

## 12. Zoeken naar evenredigheid in de Wet arbeid vreemdelingen

*Nikki Vreede en Eline van Deijck*

*In dit artikel gaan wij, aan de hand van jurisprudentie van de Afdeling, op zoek naar de evenredigheid van Wav-boetes gerelateerd aan de verwijtbaarheid en de ernst van de overtreding. We bespreken daartoe een aantal matigingsgronden die ook in de Toelichting voorkomen; om te beginnen die te maken hebben met verwijtbaarheid en voorts met de ernst van de overtreding.*

### **Inleiding**

Uitgangspunt van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) is dat illegale tewerkstelling moet worden voorkomen. Daarvoor bestaat een aantal goede en minder goede redenen, maar zo is het. Om vreemdelingen in Nederland te werk te stellen, is daarom in beginsel altijd een tewerkstellingsvergunning (twv) vereist, tenzij een vreemdeling van dit vereiste is vrijgesteld. De Inspectie van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Inspectie SZW) kan een boete opleggen op grond van de Wav op het moment dat een vreemdeling zonder twv en zonder vrijstelling aan het werk is. Constateert de inspectie een overtreding van de Wav en wordt een boete opgelegd, dan is het lastig om die boete van tafel te krijgen door het werkgeverschap te betwisten. Het werkgeversbegrip is inmiddels zo ver opgerekt dat vrijwel iedere (rechts)persoon die een bedrijfsmatige connectie heeft met de overtreding, als werkgever wordt aangemerkt. Een verzoek tot matiging van de boete ligt vaak meer voor de hand, waarbij het aan de werkgever in de zin van de Wav is om – onder andere – de evenredigheid van de opgelegde boete te betwisten. De evenredigheid van een boete wordt door rechtbanken en de Afdeling bestuursrecht-

spraak van de Raad van State (Afdeling) volgetoetst en het is ook de rechtspraak die, indien de hoogte van de boete onevenredig geacht wordt, de juiste hoogte van de boete vaststelt.

Om te bepalen of een boete evenredig is, wordt gekeken naar de mate van verwijtbaarheid van de overtreding aan de werkgever en naar de ernst van de overtreding als zodanig. In situaties waarin sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid, wordt de boete op nihil gesteld. Hiertoe dient de werkgever aannemelijk te maken dat hij al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtreding te voorkomen. Een verminderde mate van verwijtbaarheid kan aanleiding zijn de opgelegde boete te matigen.<sup>1</sup> De ernst van de overtreding wordt met name bepaald door het karakter en de omvang ervan, alsmede de duur en aard van de verrichte werkzaamheden.

In de Toelichting op de Beleidsregel boeteoplegging wet arbeid vreemdelingen 2017 is een overzicht opgenomen van inmiddels geïnstitutionaliseerde matigingsgronden en matigingspercentages.<sup>2</sup> Het merendeel van de gronden is cumulatief en kan bij elkaar opgeteld tot een maximum van 75% matiging leiden. Door de jaren heen zijn verschillende matigingscategorieën ontstaan en zijn de matigingspercentages hier en daar gewijzigd. In feite is de toelichting dan ook meer een overzicht van wat uit jurisprudentie is gebleken, dan een vooraf opgestelde en uitgedachte toelichting op de beleidsregel vanuit het ministerie van SZW.

In dit artikel gaan wij, aan de hand van jurisprudentie van de Afdeling, op zoek naar de evenredigheid van Wav-boetes gerelateerd aan de verwijtbaarheid en de ernst van de overtreding. We bespreken daartoe een aantal matigingsgronden die ook in de Toelichting voorkomen; om te beginnen die te maken hebben met verwijt-

baarheid en voorts met de ernst van de overtreding.

## Verwijtbaarheid

### *Vooraf ingewonnen advies*

Van verminderde verwijtbaarheid kan sprake zijn indien de werkgever heeft gehandeld overeenkomstig vooraf ingewonnen advies. Uit jurisprudentie blijkt dat in dat verband relevant is door wie en bij wie advies is ingewonnen, de aard en inhoud van dat advies en het gedrag van de werkgever voorafgaand aan de geconstateerde overtreding. Zo heeft in 2012 een onderneming meerdere malen contact met de IND voordat een aantal buitenlandse studenten in dienst wordt genomen. De IND bevestigt het bedrijf al die keren dat voor de tewerkstelling van buitenlandse studenten niet langer een twv vereist is. Vervolgens wordt naar aanleiding van een controle van de Inspectie van SZW toch een boete opgelegd wegens het ontbreken van een twv voor een aantal studenten; de informatie van de IND bleek onjuist. De Afdeling gaat over tot matiging van de boete met 50%, omdat de onderneming in het verleden wel altijd twv's voor buitenlandse studenten had aangevraagd, maar daarmee was gestopt naar aanleiding van de voorlichting door de IND. Verder achtte de Afdeling van belang dat een groot aantal van de aanwezige vreemdelingen wel voldeed aan de voorwaarden van de Wav.<sup>3</sup>

Onjuist advies van een advocaat kan eveneens leiden tot matiging van de boete. De Afdeling achtte in 2016<sup>4</sup> een matiging van 25% passend en geboden in die omstandigheden waarin een gespecialiseerde advocaat de onderneming onjuist had voorgelicht, de onderneming niet eerder de Wav had overtreden en de onderneming, nadat de overtreding was geconstateerd, alsnog belastingen en premies had afgedragen over de periode waarin de overtreding was

1 ABRvS 12 maart 2008, nr. 200704906/1.

2 Stcrt. 2017, 37085.

3 ABRvS 4 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW0763.

4 ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:647.

begaan, zodat van de overtreding geen financieel voordeel was genoten. Dat ingewonnen advies bij een gespecialiseerd advocatenkantoor niet altijd tot matiging van een boete hoeft te leiden, blijkt echter uit een zeer recente uitspraak van de Afdeling.<sup>5</sup> Daarbij achtte de Afdeling met name van belang dat het ingewonnen advies algemeen van aard was en niet gericht op de specifieke werkzaamheden van de aangetroffen vreemdelingen. Het advies was dus onvoldoende voor de werkgever om zich ervan te vergewissen dat de specifieke werkzaamheden van de vreemdelingen daadwerkelijk vrijgesteld waren van de twv-plicht. Voor matiging is dus van belang dat een advies ziet op een specifieke vreemdeling en de werkzaamheden die die vreemdeling gaat verrichten.

Een andere opvallende uitspraak van de Afdeling dateert van 22 mei 2013.<sup>6</sup>

Hierin wordt voor de matiging niet alleen gekeken naar door de werkgever vooraf ingewonnen advies bij de Belastingdienst, maar ook naar een bij het UWV ingewonnen advies door een door de werkgever ingeschakelde onderneming. Opvallend, omdat het door de werkgever ingeschakelde bedrijf eveneens als werkgever in de zin van de Wav zou kunnen worden aangemerkt. De Afdeling laat hier dus ruimte om eigen verwijtbaarheid in te perken op basis van door een andere onderneming ingewonnen advies, zonder dat de werkgever dit advies hoeft te verifiëren bij de adviesgever. Kleine noot hierbij is wel dat in deze zaak meespeelde dat toentertijd onduidelijkheid bestond over het twv-vereiste voor Roemenen. De vraag is hoe de Afdeling had geoordeeld als die onduidelijkheid er niet was geweest.

### *Getroffen maatregelen*

Naast ingewonnen advies kunnen ook andere maatregelen, getroffen ter voorkoming van het overtreden van de Wav, een grondslag voor mati-

ging opleveren. Uit de Toelichting blijkt al dat het aantoonbaar hebben gevolgd van het Stappenplan verificatie Wav<sup>7</sup> kan leiden tot 50% matiging. Dit geldt ook als aantoonbaar sprake is van een in het werkproces geïntegreerd systeem ter controle van de identiteitsdocumenten van nieuwe medewerkers. Dat je systeem werkt, toon je als onderneming kort gezegd aan door weinig fouten te maken bij veel controles.<sup>8</sup> Van belang is uiteindelijk of het controlesysteem dezelfde waarborgen oplevert als het volgen van het Stappenplan verificatie Wav. Dit stappenplan is altijd het uitgangspunt. Biedt een controlesysteem niet dezelfde waarborgen, dan zal het controlesysteem in beginsel niet tot matiging leiden, of in ieder geval tot minder dan 50% matiging.<sup>9</sup> Als echter ook andere matigende omstandigheden aanwezig zijn, kan het controlesysteem wellicht verdergaande matiging opleveren.

Ook na controle van de identiteit van werknemers blijven inspanningen (maatregelen) aan de kant van de werkgever geboden om tot verminderde verwijtbaarheid van een eventuele overtreding te leiden. Zo komt het vaak voor dat de werknemer van wie de identiteit is gecontroleerd weliswaar mag werken voor de werkgever, maar dat die werknemer zich op eigen houtje laat vervangen door een ander die dat niet mag. In zo'n geval is het aan de werkgever om aantoonbaar steekproefsgewijs controles uit te voeren. Ook als de werkgever dit uitbesteedt aan een ander bedrijf, moet de werkgever zich ervan verzekeren dat dit bedrijf ook daadwerkelijk voldoende controles uitvoert. Pas wanneer dit aantoonbaar het geval is voorafgaand aan de controle door de Inspectie SZW, bestaot volgens de Afdeling grond voor matiging.<sup>10</sup>

7 Te vinden via: [file:///file01/homedir/nikki/Downloads/Stappenplan-verificatieplicht-juli-2018%20\(3\).pdf](file:///file01/homedir/nikki/Downloads/Stappenplan-verificatieplicht-juli-2018%20(3).pdf).

8 ABRvS 24 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2616.

9 ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138.

10 ABRvS 4 april 2012, nr. 201012725/1/V6, «JV» 2012/276.

5 ABRvS 30 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:271.

6 ABRvS 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0649.

Maatregelen ter voorkoming van overtredingen van de Wav zijn volgens de Afdeling in het kader van verwijtbaarheid uitsluitend relevant voor zover ze voorafgaand aan de controle door de Inspectie SZW (zie hierboven) of in ieder geval voorafgaand aan de besluitvorming op bezwaar zijn uitgevoerd. Maatregelen van latere datum kunnen echter nog wel van directe betekenis zijn voor de vraag of de (hoogte van de) boete passend en geboden is, als overige feiten en omstandigheden daartoe aanleiding geven. De Afdeling stelde dit in 2014 in een uitspraak over dagbladbezorgers, waarbij de bezorging middels een distributieovereenkomst was uitbesteed aan Persgroep.<sup>11</sup> De rechtbank had op grond van inspanningen door de beboete werkgever met 75% gematigd voor verminderde verwijtbaarheid. Volgens de Afdeling kon dat niet meer dan 50% zijn. Omdat na de besluitvorming op bezwaar de distributieovereenkomst was aangepast en de beboete werkgever inmiddels controles door Persgroep bijwoonde, achtte de Afdeling een matiging van 75% echter alsnog passend en geboden. De Afdeling lijkt deze redenering enkel en alleen toe te passen om op het gewenste matigingspercentage uit te komen, zonder toe te hoeven staan dat werkgevers ná controles door de Inspectie SZW maatregelen nemen die een succesvol beroep op verminderde verwijtbaarheid mogelijk maken. Dit terwijl de Afdeling in deze zaak ook nog expliciet oordeelt dat de beboete werkgever in strijd met de doelstellingen van de Wav heeft gehandeld en dat het argument dat geen financieel voordeel is genoten dan ook niet afdoet aan de ernst van de overtredingen. Dit brengt ons bij het volgende onderwerp: matiging op basis van (verminderde) ernst van een overtreding.

## Ernst van de overtreding

### *Marginale arbeid*

Matiging op grond van de (verminderde) ernst van de overtreding is mogelijk als sprake is van marginale arbeid. Dit valt uiteen in een aantal situaties: algemene marginale arbeid, marginale overschrijding van de urennorm voor studenten, en marginale arbeid in de privésfeer.

Voor algemene marginale arbeid geldt dat deze van geringe omvang en duur moet zijn, onbetaald en eenmalig, zonder dat aanknopingspunten bestaan om meer achter de situatie te zoeken. Boetes kunnen in dit soort gevallen volgens de Toelichting met 50% worden gematigd, zoals toen een Senegalese vreemdeling die (procedureel) rechtmatig verblijf had eenmalig als vriendendienst koopwaar uitlaadde, klanten hielp en sieraden ordende. De rechtbank achtte het rechtmatig verblijf van de vreemdeling specifiek van belang voor de matiging met 50%. De Afdeling liep echter op de zaak vooruit door te stellen dat de werkgever in strijd met de doelstellingen van de Wav had gehandeld door de voortzetting van illegaal verblijf te faciliteren.<sup>12</sup> De matiging door de rechtbank bleef wel in stand.

Het faciliteren van de voortzetting van illegaal verblijf kan ook een totaal andere uitwerking hebben, zoals bleek toen de Afdeling tot het oordeel kwam dat een boete van welke hoogte dan ook onevenredig zou zijn.<sup>13</sup> De werkgever in deze zaak was eigenaar van een bedrijfspand dat hij al jaren gratis ter beschikking stelde voor huisvesting van uitgeprocedeerde asielzoekers. Hij liet een van die asielzoekers – bekend met psychische klachten – ter afleiding helpen bij het vegen en opruimen van het terrein, dat bezocht zou worden door een makelaar om foto's te maken. Het hulpverlenende karakter van de werkzaamheden en de ideële doelstellingen van

11 ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2511. Vgl. ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2508.

12 ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4427.

13 ABRvS 15 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:430

de eigenaar worden door de Afdeling genoemd als gronden voor de volledige matiging. Hoewel de omstandigheden in deze zaak uitzonderlijk waren, is het oordeel van de Afdeling dat ook. Beide elementen – de bedoeling van de werkgever en het feit dat het om een dienst ging – leveren immers op zichzelf geen of een veel beperktere matiging op, zo volgt uit andere jurisprudentie van de Afdeling.<sup>14</sup>

Boetes kunnen voorts met 75% worden gematigd als studenten die over een geldige twv beschikken incidenteel meer werken dan het maximaal toegestane aantal uren per week. Incidenteel houdt in eenmalig, of binnen een periode van maximaal vier weken tot een totaal van vijftien uur te veel arbeid.<sup>15</sup> Als de urennorm verdergaand of over een langere periode wordt overschreden kan nog altijd grond voor matiging bestaan, die dan op een lager percentage wordt vastgesteld.<sup>16</sup>

Voor marginale arbeid in de privésfeer bestaat ook een matigingsgrond tot 75% volgens de Toelichting. Ook hier geldt dat de arbeid onbetaald moet zijn gebleven en slechts eenmalig of incidenteel mag zijn verricht.<sup>17</sup> Een apart voorbeeld

hiervan is de uitspraak van 12 juli 2013,<sup>18</sup> waarin een vreemdeling van Turkse nationaliteit in de kapperszaak van zijn neef drie klanten had geknipt, zonder vergoeding en meer uit verveling dan wat anders. Niet gevreesd, de vreemdeling in kwestie had zelf in Turkije ook een kapperszaak. Namens de vreemdeling werd aangevoerd dat hij rechten kon ontleen aan het Aanvullend Protocol bij het Associatieverdrag. De Afdeling oordeelde van niet, omdat geen sprake was van de daarvoor benodigde dienstverlening: de marginale activiteiten van de vreemdeling leverden geen economische activiteit op, omdat geen sprake was van reële en daadwerkelijke arbeid.<sup>19</sup> Moeiteloos neemt de Afdeling vervolgens wel aan dat sprake was van arbeid in strijd met de Wav en acht een matiging van 50% voldoende. In feite stelt de Afdeling hiermee dat arbeid geen enkele economische waarde hoeft te vertegenwoordigen om toch als zodanig aangemerkt te kunnen worden onder de Wav.

#### *Tewerkstellingsvergunning / GVVA*

De ernst van de overtreding wordt ook beïnvloed door de vraag of een twv (of een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid: GVVA) in de gegeven omstandigheden zou zijn verleend. In die gevallen is immers de kern van de overtreding niet dat sprake is van arbeid die zonder meer illegaal is, maar dat niet de juiste procedure is gevolgd om die arbeid legaal te laten plaatsvinden.

De werkgever van de student, die wel vaker voor matiging in aanmerking komt, kan een matiging van 50% tegemoet zien als in beginsel werd voldaan aan alle regels rondom het tewerkstellen van die student, behalve dan het aanvragen en verkrijgen van een twv. Hier speelt een grote rol dat in zulke gevallen geen toets plaatsvindt aan

14 Vgl. ABRvS 28 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8946, ABRvS 24 juni 2009, ECLI:NL:RVS:BI9707 en ABRvS 23 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6380.

15 Zie de uitspraak van de Afdeling van 23 januari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BY9242, m.nt. T. de Lange, «JV» 2013/118.

16 Zie de uitspraak van 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2567, waarin de urennorm met 26 uur werd overschreden gedurende vier weken, die over een totaal van 46 weken gecompenseerd werden. Matiging boete met 25%.

17 Zie de uitspraak van 9 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1575, waarin de zoons van de vennoot van een Chinees restaurant bijsprongen. De oudste zoon hielp 24 uur per week en kreeg daarvoor betaald; dit leverde geen matiging op. Voor de jongste zoon (12 jaar), die

hem af en toe verving en uitsluitend bestellingen opnam, werd de boete met 50% gematigd.

18 ECLI:NL:RVS:2013:311.

19 Zie het arrest van het HvJ EU van 11 april 2000, zaken C-51/96 en C-191/97 (*Deliège*), punt 54.

het prioriteitgenietend aanbod (pga). De Afdeling zag voor de werkgever van twee studenten in de horecasector grond voor matiging van de boete met 50%, waar de rechtbank die niet zag.<sup>20</sup> De relatief lange periode gedurende welke de overtreding werd begaan, voor twee vreemdelingen één respectievelijk drie jaar, droeg wat de Afdeling betreft dus niet wezenlijk bij aan de ernst van de overtreding. Wat volgens de Afdeling wel bijdraagt aan de ernst van dit soort overtreding, is het meer dan marginaal overschrijden van de urennorm – zelfs in gevallen waarin de twv wel (maar te laat) was aangevraagd.<sup>21</sup>

Het ontbreken van een toets aan het prioriteitgenietend aanbod is ook op zichzelf een mogelijke matigingsgrond van 50%. In die algemene gevallen moet volgens de Toelichting wel een twv zijn aangevraagd, die een week na aanvang van de arbeid alsnog wordt ontvangen. Ook zonder te voldoen aan die voorwaarden worden boetes echter gematigd. In een zaak waarin drie Iraakse vreemdelingen gedurende anderhalf jaar afwasen opruimwerkzaamheden hadden verricht, had de rechtbank geen aanleiding gezien voor matiging van de boete. De Afdeling kwam echter tot een matiging van 50%, nu de betrokken vreemdelingen in het bezit waren van W-documenten en daarom geen pga-toets zou plaatsvinden bij verlening van twv's.<sup>22</sup>

## Conclusie

Wat de hiervoor besproken jurisprudentie van de Afdeling ons vooral leert, is dat matiging van een boete nooit gebaseerd is op één matigende omstandigheid. Het gaat in feite altijd om een samenspel van omstandigheden dat meer of minder matiging oplevert. De slagingskans van een verzoek tot matiging, en het matigingspercentage, zijn dan ook afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Uit jurisprudentie, waaronder die in dit artikel besproken, blijkt dat bepaalde omstandigheden ogenschijnlijk willekeurig wel of geen grond voor matiging vormen. Veel omstandigheden die op zichzelf geen grond voor matiging zijn, worden wel van belang geacht op het moment dat andere feiten en omstandigheden aanleiding geven tot matiging. Zo acht de Afdeling de omstandigheid dat een werkgever de doelstellingen van de Wav (verdringing van het legaal aanbod van arbeidskrachten, de uitbuiting van illegaal tewerkgestelde arbeidskrachten en concurrentievervalsing) niet heeft geschonden niet als zodanig relevant voor matiging van de boete. In het geval een andere matigende omstandigheid een rol speelt, wordt dit element echter wel meegenomen in de beoordeling. Voordat de Afdeling tot matiging overgaat, wordt dan gekeken of een vreemdeling is uitgebuit of een werkgever financieel voordeel heeft gehad door de illegale tewerkstelling. Handelen in strijd met de doelstellingen van de Wav is in die gevallen een omstandigheid die matiging op basis van de overige feiten en omstandigheden teniet kan doen, terwijl het ontbreken ervan op zichzelf geen argument voor matiging oplevert.<sup>23</sup>

Van een consistente lijn bij het matigen van boetes is aldus niet echt sprake, in ieder geval niet als de matiging mogelijk gelegen is in de verwijtbaarheid of de ernst van de overtreding. De vraag of een verzoek tot matiging van een

20 Zie de uitspraak van de Afdeling van 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7772.

21 Vg. de uitspraak van de Afdeling van 24 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:230, waarin het drie keer te laat aanvragen van twv's voor een student over een totale periode van vier jaar een matiging van 25% opleverde, vanwege de bijkomende omstandigheid dat de 10-urennorm regelmatig werd overschreden. Dit terwijl de rechtbank nog met 75% had gematigd.

22 Zie de uitspraak van de Afdeling van 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0712.

23 Vgl. de onder voetnoot 11 genoemde uitspraken waarin het schenden van de doelstellingen van de Wav niet afdeed aan de matiging met 75%.

Wav-boete slaagt is afhankelijk van het aantal matigende omstandigheden dat een werkgever kan verzamelen, zodat de Afdeling de weegschaal in zijn of haar voordeel kan laten uitslaan. Spaar ze allemaal.

**Over de auteurs**

*Mr. N. Vreede*

Advocaat bij Everaert Advocaten.

*Mr. E. van Deijck*

Advocaat bij Everaert Advocaten.