17002494, p. 8 en 39.

5 Het gaat hier om erkend werkgevers, dus niet om sociaal referenten – tegen hen werd wel handhavend opgetreden.

6 ABRvS 28 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4108, *JV* 2019/23, ve18007196; ABRvS 13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1232, *JV* 2020/123 m.nt. T. de Lange, ve20001637.

7 En daar ging het dan ook nog eens om een boete aan een particulier; zie Rechtbank Den Haag 27 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1003, *JV* 2020/96 m.nt. P.J. Krop, ve20000875.

8 Recent ook bevestigd in het WODC-rapport dat in december 2019 verscheen, *Selectief naast restrictief. Evaluatie van de Wet Modern Migratiebeleid 2019*, ve19002285, p. 79.

9 *Stcrt.* 2020, 11649 (WBV 2020/5) ve20000617.

10 Zie artikel 1d Buwv voor de bedragen.

11 *Stb.* 2013, 360, ve13001915, p. 10; *Kamerstukken II* 2010/11, 32144, nr. 5, ve11000938.

werknemer zit ziek thuis en krijgt 70% van zijn gebruikelijke salaris betaald, of de werknemer wil zelf tijdelijk minder uren werken en werkgever noch werknemer hebben door dat ze daarmee onder het salariscriterium duiken. Dit zijn typisch situaties waarbij de afdeling personeelszaken (vooral bij minder grote bedrijven het eerste en soms enige aanspreekpunt van de werknemer op dit gebied) van een bedrijf niet altijd direct door heeft dat dat ook gevolgen voor een verblijfsvergunning kan hebben. In al deze gevallen geldt dat de werkgever op grond van artikel 4.23 VV binnen 4 weken aan de IND moet melden dat niet (meer) wordt voldaan aan het salariscriterium.

De afdeling personeelszaken heeft niet altijd direct door dat bijvoorbeeld werktijdvermindering op verzoek van de werknemer gevolgen kan hebben voor de verblijfsvergunning.

Het niet voldoen aan deze informatieplicht wordt beleidsmatig gekwalificeerd als een ernstige overtreding, op grond waarvan de maximale boete van € 3000 (art. 55a Vw) aan de onderneming kan worden opgelegd (per overtreding).¹² De Afdeling heeft op 13 mei van dit jaar (opnieuw) bevestigd dat dit boetebeleid niet onredelijk is, en dat bij overtreding van de informatieplicht in dergelijke gevallen boeteoplegging zonder waarschuwing vooraf gerechtvaardigd is.¹³

Sinds 2016 weten we dat het al dan niet tijdelijk onder het looncriterium duiken ook een andere overtreding oplevert: schending van het verbod op illegale tewerkstelling van artikel 2 lid 1 Wav.¹⁴ De redenering daarbij is dat artikel 1d Buwav de voorwaarden bevat waaraan moet zijn voldaan om een kennismigrant zonder tewerkstellingsvergunning arbeid te kunnen laten verrichten. Wordt op enig moment niet meer voldaan aan een van de in dat artikel genoemde voorwaarden (in dit geval het looncriterium), dan overtreedt de werkgever artikel 2 Wav en kan een Wav-boete worden opgelegd, ook al beschikt de kennismigrant op dat moment een geldige verblijfsvergunning onder die beperking. Dit geldt ook bij het eerdergenoemde voorbeeld van een tijdelijke vermindering van uren.¹⁵ De boete op grond van de Wav is in beginsel € 8000 per vreemdeling voor rechtspersonen.¹⁶ In dergelijke gevallen kan dus in theorie zowel een boete op grond van de Wav als van de Vw opgelegd worden.

3. MoMi en samenloop van sancties

Is er in de wetsgeschiedenis bij invoering MoMi aandacht geweest voor de mogelijkheid van samenloop van sancties bij de keuze voor de bestuurlijke boete als mogelijk

handhavingsinstrument?¹⁷ Bij de behandeling van de wet MoMi is door leden van de Tweede Kamer voorgesteld om het maximale boetebedrag voor overtreding van de informatieplicht gelijk te stellen met boetehoogte voor overtreding van artikel 2 Wav.¹⁸ Volgens de regering leek de noodzaak voor deze verhoging te ontbreken omdat de werkgever ook op grond van onder meer de Wav kan worden beboet.¹⁹

In de memorie van toelichting bij de wet MoMi is geschreven dat een referent niet voor ‘een en dezelfde gedraging op basis van meerdere wetten’ wordt bestraft. Daar waar samenloop zou kunnen ontstaan, moeten de betrokken uitvoeringsinstanties, bijvoorbeeld de IND, Inspectie SZW en het UWV, ‘samenwerkingsafspraken’ maken.²⁰ Op 3 november 2009 is de Staatssecretaris van Justitie verzocht om dit nader toe te lichten.²¹ De staatssecretaris legde uit:

‘Iedere afzonderlijke overtreding is, als gezegd, in beginsel beboetbaar. (...) Bij de nadere uitwerking van de uitvoeringsregelingen zijn tot op heden geen situaties aan het licht gekomen, waarin sprake is van mogelijke dubbele bestraffing. Dit neemt niet weg dat wij er zorgvuldigheidshalve rekening mee houden dat dergelijke situaties zich wel zouden kunnen voordoen. De IND beziet samen met de Arbeidsinspectie en het UWV/Werkbedrijf in welke gevallen sprake zou kunnen zijn van samenloop.’²²

Voornoemde samenwerkingsafspraken moeten betrekking hebben op de vraag welke dienst in welke gevallen voor welke overtreding een bestuurlijke boete oplegt of aangifte doet bij het OM, als dubbele bestraffing dreigt. Het doel van deze afspraken is dat de betrokken instanties elkaar informeren en in overleg vaststellen op grond van welk wettelijk voorschrift er gesanctioneerd zal worden bij constatering van een overtreding.²³

Ons is niet bekend of dergelijke afspraken daadwerkelijk zijn gemaakt, maar als ze er al zijn, zijn ze waarschijnlijk niet openbaar. Wel wordt er soms tijdelijk op projecten samengewerkt, zoals bij het Programma Misbruik van Regelingen, dat in 2017 als projectonderdeel ‘Werken met kennismigranten’ als onderwerp had, en waarbij IND en Inspectie SZW samen optrokken bij de controle op erkend referenten.²⁴ De gepresenteerde resultaten laten daarbij nog geen dubbele beboeting zien, slechts beboeting op grond van de Wav, maar wel werd expliciet genoemd dat ook de IND nog boetes zou kunnen opleggen (naast de reeds opgelegde sancties).

Na inwerkingtreding van de wet MoMi hanteerde de IND de Werkinstructie 2013/19 over Waarschuwing en bestuurlijke boete. De werkinstructie schreef voor dat de IND geen bestuurlijke boete mag opleggen voor overtredingen

12 Vc B1/9.1.3.2.

13 ABRvS 13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1232, JV 2020/123 m.nt. T. de Lange, ve20001637, r.o. 6.

14 ABRvS 9 maart 2016, JV 2016/135, m.nt. M.A.G. Reurs, ve16000482.

15 ABRvS 29 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1797, JV 2016/241 m.nt. M.A.G. Reurs, ve16001264.

16 Zie Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2020 voor de precieze bedragen, *Stcrt.* 2020, 18106, ve20000997.

17 De keuze voor de bestuurlijke boete als handhavingsinstrument wordt beïnvloed door de vraag of er een afgebakende groep personen of entiteiten bestaat waarop een bestuursorgaan al toezicht uitoefent. Kamerstukken II 2008/09, 32052, nr. 3, ve09001269, p. 17 en 18; Kamerstukken II 2008/09, 31700 VI, D.

18 Kamerstukken II 2009/10, 32052, nr. 10, ve10000289.

19 Kamerstukken II 2009/10, 32052, nr. 11, ve10000260. Overigens gebruikte de regering dit argument tijdens de discussie over de evenredigheid van de verhoging van het boetebedrag wegens overtreding van artikel 2 Wav, zie A.M. van Melle, ‘Onevenredig boetebeleid bij Wav zaken’, *A&MR* 2015/5-6, ve15001091, par. 2.

20 Kamerstukken II 2009/10, 32052, nr. 3, ve09001269, p. 19.

21 Kamerstukken II 2009/10, 32052, nr. 5, ve09001531, p. 10.

22 Kamerstukken II 2009/10, 32052, nr. 7, ve10000178, p. 32 – 33.

23 Kamerstukken II 2009/10, 32052, nr. D, ve10000765, p. 58.

24 Inspectie SZW, Onderzoek Werken met Kennismigranten 2017, ve18006747.

waarvoor een andere overheidsinstantie al een bestuurlijke boete heeft opgelegd. In de werkinstructie is aangegeven dat het belangrijk is om ten aanzien van overtredingen waar dubbele bestraffing dreigt, contact op te nemen met de andere betrokken overheidsinstantie(s). Zo kan afgestemd worden wie de bestuurlijke boete op gaat leggen.²⁵ Er is in de werkinstructie echter niet nader gedefinieerd wanneer sprake is van *dezelfde overtreding*. In hoeverre verschilt dit van *een en dezelfde gedraging* zoals genoemd in de memorie van toelichting bij de wet MoMi? En hoe verhoudt zich dit tot de manier waarop *dezelfde overtreding* als bedoeld in artikel 5:43 Awb²⁶ is uitgelegd in de jurisprudentie? De term *overtreding* kan suggereren dat de IND alleen contact hoeft op te nemen met de andere betrokken overheidsinstanties als hetzelfde voorschrift is geschonden.²⁷ Dit lijkt niet in overeenstemming te zijn met de manier waarop artikel 5:43 Awb wordt uitgelegd. Op dit onderwerp komen wij hieronder terug.

Bij de parlementaire behandeling van de wet MoMi is verder aangegeven dat ‘het terzake gevoerde boetebeleid’ in de Vc zal worden opgenomen.²⁸ Dat is ook gebeurd (in Vc B1/9), en op 25 februari 2020 is dit beleid volledig op de schop gegaan om plaats te maken voor een nieuw en uitgebreider boetebeleid.²⁹ In de tevens nieuwe werkinstructie Erkenning referent verwijst de IND naar dit beleid voor de handhaving op de verplichtingen die op de erkend referent rusten.³⁰ In het nieuwe beleid wordt niet meer gesproken over afstemming of contact opnemen met andere uitvoeringsinstanties. In plaats daarvan neemt de IND in het nieuwe boetebeleid een standpunt in over de toelaatbaarheid van de samenloop van bestuurlijke boetes op grond van verschillende wettelijke regelingen. De IND neemt aan dat het *ne bis in idem*-beginsel in elk geval niet van toepassing is, indien een bestuurlijke boete wordt opgelegd op grond van artikel 55a Vw wegens schending van de informatieplicht enerzijds en een bestuurlijke boete wordt opgelegd krachtens een andere wet dan de Vw (zoals bijvoorbeeld de Wav).³¹ Dat brengt de mogelijkheid van dubbele boeting in het hierboven genoemde scenario van onderbetaling een stuk dichterbij. Het was in onze praktijk echter nog niet voorgekomen, en navraag bij enkele collega’s met een soortgelijke praktijk leerde ons dat in hun praktijken een dergelijke samenloop ook (nog) niet had plaatsgevonden. Daags voor het sluiten van de kopij-deadline voor deze bijdrage diende zich in onze praktijk toch nog een zaak aan waarin precies dit tot dan toe hypothetische scenario zich voltrok: een samenloop van boete voor schending informatieplicht op grond van de Vreemdelingenwet in combinatie met een boete voor illegale tewerkstelling op grond van de Wav.

Onlangs diende zich in onze praktijk een zaak aan waarin dit tot dan toe hypothetische scenario van dubbele boeting zich voltrok.

4. Bestuursrechtelijke handhaving: cumulatie van sancties

De toelaatbaarheid van de boeting wegens de omissie te melden dat niet meer aan het toepasselijke salariscriterium wordt voldaan, en het niet meer voldoen aan de voorwaarden voor legale tewerkstelling, wordt beoordeeld in het kader van artikel 5:43 Awb en artikel 5:8 Awb. Artikel 5:43 Awb brengt het *ne bis in idem* beginsel tot uitdrukking en ziet alleen op de bestuurlijke boetes. Artikel 5:8 Awb is van toepassing op alle soorten bestuurlijke sancties.³² Hierin is bepaald in hoeverre het is toegestaan om overtredingen van twee of meer voorschriften afzonderlijk te sanctioneren.

4.1 Ne bis in idem

Een bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien aan de overtreder wegens dezelfde overtreding al eerder een bestuurlijke boete is opgelegd.³³ Of er sprake is van *dezelfde overtreding* moet op dezelfde wijze worden beoordeeld als de vraag of sprake is van *hetzelfde feit* als bedoeld in artikel 68 Sr.³⁴

Er is sprake van hetzelfde feit indien ‘blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de dader (...)’.³⁵ Er kan sprake zijn van *hetzelfde feit* als er verschillende wetten zijn overtreden, die theoretisch afzonderlijk kunnen worden overtreden. Relevant is of de daaraan ten grondslag liggende gedragingen in de concrete zaak samenvallen en deel uitmaken van hetzelfde feitencomplex en primair dezelfde belangen dienen.³⁶ De strafmaxima die op de beboetbare feiten zijn gesteld zijn ook relevant.³⁷ Wat verder van belang is of dezelfde gedragingen zijn beschreven in het boeterapport of -besluit. Als dat niet het geval is, dan dient de mate van verschil tussen de gedragingen in ogenschouw te worden genomen.³⁸

Met betrekking tot ons scenario heeft de IND inmiddels, zo blijkt uit de publicatie van het nieuwe boetebeleid, een duidelijk standpunt: dubbele bestraffing in strijd met het *ne bis in idem* beginsel is niet aan de orde. Dat lijkt ons op zichzelf een verdedigbare conclusie. Een beroep op het *ne bis in*

25 Werkinstructie IND 2013/19, ve13002313, p. 12.

26 In artikel 5:43 Awb is voor het bestuursrecht het *ne bis in idem* beginsel vastgelegd. Deze bepaling luidt: ‘Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien aan de overtreder wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd, dan wel een kennisgeving als bedoeld in artikel 5:50, tweede lid, aanhef en onderdeel a, is bekendgemaakt.’

27 Artikel 5:1 Awb.

28 Zie voetnoot 24.

29 *Stcr.* 2020, 11649 (WBV 2020/5) ve20000617.

30 IND werkinstructie 2020/8, ve20001701 (van toepassing sinds 26 mei 2020).

31 B1/9.3 Vc.

32 Een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak (artikel 5:2, lid 1 en sub a, Awb). Een overtreding is een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift (artikel 5:1, lid 1, Awb).

33 Artikel 5:43 Awb.

34 *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, nr. 3, ve07000404, p. 136-137 en HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, r.o. 5. Het element *dezelfde gedraging* als bedoeld in artikel 5:44 Awb moet ook in overeenstemming met artikel 68 Sr worden uitgelegd. In artikel 5:44 Awb is het *una via* principe vastgelegd. Dit is principe is van toepassing op de situatie waarin de overheid naar aanleiding van een bepaalde gedraging zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk mag handhaven. Kort gezegd sluit het *una via* principe strafrechtelijke handhaving uit als de overheid optreedt via het bestuursrecht ten aanzien van *dezelfde gedraging*, en vice versa.

35 HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, r.o. 2.9.2. In 2014 nam de Hoge Raad bijvoorbeeld aan dat er sprake is van hetzelfde feit als bedoeld in artikel 68 Sr met betrekking tot het onjuist indienen van een bij belastingwet voorziene aangifte (artikel 69, lid 2, AWR) en het niet doen van een dergelijke aangifte (artikel 69, lid 1, AWR): HR 4 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:228.

36 Rechtbank Rotterdam 26 juni 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AT8722, r.o. 2.4.

37 HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, r.o. 2.9.1.

38 Dit ziet op zowel de aard en kennelijke strekking van de gedragingen als de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder deezelfde verricht HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, r.o. 2.9.1.

idem beginsel lijkt bij beboeting wegens de overtreding van de informatieplicht en het verbod van artikel 2 Wav te stuiten op de omstandigheid dat de Wav en Vw te veel van elkaar verschillen, zowel qua strekking als de belangen de belangen die de bepalingen beogen te beschermen. In het VV is uitgewerkt welke informatie de erkend referent in welke gevallen moet melden aan de IND. De bedoeling hiervan is dat de IND 'voortdurend beschikt over actuele informatie die van belang is voor de beoordeling van de verblijfsrechtelijke positie van de vreemdeling'.³⁹ Bij de verbodsbepaling van artikel 2 Wav staan het beschermen van de Nederlandse arbeidsmarkt en het belang van het voorkomen van illegale tewerkstelling centraal.⁴⁰

Of de beboetbare overtredingen (de informatieplicht van de Vw 2000 en artikel 2 Wav) zien op 'dezelfde gedraging' lijkt niet meer relevant te zijn, omdat de overtreden voorschriften qua strekking al te veel van elkaar verschillen. Voor ons voorbeeld van de onderbetaalde kennismigrant is deze vraag wel van belang voor de toelaatbaarheid van gelijktijdige sanctiëring van afzonderlijke overtredingen (zie onder).

4.2 Artikel 5:8 Awb

Dubbele beboeting wegens onderbetaling lijkt daarmee in beginsel toegestaan, hoewel dit in de praktijk nog heel weinig lijkt voor te komen. Op grond van artikel 5:8 Awb mogen afzonderlijk gepleegde overtredingen gelijktijdig worden gesanctioneerd en is het toegestaan om de boetebedragen te cumuleren, ongeacht of verschillende bestuursorganen de boetes opleggen.⁴¹

In zeldzame gevallen mogen afzonderlijk gepleegde overtredingen niet worden beboet. Er moet dan sprake zijn van slechts één gedraging (eendaadse samenloop). Wanneer één gedraging meerdere overtredingen oplevert die de overtreder afzonderlijk had kunnen plegen, dan mogen deze afzonderlijk worden beboet (meerdaadse samenloop). Geen van beide vormen van samenloop is van toepassing als het gaat om meerdere gedragingen die afzonderlijke overtredingen opleveren.

Hieronder wordt toegelicht wat eendaadse en meerdaadse samenloop is. Ook wordt toegelicht hoe deze leerstukken zich verhouden tot ons voorbeeld van onderbetaling.

Eendaadse samenloop

Van eendaadse samenloop is sprake, indien 'door één gedraging twee of meer voorschriften worden overtreden die naar hun strekking zodanig nauw samenhangen dat in wezen slechts één overtreding plaatsvindt'. De bestuursrechter zal in beginsel aansluiting moeten zoeken bij de strafrechtelijke jurisprudentie over eendaadse samenloop. Naast de strekking van de overtreden voorschriften kijkt de bestuursrechter onder meer of er, wat de gedraging die de overtreding oplevert betreft, sprake is van één keuzemoment. Dit is bijvoorbeeld het geval als een vrachtwagenchauffeur niet zijn chauffeurskaart maar die van iemand anders gebruikt. Dit levert twee afzonderlijke overtredingen op (het gebruik van de kaart van en iemand anders en het niet gebruiken van de eigen kaart). Beide voorschriften hebben een vergelijkbare strekking. Zij zien op de controle op de naleving van de rijtijd, rusttijd en pauze van chauffeurs, zodat van eendaadse

samenloop sprake is.⁴² Omdat de beboeting wegens beide voorschriften in deze situatie neerkomt op dubbele bestraffing, mag het bestuursorgaan slechts wegens één overtreden voorschrift een bestuurlijke boete opleggen.⁴³ Op grond van het evenredigheidsbeginsel is het bestuursorgaan niet meer bevoegd om wegens overtreding van het andere voorschrift te handhaven.⁴⁴

Dat dit onder het evenredigheidsbeginsel is geschoven, is een gevolg van de wijziging van het voorontwerp van artikel 5:8 Awb. Dit luidde: 'Indien twee of meer voorschriften zijn overtreden, kan voor de overtreding van elk afzonderlijk voorschrift een bestuurlijke sanctie worden opgelegd, *tenzij slechts één gedraging plaatsvond*' (curs. BvM en MM).⁴⁵ De regering besloot om het voorontwerp van artikel 5:8 Awb te wijzigen, naar aanleiding van vragen over de toelichting ervan. Het evenredigheidsbeginsel zou voldoende waarborgen bieden tegen onredelijke cumulatie in het geval van eendaadse samenloop.⁴⁶

De omstandigheid dat verschillende bestuursorganen bevoegd zijn tot handhaving ten aanzien van de overtreden voorschriften is 'op zichzelf reeds een indicatie dat de (...) voorschriften verschillende belangen beogen'.⁴⁷ De regering heeft daarom het standpunt ingenomen dat het niet vaak voorkomt dat de oplegging van een bestuurlijke boete door het ene bestuursorgaan ertoe leidt dat punitieve sanctiëring door het andere bestuursorgaan strijdig is met het verbod op dubbele bestraffing. De omstandigheid dat de afzonderlijke voorschriften tot verschillende personen zijn gericht is ook een indicatie dat er geen sprake is van strijd met het verbod op dubbele bestraffing.⁴⁸

Er kan worden bepleit dat de omissie te melden voortkomt uit een andere gedraging dan het niet meer voldoen aan de voorwaarden voor legale tewerkstelling, maar voor de overtreder zal dit gevoelsmatig heel anders liggen.

Er kan worden bepleit dat de omissie te melden dat niet meer aan salarisnorm werd voldaan, en het niet meer aan de voorwaarden voldoen voor legale tewerkstelling, voortkomen uit twee gedragingen. Voor de overtreder zal dit echter gevoelsmatig heel anders liggen. Het (al dan niet tijdelijk) verlonen onder de geldende salarisnorm, zal gepercipieerd worden als één foute handeling, en dus slechts één gedraging. Ongeacht welke van de twee lezingen wordt gekozen (één of twee gedragingen), van eendaadse samenloop lijkt hier geen sprake, en dubbele beboeting zal zodoende niet snel in strijd komen met artikel 5:8 Awb. Want, zoals gezegd, de strekking van de overtreden voorschriften verschilt te veel van elkaar. De conclusie lijkt daarom gerechtvaardigd dat beboeting wegens overtreding van de informatieplicht en het verbod op illegale

39 Kamerstukken II 2009/10, 32052, nr. 3, ve09001269, p. 10.

40 Kamerstukken II 1993/94, 23574, nr. 3, p.3-4.

41 'Indien twee of meer voorschriften zijn overtreden, kan voor de overtreding van elk afzonderlijk voorschrift een bestuurlijke sanctie worden opgelegd'.

42 ABRvS 26 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4257, r.o. 3.1.

43 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, ve07000404, p. 91.

44 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, ve07000404, p. 91.

45 Artikel 5:8 Awb, www.pgawb.nl.

46 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, ve07000404, p. 92.

47 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, ve07000404, p. 137.

48 Rechtbank Zeeland-West Brabant 23 februari 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:642, r.o. 12.

tewerkstelling in beginsel geen eendaadse samenloop oplevert. Of deze overtredingen voortkomen uit één of twee gedragingen, is evenwel relevant voor de vraag of er sprake is van meerdaadse samenloop.

Meerdaadse samenloop

Van meerdaadse samenloop is sprake indien één gedraging meerdere overtredingen van afzonderlijke voorschriften oplevert, die ook afzonderlijk hadden kunnen worden gepleegd en die verschillende belangen schenden.⁴⁹ Het is dan in beginsel toegestaan om de bestuurlijke boetes bij elkaar op te tellen, en indien verschillende bestuursorganen bevoegd zijn tot de oplegging van een bestuurlijke boete, mag deze door ieder orgaan worden opgelegd.⁵⁰

In het geval van meerdaadse samenloop moet het bestuursorgaan ‘zich (...) afvragen of het totaal van de bestuurlijke boetes nog wel aansluit bij de ernst van de overtreding’. Tevens moet een bestuursorgaan dat een bestuurlijke boete oplegt voor een overtreding die samenhangt met een overtreding waarvoor eerder al door een ander bestuursorgaan een boete is opgelegd, ‘zo nodig’ rekening houden met reeds opgelegde straffen.⁵¹ Als de regeling voor meerdaadse samenloop wordt toegespitst op het voorbeeld van de onderbetaalde kennismigrant, dan is het duidelijk dat aan drie van de voorwaarden voor meerdaadse samenloop is voldaan. De werkgever overtreedt twee afzonderlijke voorschriften wanneer hij aan de kennismigrant niet of niet genoeg salaris betaalt en dit niet meldt aan de IND. Deze overtredingen kunnen voorts afzonderlijk worden gepleegd en de geschonden voorschriften beschermen verschillende belangen (de Vw 2000 en de Wav). De laatste voorwaarde voor de regeling van meerdaadse samenloop is dat er sprake moet zijn van ‘één gedraging’. Bepleitbaar is dat dat het geval is.

Als ervan wordt uitgegaan dat het niet of te weinig uitbetalen van salaris aan de kennismigrant *de* gedraging is die de afzonderlijke overtredingen van de informatieplicht uit de Vw 2000 en artikel 2 Wav oplevert, dan kan er in dit geval worden geconcludeerd dat er sprake is van meerdaadse samenloop. Zeker als de werkgever niet door heeft dat te weinig wordt betaald, heeft hij ook niet door dat die gedraging zowel de informatieplicht (waaraan hij dan niet voldoet) en het verbod op illegale tewerkstelling (waarvan hij niet op de hoogte is) raakt.

Een dergelijke lezing sluit in die zin ook aan bij de positie die de regering innam bij de behandeling van de wet MoMi. De boetehoogte (bij overtreding informatieplicht) is lager vastgesteld dan was gewenst door de Tweede Kamer, juist vanwege de mogelijkheid van samenloop met sanctionering op grond van de Wav (zie ook hoofdstuk 3). Dat is in lijn met de verplichting bij meerdaadse samenloop om zo nodig rekening te houden met al opgelegde straffen.

Anderzijds is ook de stelling verdedigbaar dat de regeling voor meerdaadse samenloop hier helemaal niet van toepassing is, omdat er geen sprake is van één maar, maar van verschillende ‘gedragingen’. Het begrip ‘gedraging’ wordt dan zo opgevat dat het iemand actief illegaal tewerkstellen

en de omissie tijdig een wijziging (daling onder de norm) van salaris te melden twee te onderscheiden gedragingen zijn.

Het lijkt voor de boetehoogte uiteindelijk niet al teveel uit te maken of er nu wel of geen sprake is van meerdaadse samenloop. Een bestuursorgaan moet namelijk ook als dat niet het geval is de boetehoogte afstemmen op de samenhang tussen de gedragingen van de overtreder/werkgever. Deze plicht volgt niet uit 5:8 Awb en het leerstuk van meerdaadse samenloop, maar is later in de jurisprudentie ontwikkeld. Dit wordt in het navolgende toegelicht.

4.3 Geen eendaadse of meerdaadse samenloop

Als geen sprake is van eendaadse of meerdaadse samenloop (bij een gedraging), gaat het om gevallen waarbij meerdere gedragingen meerdere overtredingen opleveren. Zelfs in die gevallen kan de samenhang tussen gedragingen van de overtreder een grond voor matiging van de bestuurlijke boete opleveren. Voor de vraag wanneer dat het geval is, zijn we uitgeweken naar jurisprudentie op andere bestuursrechtelijke terreinen dan het vreemdelingen- en arbeidsmigratierecht.

Op 9 juli 2014 oordeelde de ABRvS over de hoogte van een bestuurlijke boete die was opgelegd naar aanleiding van een door TROS uitgezonden televisieprogramma ‘Sprookjesboom’. De uitzending van het programma leverde zowel een overtreding van het reclameverbod als het dienstbaarheidsverbod op.⁵² De ABRvS besliste dat matiging van de boetehoogte is aangewezen wanneer tussen de opgelegde boetes een zodanige ‘samenhang’ bestaat dat de vastgestelde boetehoogte in het concrete geval niet in redelijke verhouding staat tot de omvang van de overtredingen, ongeacht of de overtredingen voorschriften een vergelijkbare strekking hebben.⁵³

Voor beide bovengenoemde overtredingen gold dat die eigenlijk alleen te voorkomen waren als de TROS daarover vooraf afspraken met de Efteling had gemaakt. Met andere woorden: beide overtredingen konden door één en dezelfde handeling worden voorkomen.⁵⁴ In dergelijke gevallen moet de hoogte van het boetebedrag voor afzonderlijk gepleegde overtredingen worden afgestemd op hierboven genoemde ‘gelijkluidende motivering’.⁵⁵ De onderbouwing van beide boetes was immers nagenoeg identiek, en dit leidde tot een significante matiging (van 75%) van een van de twee boetes.

Wat betekent dit voor ons scenario? Op grond van artikel 4.23 VV 2000 moet het overeengekomen maandloon daadwerkelijk zijn ontvangen door de kennismigrant omdat dit artikel verwijst naar artikel 1d BuWav, zo besliste de ABRvS op 13 mei van dit jaar.⁵⁶ De werkgever kan de MoMi-boete voorkomen door de IND binnen vier weken te informeren over het niet of te weinig betaalde salaris. De Wav-boete kan worden voorkomen door aan te tonen dat het kennismigrantenloon is uitbetaald (conform de norm), zodat nog aan de beperking voldaan wordt en er geen sprake is van illegale tewerkstelling.

49 *Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, ve07000404, p. 90-92.*
 50 ABRvS 10 februari 1997, AB 1997, 427. De Awb-wetgever haalde deze uitspraak aan als voorbeeld in de toelichting bij de regeling voor meerdaadse samenloop in artikel 5:8 Awb.
 51 Zie eerder aangehaalde MvT bij invoering vierde tranche Awb; Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, ve07000404, p. 91.

52 Artikelen 2.89, lid 1 aanhef en sub a, en 2.141, lid 1, Mediawet 2008).
 53 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493, r.o. 12.1.
 54 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493, r.o. 15.3.
 55 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493, r.o. 15.3. Het idee dat matiging geboden is ‘als de onderbouwing van twee verschillende boetes gelijklopend is’, is ook door het College van Beroep voor het bedrijfsleven overgenomen naar aanleiding van twee aan KPN opgelegde boetes naar aanleiding van overtredingen van het discriminatieverbod en het transparantiegebod, waarbij laatstgenoemde gematigd werd (Cbb 12 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:308, r.o. 4.2.1-4.2.4).
 56 ABRvS 13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1232, JV 2020/123 m.nt. T. de Lange, ve20001637, r.o. 4 en 5.

Zogezegd kan enerzijds worden volgehouden dat er geen sprake is van één handeling die beide overtredingen kan voorkomen.

Maar ook het tegendeel lijkt verdedigbaar, en wellicht zelfs overtuigender, namelijk dat het uitbetalen van het correcte salaris aan de kennismigrant, beide overtredingen had kunnen voorkomen. Dit zou wat ons betreft vooral opgaan voor de gevallen waarin de werkgever niet wist of niet doorhad dat niet werd voldaan aan het looncriterium, bijvoorbeeld in de eerder aangehaalde voorbeelden van (buitenwettelijk) verlof of ziekte, of waarin hij onbewust het verkeerde looncriterium toepaste. Als de overtreder niet wist dat er op enig moment sprake is geweest van betaling onder het geldende looncriterium, dan wist hij ook niet dat hij dat moest melden. En omdat de kennismigrant ondertussen gewoon in het bezit was van een verblijfsvergunning, kon de werkgever evenmin weten dat er sprake zou zijn van illegale tewerkstelling. Die handeling (of omissie) veroorzaakt zonder dat de werkgever het weet de twee overtredingen.

We zien dan ook een zekere analogie tussen ons scenario en het feitencomplex dat aan de Sprookjesboom-uitspraak ten grondslag lag, en dus ook de mogelijke toepasbaarheid van het in die uitspraak gehanteerde samenhang-criterium.⁵⁷

De boetehoogte is afhankelijk van samenhang tussen de gedragingen van de overtreder en de redelijke verhouding tot samenhang en omvang van de overtredingen.

Ten slotte volgt uit de Afdelingsuitspraak van 2014 dat alleen de aanwezigheid van samenhang tussen de gedragingen van de overtreder niet voldoende is om de vastgestelde boetehoogte te matigen. De boetehoogte moet in redelijke verhouding staan tot de samenhang én de omvang van de overtredingen. Deze drie factoren moeten in onderling verband worden beoordeeld, zodat wordt voorkomen dat er sprake is van onredelijke cumulatie van bestuurlijke boetes. In ons voorbeeld van onderbetaling is dan in elk geval relevant dat de hoogte van de boete bij schending informatieplicht op grond van de Vw bewust lager vastgesteld is dan de boete op grond van de Wav boete wegens illegale tewerkstelling, omdat de wetgever in abstracto reeds rekening hield met een mogelijke samenloop van beide boetes.

5. Evenredigheid

In deze bijdrage hebben wij ons beperkt tot de situatie waarbij de verloning van kennismigrant om wat voor reden dan ook onder het geldende looncriterium uitkomt en de werkgever daardoor zowel de Wav als de Vw overtreedt. Andere overlap van overtredingen van erkend referentverplichtingen op grond van de Vw en de Wav zijn zeker ook denkbaar. Wij hebben de toelaatbaarheid van deze samenloop in het licht van de

Awb besproken, en hoe hier rekening mee gehouden is bij de totstandkoming van MoMi, en het beleid dat daarop volgde. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bij de totstandkoming van MoMi al rekening is gehouden met mogelijke samenloop, en die was (mede) aanleiding om destijds in het wetsvoorstel niet te kiezen voor gelijkstelling van de boete voor overtreding van de informatieplicht aan die voor overtreding van het verbod op illegale tewerkstelling. Verder is in Werkinstructie 2013/19 opgenomen dat de IND met de Inspectie SZW afstemt over de boeteoplegging, indien dubbele bestraffing dreigt. Wij zijn niet bekend met het bestaan van deze eventuele (afstemmings-) afspraken. Mogelijk zijn die destijds niet gemaakt, omdat de IND nog geen gebruik van de handhavingsbevoegdheden maakte.

Uit de leerstukken over samenloop in de Awb volgt volgens ons niet dat de beboeting van de informatieplicht en het verbod op illegale arbeid in zijn algemeenheid onmogelijk is. Of dubbele beboeting in een dergelijk geval wenselijk is? Sowieso moet de IND altijd bezien of het totale boetebedrag evenredig is, mede in het licht van de hierboven genoemde samenloop.⁵⁸

Een vraag die wat ons betreft voor meerdere interpretaties vatbaar blijft, is of de afzonderlijke overtredingen van de informatieplicht uit de Vw en artikel 2 Wav voortkomen uit één gedraging. Zo ja, dan is er sprake van meerdaadse samenloop en moet de boetehoogte in elk geval worden afgestemd op 'reeds opgelegde straffen'. Zo nee, dan zal toch in elk geval nog moeten worden beoordeeld of tussen de overtredingen desalniettemin een zodanige samenhang bestaat dat niet in redelijkheid tweemaal het volledige boetebedrag kan worden opgelegd. Hoewel het antwoord bij een dergelijke samenloop van sancties dus niet al te snel zal zijn dat een tweede boete niet mag, is het wel verstandig om altijd de vraag te stellen of reeds een bestuurlijke boete is opgelegd voor een vergelijkbare overtreding, en in hoeverre een tweede volledige boete de evenredigheidstoets doorstaat. Dat het dan uiteindelijk steeds weer neerkomt op de evenredigheid van de individuele boete is misschien een open deur, maar het was de exercitie van het uitzoeken waard.

De vraag die we onszelf verder hebben gesteld tijdens het schrijven van deze bijdrage is of de IND met het herziene boetebeleid daadwerkelijk een nieuw standpunt heeft willen innemen over de mogelijkheid van dubbele beboeting. Die suggestie wordt wel gewekt door expliciet in het beleid op te nemen dat *geen* sprake is van ongeoorloofde samenloop bij beboeting door IND na overtreding van de informatieplicht en beboeting of vervolging op grond van een andere wettelijke bepaling die niet uit de Vw voortvloeit. Zeker nu verwijzingen naar nadere afstemming met andere instanties over wie de boete al dan niet zou mogen opleggen uit de eerdere interne werkinstructie, in het nieuwe beleid ontbreken. Het feit dat we onlangs de allereerste zaak binnen kregen waarin wordt beboet wegens schending van de informatieplicht én overtreding van het verbod op illegale tewerkstelling, is misschien wel de sterkste aanwijzing dat de IND een nieuwe weg is ingeslagen. De toekomst zal het uitwijzen. Duidelijk is echter wel dat de IND zich inmiddels – 5 jaar na het verschijnen van de eerste analyse over het toezicht op erkend referenten – een volwaardige plaats als toezichthouder op het arbeidsmigratie domein heeft verschaft. ◀

57 In de bespreking van dit leerstuk staan twee uitersten tegenover elkaar: of beide overtredingen kunnen worden voorkomen door *slechts* één en dezelfde handeling, of *slechts* door twee afzonderlijke handelingen. Dit scenario zit daar mogelijk wat tussenin en is asymmetrisch. De werkgever die beide overtredingen pleegt kan de overtreding van de informatieplicht voorkomen door dit aan de IND tijdig te melden, maar voorkomt daarmee niet de overtreding van het verbod op illegale tewerkstelling als gevolg van de te lage verloning. Dat laatste is alleen mogelijk door te zorgen dat het loon niet onder de geldende salarisnorm zakt, maar in dat geval wordt het doen van een melding aan de IND ook overbodig. Zo kun je een van de overtredingen dus alleen voorkomen door een handeling die ook de andere overtreding voorkomt (maar niet andersom).

58 Zie ook B1/9.4 voor de toepassing van artikel 5:46 Awb bij vaststelling van de hoogte van de boete.