

# Onevenredig boetebeleid bij Wet arbeid vreemdelingenzaken

‘You must not use a steam hammer to crack a nut, if a nutcracker would do.’

Hoe zijn de aanvankelijke boetenormbedragen tot stand gekomen voor zaken op grond van de Wet arbeid vreemdelingenzaken? En hoe werd de verhoging ervan in 2013 onderbouwd? Bram van Melle onderzoekt de evenredigheid van het gefixeerde boetebeleid en de rigide toepassing ervan. Is het nodig ter afschrikking?

Over de evenredigheidstoets bij het opleggen van punitieve sancties is al het nodige geschreven.<sup>2</sup> Boetebesluiten dienen vol, intensief, dan wel indringend – naar gelang de woorden die men kiest – te worden getoetst. Opvallend daarbij is dat in de rechtsliteratuur vaak enige verbazing wordt geuit over de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in boetezaken op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Weliswaar stelt de Afdeling ‘Wav-boetes’ vol te toetsen, maar in de praktijk – zo luidt de kritiek – is die toetsing zo vol nog niet en uit deze jurisprudentie blijkt ook dat het weinig voorkomt dat boetes worden gematigd op grond van de omstandigheden van het geval.

Een vreemdeling in strijd met artikel 2 Wav zonder tewerkstellingsvergunning arbeid laten verrichten, wordt in artikel 18 lid 1 Wav aangemerkt als beboetbaar feit. Voor een overtreding kan een boete worden opgelegd van ten hoogste de vijfde categorie, bedoeld in artikel 23 lid 4 Wetboek van Strafrecht (thans: € 81.000). De hoogte van de daadwerkelijk op te leggen boetes en het matigingsbeleid zijn ingevolge artikel 19d lid 6 Wav neergelegd in beleidsregels, thans de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2014. De boetes voor het overtreden van het verbod vreemdelingen illegaal tewerk te stellen, zijn gefixeerd in het beleid en bedragen sinds 2013 € 12.000 voor bedrijven en € 6.000 voor natuurlijke personen.

In de praktijk wordt door de Inspectie SZW stevig de hand gehouden aan de gefixeerde boetenormen die in het beleid zijn vastgelegd. De aanneming daarbij is dat weliswaar in het concrete geval moet worden getoetst of een opgelegde boete evenredig is, maar dat die toets *in abstracto* al heeft plaatsgevonden bij het opstellen van het beleid. Anders gezegd: de relevante factoren die tot matiging kunnen leiden zijn reeds verdisconteerd in het beleid. Zo worden in de praktijk over het algemeen de maximale boetes opgelegd en

vindt matiging niet, dan wel pas in bezwaar of in (hoger) beroep plaats.

Ik vind het op zichzelf geen probleem dat elementen die relevant zijn voor de vraag of de boete moet worden gematigd, in beleidsregels worden neergelegd. Zo wordt het bestuursorgaan handvatten geboden bij het bepalen van de hoogte van een boete. Het wordt pas problematisch als een bestuursorgaan teveel gaat leunen op het beleidskader – dat al weinig differentiatie biedt naar de omstandigheden van het geval – en erop vertrouwt dat dit kader een nadere evenredigheidstoets in het specifieke geval overbodig maakt.

## 1. Evenredigheidstoets

### 1.1 Punitieve sancties

Een bestuurlijke boete wordt aangemerkt als punitieve sanctie. Bij punitieve sancties vindt een volle toets plaats. Dat komt doordat dat een bestuurlijke boete wordt gekwalificeerd als *criminal charge*,<sup>3</sup> bedoeld in artikel 6 EVRM. Niet iedere afzonderlijke fase in de procedure behoeft aan alle eisen van deze bepaling te voldoen; voldoende is dat de procedure als geheel daaraan voldoet.<sup>4</sup> Bij een opgelegde boete dient de rechter op grond van artikel 6 EVRM zonder terughoudendheid te toetsen of de door de minister in het concrete geval opgelegde boete in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Het bestuursorgaan moet ingevolge artikel 5:46 lid 2 Awb bij de aanwending van zijn bevoegdheid boetes op te leggen de hoogte van de boete afstemmen op de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en op de ernst van de overtreding. De elementen die in deze toets in elk geval dienen te worden betrokken zijn de hoogte van de boete, de mate van verwijtbaarheid, en de ernst van de overtreding. Ook moet hij rekening houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.<sup>5</sup>

1 House of Lords, *Regina v. Goldstein* [1983] 1 All England Reports 434, p.436.

2 Zeer aan te bevelen zijn ‘Evenredige bestuurlijke boetes’, M.L. Van Emmerik en C.M. Saris, in C.L.G.F.H. Albers, M.L. van Emmerik, C.M. Saris, F.J.P.M. Haas, *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief* (2014), B.W.N. de Waard, ‘De matigende rechter. Evenredigheid en bestuurlijke boetes’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Bju 2010, p. 469-486, en A.P. Klap, ‘Boeteoplegging in het economische bestuursrecht: afschrikking versus evenredigheid?’, *SEW* 2012/132, p. 322-335 (9).

3 Dit is ook het uitgangspunt geweest van de wetgever, bij de invoering van de bestuurlijke boete in de Awb; TK 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 117-133.

4 EHRM 23 juni 1981, NJ 1982, 602 (*LeCompte, Van Leuven en De Meijere*); EHRM 10 februari 1983, NJ 1987, 315 (*Albert en LeCompte*).

5 AbRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3699, r.o. 3.1.

## 1.2 Wav-boetezaken

In de jurisprudentie van de Afdeling heeft de evenredigheidstoets een ontwikkeling doorgemaakt: tot 2010 hing de Afdeling deze nog volledig op aan het algemene evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4 lid 2 Awb, waarbij slechts van – redelijk geachte – beleidsregels hoefde te worden afgeweken indien de uitzondering van artikel 4:84 Awb van toepassing was c.q., bij individuele omstandigheden met een uitzonderlijk karakter waarbij het aan de belanghebbende is om deze omstandigheden en hun uitzonderlijkheid aannemelijk te maken.<sup>6</sup>

Zoals Michiel Tjebbes schrijft in zijn noot bij de uitspraak van 27 januari 2010, waarin de Afdeling de eerder gebruikte formulering aanpaste, was het duidelijk dat de daarvoor gehanteerde verwijzing naar de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Algemene wet bestuursrecht geen hout snijdt.<sup>7</sup> De ‘individuele omstandigheden met een uitzonderlijk karakter’ – waarvan in dat licht bezien sprake moet zijn voordat van de vaste boete-normbedragen kan worden afgeweken – zijn immers niet verenigbaar met de volle toets aan het evenredigheidsbeginsel, waartoe artikel 6 EVRM dwingt, maar die los daarvan ook geboden is op grond van het bepaalde in artikel 3:4 Awb. Inmiddels geeft de Afdeling aan dat zonder terughoudendheid moet worden getoetst of het besluit met betrekking tot de boete in het concrete geval evenredig is. De verwijzing naar de inherente afwijkingsbevoegdheid op grond van artikel 4:84 is losgelaten.

## *Inmiddels maakt de Afdeling duidelijk dat zonder terughoudendheid moet worden getoetst of het boetebesluit in het concrete geval evenredig is.*

Ook het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel heeft zijn intrede gedaan in het Wav boeterrecht, met de implementatie van Richtlijn 2009/52/EG tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen. Dat de sancties evenredig moeten zijn volgt ook expliciet uit onder andere de artikelen 5 en 12 van de richtlijn.

En ook het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is op deze sancties van toepassing. Bij de implementatie van de richtlijn heeft de wetgever echter weinig woorden vuilgemaakt aan de in de richtlijn neergelegde eis dat de straffen evenredig dienen te zijn.<sup>8</sup> Dat de Unierechtelijke evenredigheidstoets niet hetzelfde is als de nationale volgt onder andere uit het Rottman arrest.<sup>9</sup>

In het geval van de Wav is de evenredigheidstoets in zeker mate geobjectiveerd in het matigingsbeleid. De factoren die in voorkomende gevallen tot een matiging van de standaardboetes kunnen leiden zijn verdisconteerd in het beleid. De Afdeling heeft de beleidsregels (tot en met 2012) gesanctioneerd in die zin dat ze een niet als zodanig onredelijk uitgangspunt vormen voor de oplegging van boetes.<sup>10</sup>

Factoren die (nog) niet tot matiging kunnen leiden zijn het ontbreken van opzet, afwezigheid van financieel gewin of het zijn van *first offender*. Ook zaken als (geringe) duur en omvang van de arbeid, persoonlijke omstandigheden van de overtreder en de

grootte van de onderneming leiden over het algemeen niet tot matiging.<sup>11</sup>

Bij het bepalen van de hoogte van de boetes wordt door het bestuur getracht een evenwicht te bereiken. Enerzijds moeten de vast te stellen boetebedragen niet onredelijk hoog worden, gelet op de aard en ernst van de overtreding, en anderzijds moeten de bedragen wel hoog genoeg zijn voor de preventie en afschrikwekkende werking. Of het resultaat van die weging de evenredigheidstoets doorstaat, in abstracto en vervolgens in het concrete geval, wordt vol getoetst door de rechter.

In een recente uitspraak van de Rechtbank Alkmaar kwam de evenredigheid van de Beleidsregels 2013 ter sprake.<sup>12</sup> Door de jaren heen had de Afdeling de opeenvolgende beleidsregels in algemene zin gekwalificeerd als ‘als zodanig niet onredelijk’.<sup>13</sup> Zodoende leidde een algemener argument over de onevenredigheid van de in het beleid opgenomen boetenormbedragen, in eerdere zaken niet tot succes. Echter, in de zaak bij de rechtbank Alkmaar werd getoetst aan de nieuwe beleidsregels, en over de redelijkheid van deze nieuwe(re) beleidsregels heeft de Afdeling zich nog niet eerder uitgelaten.

Met de Beleidsregels 2013 is zowel het maximale boetebedrag voor overtredingen alsook het boetenormbedrag per boete significant verhoogd. De rechtbank beoordeelt vervolgens de afweging –

gegeven in de toelichting in de *Staatscourant* – die aan deze stijging ten grondslag heeft gelegen:

‘De in de Wet arbeid vreemdelingen zelf neergelegde maximale boete voor overtredingen was altijd al afgestemd op het maximum van de vijfde boetecategorie, bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht, maar sinds 2005 niet meer geïndexeerd. Met de inwerkingtreding van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving is dit maximumbedrag gelijkgesteld aan het maximum van de vijfde boetecategorie en daardoor verhoogd van € 49.000 naar € 78.000. Dit is een verhoging van 55 procent. Het in de praktijk te hanteren boetenormbedrag voor de Wet arbeid vreemdelingen wordt nu bijna evenredig verhoogd (...).’<sup>14</sup>

De gebezigde evenredigheidstoets is als volgt: gelet op het feit dat een verhoging van een andere norm (het maximale bedrag van de boete bij overtredingen van de Wav) niet onevenredig is te achten, omdat het normbedrag al jaren niet was geïndexeerd, is de wijziging van het standaardboetebedrag niet onevenredig te achten, omdat de stijging van deze norm *evenredig* wordt verhoogd wordt met het verhoogde maximum boetebedrag. De verhoging van het boetenormbedrag wordt dus evenredig geacht omdat deze evenredig stijgt met een andere norm.

De rechtbank neemt geen genoegen met deze toelichting, omdat daarin in het geheel niet lijkt te zijn beoordeeld of de verhoging van het boetenormbedrag met 50% evenredig moet worden geacht, gelet op zowel de zwaarte van de overtreding als

6 AbRvS 11 juli 2007, JV 2007/385, ve07001322.

7 ABRvS 27 januari 2010, JV 2010/108, ve10000158, m.nt. M. Tjebbes.

8 Dat volgde volgens de wetgever blijkbaar al uit de beleidsregels, zie TK 2010–2011, 32 843, nr. 3, p. 4.

9 HvJ-EU 2 maart 2010, *Rottmann v Freistaat of Bayern* C-135/08 r.o. 55. In dit artikel zal ik verder overigens niet dieper ingaan op het verschil tussen de Unierechtelijke evenredigheidstoets en de nationale evenredigheidstoets. Zie voor een uitgebreide bespreking van de richtlijn, P.J. Krop, *De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling: De verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving in de Werkgeverssanctierichtlijn*, Nederland en Duitsland, Den Haag: BJu 2014.

10 AbRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3699.

11 Zie voor een uitgebreide bespreking van de rechtspraak Van Emmerik en Saris 2014, p. 171-177.

12 Rb. Noord Holland, z.p. Alkmaar 4 december 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11002, ve15000089.

13 Vgl. AbRvS 15 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3699.

14 Rb. Noord Holland, z.p. Alkmaar 4 december 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11002, ve15000089, r.o. 4.6.

de beoogde afschrikwekkende werking. Volstaan wordt met de overweging dat het maximale boetebedrag door de wetgever is verhoogd en een vergelijkbare verhoging wordt toegepast op de boetenormbedragen.<sup>15</sup>

Overigens heeft de Rechtbank Overijssel in een latere uitspraak, waarin een beroep op deze uitspraak werd gedaan, deze lijn niet gevolgd, met een verwijzing naar de koppeling met de strafrechtelijke norm en het feit dat verweerder had aangegeven er vanuit te gaan dat van de nieuwe normen een sterk preventieve werking zou uitgaan.<sup>16</sup>

## *Een beroep op voorheen te kleine afschrikwekkende werking zou een sterker argument voor verhoging van de boetes zijn dan indexering van het maximale boetebedrag – als het goed onderbouwd werd.*

### 2. Evenredigheid boetebedragen in boetebeleid

#### 2.1 Uitgangspunt wetgever

De overwegingen ter onderbouwing van de verhoging van het toch al zeer stevige boetenormbedrag met maar liefst 50 procent, komen me voor als magere onderbouwing. Het roept in elk geval de vraag op of de destijds ingevoerde boetenormbedragen (waarbij de gemiddelde boete acht keer over de kop ging in vergelijking met de voordien opgelegde boetes in het strafrecht) dan niet de afschrikwekkende werking hadden die ze beoogden. Immers, een goede onderbouwing daarvan zou een sterker argument voor verhoging opleveren dan het argument dat een indexering van het maximale boetebedrag een nagenoeg naventende verhoging van de boete met maar liefst 50% rechtvaardigt.

De wetgever heeft zich meermaals uitgelaten over de beoogde afschrikwekkende werking: zowel bij de aanvankelijke invoering van de bestuurlijke boetes in de Wav, alsook bij de (redelijk) recente aanscherping in 2013, in verband met de invoering van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (hierna: Fraudewet).<sup>17</sup> Zo beschreef het kabinet in 2003 de beoogde afschrikwekkende werking van de invoering van bestuurlijke boetes in de Wav:

‘De relatie tussen de hoogte van de boete en de kans op wetsovertreding (...) is moeilijk exact weer te geven. Een werkgever die besluit tot illegale tewerkstelling maakt veelal voor zichzelf de afweging tussen enerzijds het financiële voordeel dat hij kan behalen met illegale tewerkstelling tegenover anderzijds de pakkans en de hoogte van de boete. (...) Met deze maatregelen zal zowel de pakkans als het financiële risico voor de werkgever toenemen en daarmee de kans op wetsovertreding afnemen.’<sup>18</sup>

Vanuit wetgevingsperspectief is dit wat mij betreft een zowel genuanceerd als overtuigend uitgangspunt: verhoog de pakkans en de hoogte van de straf, dan is een daling van het aantal overtredingen te verwachten. Wel valt op dat in de redenering ervan wordt uitgegaan dat overtredingen altijd voortkomen uit rationele overwegingen – en dus bewuste (opzettelijke) overtredingen opleveren. Wat betreft de hoogte van de boete had het kabinet echter een heel ander bedrag in gedachte dan uiteindelijk het beleid heeft gehaald, te weten € 3500 per overtreding.

Interessant aan de toelichting op het beoogde boetenormbedrag en het maximale boetebedrag zijn zowel de reden waarom bij de vierde en vijfde boetecategorie uit het strafrecht wordt aangesloten, alsook wat het kabinet stelt over de (evenredigheid van de) beoogde boetehoogte:

‘In het wetsvoorstel is met betrekking tot de maximale boetes aangesloten bij de boetecategorieën die de Wet op de economische delicten en het Wetboek van Strafrecht kent (...) Deze categorieën sluiten aan bij hetgeen bij herhaalde recidive kan worden geëist in het kader van het strafrecht. (...) In de memorie van toelichting

op het wetsvoorstel wijziging Wav is aangegeven dat de feitelijk op te leggen boete, die thans gemiddeld 980 euro bedraagt, met een factor vier zal worden verhoogd tot 3500 euro per overtreding en per illegaal tewerkgestelde werknemer. (...) Een nog hogere feitelijk op te leggen boete vind ik op dit moment niet opportuun. De voornaamste reden is dat een hogere boete het risico in zich draagt van een contraproductief resultaat. Bij een beroep tegen de opgelegde boete bestaat bij een hogere boete het risico dat de bestuursrechter de hoogte van de boete onevenredig hoog vindt, mede in vergelijking ten opzichte van boetes en transacties bij andere overtredingen. (...) Bij het voorgestelde boetebedrag van 3500 euro acht ik de kans van een aanpassing zeer klein, omdat deze naar mijn mening zich goed verhoudt tot boetebedragen bij andere overtredingen.’<sup>19</sup>

De Tweede Kamer neemt hier echter geen genoegen mee en eist hogere boetebedragen. Hier gaat het kabinet mee akkoord na nog één keer toegelicht te hebben waarom hogere boetebedragen – mede gelet op de cumulatie van boetes – mogelijk onevenredig zijn.

‘In de Tweede Kamer is inderdaad intensief gedebatteerd over de hoogte van de bestuurlijke boete die wordt opgelegd bij het niet naleven van de bepalingen uit de Wet arbeid vreemdelingen. In dit debat hebben zowel mijn voorganger als ik aangegeven dat de door het kabinet voorgestelde boetehoogte van € 3500 per illegale tewerkstelling, wat in de praktijk reeds een verviervoudiging is van de gemiddelde boete die nu wordt opgelegd, voldoende is. (...) Er kan dan ook niet gesproken worden van geringe bedragen. Mijn zorg, zoals uitgesproken in de Tweede Kamer (...) was dat een verdere verhoging van de boete door de bestuursrechter – en in geval van herhaalde recidive door de strafrechter – mogelijk niet evenredig gevonden zal worden in vergelijking met boetes die voor andere economische delicten worden opgelegd.

Nu echter de Tweede Kamer unaniem heeft aangegeven dat zij de boetehoogte wil vaststellen op € 4 000 en € 8 000 per illegaal te werk gestelde vreemdeling door een natuurlijke persoon, respectievelijk een rechtspersoon, zal ik deze wens respecteren en de boetehoogte als zodanig vaststellen.’<sup>20</sup>

Duidelijk is uit de wetsgeschiedenis dat het kabinet lagere boetenormbedragen voor ogen had, dan uiteindelijk in de beleidsregels terecht zijn gekomen. Interessant is dat het kabinet zelf zijn twijfels had over het opnemen van hogere boetebedragen, en aangeeft dat deze verhoging contraproductief zou kunnen uitpakken, omdat

15 Er is hoger beroep ingesteld door de minister; het valt nog te bezien of de Afdeling deze lijn zal volgen.

16 Rb Overijssel, z.p. Zwolle, 7 april 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1703, r.o. 4.13.

17 Stb. 2012, 462.

18 TK 2003–2004, 29 523, nr. 6, p. 7.

19 TK 2003–2004, 29 523, nr. 13, p. 1-2

20 EK 2004–2005, 29 523, C, p. 2.

de rechter deze – mede ook gelet op de cumulatie van boetes – mogelijk niet evenredig zou kunnen achten.

Een ander zeer interessant punt is de koppeling van het maximale boetebedrag met de strafrechtelijke boetenormen. Er wordt namelijk bewust aangesloten bij boetes van de vierde respectievelijk vijfde boetecategorie, omdat deze categorieën aansluiten bij *hetgeen bij herhaalde recidive* kan worden geëist in het kader van het strafrecht. De koppeling met de (te indexerende) strafrechtelijke normen is echter tevens gebruikt om in 2013 de verhoging van het boetenormbedrag te rechtvaardigen. Naar nu blijkt is bewust gekozen voor een koppeling met een norm die van toepassing is – althans zo lees ik de overweging van het kabinet – bij recidiverende overtreeders. Dat sluit ook goed aan bij het doel van de invoering van de bestuurlijke boetes: het onaantrekkelijk maken voor notoire overtreeders om op grond van een kosten-baten analyse de wet te blijven overtreden. Een verhoging van het boetebedrag voor recidivisten gelet op deze koppeling nog te billijken. Het verklaart echter niet waarom de indexerende van die norm als rechtvaardiging zou kunnen dienen voor een verhoging van het boetenormbedrag dat ook voor *first offenders* geldt.

## *Verhoging van de boetebedragen voor notoire overtreeders rechtvaardigt nog niet de indexerende van die norm ter verhoging van het boetenormbedrag voor first offenders.*

Het is overigens wat mij betreft ook nog steeds kwestieus of de eerste beleidsregels na invoering van de bestuurlijke boetes in de Wav een afdoende evenredigheidstoets bevatten.<sup>21</sup> De onderliggende evenredigheidstoets was immers weloverwogen gegeven door het kabinet voor een boetenormbedrag van € 3500, maar bij invoering – en op verzoek van de Tweede Kamer – is het bedrag verhoogd naar € 8000, zonder dat verder is toegelicht waarom ook dat bedrag nog steeds *in abstracto* evenredig zou zijn, gelet op de aard en ernst van de overtrekking. Niettemin zijn deze beleidsregels zoals gezegd wel steeds gesanctioneerd door de Afdeling. Dat wringt des te meer als vervolgens die boetenormbedragen met 50% worden verhoogd, zonder dat inzichtelijk gemaakt wordt waarom een dergelijke verhoging in verhouding is met de ernst van de overtrekking.

### 2.1 Afschrikwekkende werking en recidive

Uit het voorgaande blijkt al dat er geen echte evenredigheidstoets aan de boetenormbedragen ten grondslag lag. Valt er cijfermatig dan nog iets zinnigs te zeggen over de afschrikwekkende werking van de hoge, dan wel verhoogde boetenormbedragen? In 2009 verscheen de eindrapportage *Evaluatie invoering bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen*.<sup>22</sup> De conclusies van dat rapport zijn dat het sinds 2005 gevoerde boetebeleid van de (toen nog) Arbeidsinspectie effectief is. Zo daalde sinds 2005 het percentage controles dat leidde tot boetes van 26 in 2005 naar 17 in 2009. Verder was het aandeel hercontroles waarbij een overtrekking werd geconstateerd sinds 2003 gedaald van 26 procent in 2006 naar 18 procent in 2008. Volgens het persbericht dat het Ministerie van SZW naar aanleiding van het rapport uitbracht, toonde het rapport aan dat het beleid effectief was en ook daadwerkelijk afschrikwekkende werking had.<sup>23</sup> Toch was dit enkele jaren later blijktbaar al niet meer het geval. De Staatssecretaris van SZW omschreef dit in de Nota naar aanleiding van het verslag bij de Fraudewet als volgt:

‘Dat strenger straffen een afschrikwekkend effect heeft en bijdraagt aan het bestrijden van fraude blijkt ook uit het sanctiebeleid van de Wet arbeid vreemdelingen. Sinds 2005 is sprake van bestuursrechtelijke handhaving van deze wet. (...) Uit een evaluatieonderzoek is gebleken, dat deze forse verhoging van de boetenormbedragen heeft bijgedragen aan de daling van de illegale tewerkstelling. (...) Sinds 2009 is echter sprake van een stabilisatie van het percentage geconstateerde overtredingen. Kennelijk is er een groep hardnekkige malafide werkgevers die zich niet laten afschrikken door de huidige boetes of voor wie illegale tewerkstelling ondanks de boete nog altijd lonend lijkt te zijn. Met het oog op deze groep heeft de regering besloten het sanctiebeleid verder aan te scherpen in de verwachting dat dit opnieuw zal bijdragen aan een daling van het aantal overtredingen. Voorts wil de regering met de strengere aanpak de maatschappelijke norm bevestigen dat misbruik fors bestraft moet worden.’<sup>24</sup>

De staatssecretaris neemt stabilisering van *het percentage* geconstateerde overtredingen als ijkpunt voor de conclusie dat er nog een groep hardnekkige malafide werkgevers overblijft die niet voldoende worden afgeschrikt. Dat is natuurlijk een interessant

uitgangspunt, maar in hoeverre kunnen gestabiliseerde percentages de gevolgtrekking dragen dat er geen sprake meer zou zijn van afschrikwekkende werking voor een hardnekkige groep malafide werkgevers?

Het percentage geconstateerde overtredingen zegt statistisch gezien weinig tot niets over de vraag of de norm meer of minder wordt overtreden. Dat blijkt ook uit de jaarverslagen van de (inmiddels) Inspectie SZW. Daarin wordt sinds 2010 in elk jaarverslag met trots vermeld dat er meer risicogestuurd wordt gewerkt en dat daardoor een hoger percentage overtredingen van de Wav wordt geconstateerd per inspectie.

Als de Inspectie SZW komend jaar alleen nog maar controles in de horeca zou verrichten, valt met enige zekerheid te voorspellen dat het percentage geconstateerde overtredingen een stuk lager uitvalt dan wanneer de Inspectie SZW zich alleen op de bouwsector en schoonmaakbranche zou richten. Sterker nog, als de Inspectie SZW alleen nog op de meest concrete binnengekomen meldingen van illegale tewerkstelling zou reageren, en dan ook alleen tot controle overgaan als deze signalen vanuit de opsporingstak van de inspectie zijn bevestigd (bijvoorbeeld in het kader van een parallel lopend opsporingsonderzoek naar mogelijke arbeidsuitbuiting binnen het bedrijf), dan zou het percentage geconstateerde overtredingen een veelvoud worden van het huidige percentage. Dit zou echter weinig tot niets zeggen over de vraag hoe vaak de Wav daadwerkelijk op jaarbasis wordt overtreden, noch zou het iets zeggen over het bestaan van een groep hardnekkige malafide werkgevers.

Overigens wil dat niet zeggen dat er geen malafide werkgevers zijn. Die zullen er zeker zijn, en er zullen ook zeker rationeel calculerende werkgevers zijn die een norm zullen blijven overtreden zolang dat voor hen op grond van een kosten-baten analyse lonend blijkt te zijn. Een wat mij betreft niet onredelijk onderdeel van de Fraudewet was dan ook de verdubbeling van de boete bij recidive en verdrievoudiging bij herhaalde recidive. Bij herhaalde overtrekking

21 *Stc.* 2004, 39, p. 39.

22 <http://bit.ly/1L2UqpJ> (geraadpleegd op 5 mei 2015).

23 <http://bit.ly/1lwyHCZ> (geraadpleegd op 5 mei 2015).

24 EK 2012–2013, 33 207, C, p. 3-4.

is de aanname eerder te rechtvaardigen dat de werkgever calculerend opereert.

Valt er dan nog iets te zeggen over de afschrikwekkende werking van de boetebedragen ten tijde van de voorgestelde verhoging ervan? Hier moet worden onderscheiden in generale preventie (Zien bedrijven af van overtreding van de Wav op grond van de mogelijke sanctie daarop?) en speciale preventie (Weerhoudt een eerder opgelegde sanctie een werkgever ervan de Wav nog een keer te overtreden?). Sinds 2009 – het jaar waarin de preventieve werking van de (hoogte van de) bestuurlijke boetes nog werd bejubeld – is het aantal aangetroffen illegaal tewerkgestelde vreemdelingen alleen maar verder afgenomen. In 2010 ging het om 2.912 vreemdelingen zonder vereiste autorisatie om te werken, in 2011 waren het er 2.891, en in 2012 nog slechts 2.555. Er was niet bepaald sprake van een toename van het aantal aangetroffen illegaal tewerkgestelde vreemdelingen. Het aantal aangetroffen illegaal tewerkgestelde vreemdelingen loopt al jaren terug. Daarmee is weliswaar niet aangetoond dat er daadwerkelijk minder vreemdelingen illegaal tewerkgesteld worden in Nederland, maar uit de jaarcijfers van de Inspectie SZW valt in elk geval ook niet af te leiden dat er in 2012 minder afschrikwekkende werking van het boetenormbedrag uitging dan in 2009. Dat lijkt de staatssecretaris in de hierboven aangehaalde toelichting echter wel te veronderstellen.

### *De cijfers over overtredingen tonen bepaald niet de noodzaak van verhoging van de normbedragen aan; van een evenredigheidstoets is geen sprake geweest.*

In 2009 werden dalende recidivecijfers bij hercontroles gebruikt om aan te tonen dat werkgevers na een opgelegde boete minder snel opnieuw tot overtreding van de Wav overgingen. Ook op het punt van speciale preventie was het boetebeleid dus effectief, zo was de redenering destijds. Het recidivepercentage bij hercontroles blijkt sinds het evaluatieonderzoek in 2009 echter nog verder te zijn afgenomen. Werkgevers waar in 2012 hercontroles in het kader van de Wav werden uitgevoerd, bleken in 16% van de gevallen wederom de wet te overtreden (tegenover 17% in 2011).<sup>25</sup> De recidivecijfers dalen weliswaar minder snel dan direct na de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav, maar ze zijn wel blijven dalen.

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat de gepresenteerde cijfers de noodzaak van het verhogen van de boetenormbedragen bepaald niet aantonen, en dat van een daadwerkelijke evenredigheidstoets bij het vaststellen van de nieuwe boetenormbedragen geen sprake is geweest.

### 3. Conclusie

In 2003 ging het kabinet ervan uit dat werkgevers bewust besluiten tot overtreding, en dat zij daarbij een rationele afweging maken tussen te behalen financieel voordeel enerzijds, en de pakkans en hoogte van de boete anderzijds. Uitgangspunt van het destijds ingevoerde boetebeleid is dus dat werkgevers opzettelijk de Wav overtreden. De Afdeling heeft echter geoordeeld dat opzet geen vereiste is, omdat dit moet worden geacht te zijn betrokken bij de totstandkoming van de beleidsregels, voor zover die zien op de hoogte van de boete.<sup>26</sup>

Dat opzet is betrokken bij de totstandkoming van het beleid klopt, zo bezien, maar als het uitgangspunt bij het opstellen en herijken

van het boetebeleid is dat werkgevers opzettelijk de Wav overtreden, dan zou het ontbreken van opzet moeten leiden tot matiging van de standaardboete, immers is vastgesteld met de premisse dat werkgevers bewust de Wav overtreden.

Hetzelfde geldt voor het al dan niet behalen van financieel gewin. Het te behalen financieel voordeel is expliciet betrokken in de onderbouwing van de invoering van de bestuurlijke boetes en de vaststelling van de hoogte van de boetenormbedragen. Het volledig ontbreken van financieel gewin zou dan ook tot matiging van de standaardboete moeten kunnen leiden.

De evenredigheid *in abstracto* van het aanvankelijk vastgestelde boetenormbedrag is wat mij betreft eveneens kwestieus, gelet op het feit dat deze was toegesneden op een substantieel lager boetebedrag. Bij de fikse verhoging van de boetenormbedragen in 2013 is in elk geval niet de evenredigheid getoetst. De gepresenteerde cijfers konden de noodzaak voor een verhoging niet onderbouwen; een verminderde afschrikwekkende werking werd gesteld maar bleek nergens uit. De koppeling van de maximaal op te leggen boete met het strafrecht zag op recidive, en de enige toelichting op de verhoging zag voornamelijk op de aanpak van hardnekkige overtredders, en dus slechts op de mogelijke evenredigheid van de verhoging voor recidivisten.

Een beter gedifferentieerd boetebeleid zou meer recht doen aan het evenredigheidsbeginsel. In dit beleid zouden ook factoren als opzet, het al dan niet zijn van *first offender* en al dan niet genoten financieel gewin een plaats moeten krijgen.

Het valt toe te juichen dat er inmiddels stappen worden ondernomen om een waarschuwingsbevoegdheid in de Wav op te nemen voor eerste overtredingen.<sup>27</sup> De minister erkent verder ook dat het systeem van beboeten in bijvoorbeeld de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (Wml) fijnmaziger is dan het boetebeleid in de Wav. Zo wordt in de Wml de hoogte van de boete afhankelijk gemaakt van het duur en de hoogte van onderbetaling, een variabel boetesysteem dus.

Interessant is tevens dat de Centrale Raad van Beroep in de andere tak van de Fraudewet (hogere boetes in het sociale zekerheidsrecht) heeft aangegeven dat het daarmee gecreëerde boeteregime vraagt om een indringender toets aan het evenredigheidsbeginsel, omdat de voor de hoogte van de boete aan het benadelingsbedrag te relateren percentages sterk zijn verhoogd en per die datum het tot dan geldende maximumboetebedrag is vervallen.<sup>28</sup> De minister bereidt thans een voorstel voor om de wet aan deze vereisten te laten voldoen. Gelet op de parallel met de aanscherping van het Wav boetebeleid door de Fraudewet, valt te hopen dat hij de wijziging van het boetebeleid direct meeneemt.<sup>29</sup>

Dit is echter allemaal toekomstmuziek. Voor reeds opgelegde boetes op grond van de Beleidsregels 2013 wordt het nog spannend hoe de Afdeling gaat oordelen over de vraag of dit beleid gedragen wordt door een adequate beoordeling van de evenredigheid van de boetebedragen.

<sup>25</sup> Jaarverslag Inspectie SZW 2012, p. 27, <http://bit.ly/1a3nL2j> (geraadpleegd 5 mei 2015).

<sup>26</sup> AbRvS 13 mei 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI3671.

<sup>27</sup> TK 2013-2014, 17 050, nr. 474, p. 8.

<sup>28</sup> CrVB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754.

<sup>29</sup> Dit is hem in elk geval wel verzocht te doen, vgl. TK 2014-2015, 17 050, nr. 501 29, p. 29.