

1. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) deed op een dag uitspraak in twee interessante zaken over boetes die zijn opgelegd als gevolg van het pilotproject 'Erkende Referenten'. Het betreft een project waarbij de Inspectie SZW en IND samen optrokken als toezichthouder en onderzoek deden naar de gehele bedrijfsvoering van werkgevers van kennismigranten. Daarbij handhaaft de Inspectie SZW de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) en de IND de regels voor erkend referenten die voortvloeien uit de wet Modern Migratiebeleid (MoMi).

2. De eerste uitspraak¹ levert een mooi voorbeeld van een volle toets aan de evenredigheid van de boete op grond van artikel 5:46 Awb, waarbij een reeds gematigde boete (op grond van specifieke boetebeleidsregels) na weging van alle omstandigheden door de Afdeling nog verder gematigd wordt. De tweede uitspraak is interessant omdat die inzicht biedt in hoe de Afdeling aankijkt tegen de samenloop van sancties die kunnen worden opgelegd door respectievelijk de IND en de Inspectie SZW en de vraag of de cumulatie van boetes strijd oplevert met het ne bis in idem beginsel.² Uit een vergelijking van de twee zaken, die gelijkenissen vertonen kun je ook goed afleiden welke situaties – naar het oordeel van de Afdeling - nu wel en welke niet tot matiging leiden. Ik begin bij de cumulatie van boetes.

Cumulatie boetes en ne bis in idem

3. In de tweede zaak had de Minister van SWZ een Wav boete opgelegd aan een onderneming wegens illegale tewerkstelling, omdat niet aan salariscriterium zou zijn voldaan.³ Het beboete bedrijf had twee kennismigranten in dienst en aanvankelijk was de onderneming voor beide werknemers beboet. Na bezwaar werd alleen de boete voor één werknemer gehandhaafd: hij was in totaal 4 maanden niet betaald. De werkgever voerde aan dat deze uitgestelde betaling met de werknemer overeengekomen was (het achterstallig loon de maand erop in een keer overgemaakt, waarna maandelijkse girale betalingen volgden).

4. De Afdeling ging in navolging van de rechtbank niet mee in het betoog dat met de betaling achteraf alsnog was voldaan aan artikel 1d Buwav. Uit artikel 1d, eerste lid, aanhef en onderdeel a, onder 1°, gelezen in samenhang met het vierde lid, van het BuWV, volgt duidelijk dat een werkgever het loon *maandlijks* moet uitbetalen aan een vreemdeling die als kennismigrant tewerk is gesteld. Dat dat niet gebeurd was, stond reeds vast. De plicht tot het maandlijks giraal overmaken van het loon was juist ingevoerd om onderbetaling van werknemers te voorkomen en de volle verantwoordelijkheid voor tijdige en correcte betaling van het loon bij de werkgever te leggen.

5. Dan resteerde de vraag of het ne bis in idem beginsel geschonden was, omdat er na oplegging van de Wav boete ook nog een bestuurlijke boete was opgelegd door de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid voor het niet (tijdig) melden dat niet (meer) aan het salariscriterium werd voldaan (artikel 4.23 Vv). Een bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien aan de overtreder wegens dezelfde overtreding al eerder een bestuurlijke boete is opgelegd (artikel 5:43 Awb). Of 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.

6. Als het om overtreding van verschillende bepalingen gaat moet worden gekeken naar de strekking en de belangen die de bepalingen beogen te beschermen. In het Voorschrift vreemdelingen 2000 (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*'.⁴ Bij de verbodsbepaling van artikel 2 Wav staan daarentegen het beschermen van de Nederlandse arbeidsmarkt en het belang van

¹ ABRvS 1 september 2021, 202006183/1/V6, ECLI:NL:RVS:2021:1957, ve21002636

² ABRvS 1 september 2021, 202006131/1/V6, ECLI:NL:RVS:2021:1958, ve21002635

³ In 2016 is voor het eerst geoordeeld dat (tijdelijk) loon onder de salarismnorm betalen achteraf tot een boete voor illegale tewerkstelling kan leiden, zie ABRvS 9 maart 2016, JV 2016/135, m.nt. M.A.G. Reurs, ve16000482.

⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32052, nr. 3, ve09001269, p. 10.

het voorkomen van illegale tewerkstelling centraal.⁵ De Afdeling erkent wel dat de overtreding van de Wav cumuleert met 'de in samenhang daarmee geschonden' informatieplicht (r.o. 5.2), maar concludeert, m.i. terecht dat geen sprake is van strijd met ne bis in idem beginsel, omdat sprake is van een overtreding van twee verschillende bepalingen met een verschillende strekking. Er is dan ook geen sprake van dezelfde overtreding, als bedoeld in artikel 5:43 Awb.

10. In *A&MR*⁶ schreven we eerder dat een tweede boete mogelijk toch gematigd moet worden, als desondanks sprake is van een zodanige samenhang tussen de aan beide overtredingen ten grondslag gelegde motiveringen, dat dit leidt tot het oordeel dat de opgelegde boetes in dit geval niet in redelijke verhouding staan tot de omvang van de overtredingen (het samenhang-criterium⁷). Daarvan kan sprake zijn als beide overtredingen voorkomen konden worden door één en dezelfde handeling.⁸ In dit artikel opperden we dat plat gezegd beide overtredingen voorkomen worden als het correcte salaris aan de kennismigrant was uitbetaald. Volledige dubbele beboeting schrijft dan vooral in de gevallen waarin de werkgever niet wist of niet doorhad dat niet (meer) werd voldaan aan het looncriterium, terwijl deze omissie twee bestuurlijke boetes oplevert. Dit kan voorkomen als werknemers (buitenwettelijk) verlof opnemen of bij terugvalloon bij ziekte, waarin een werkgever soms onbewust en volautomatisch onder de geldende salarisnorm duikt.

11. In deze zaak was van een situatie als hierboven genoemd geen sprake, de niet tijdige uitbetaling van het loon was immers neergelegd in de arbeidsovereenkomst. De Afdeling oordeelt dat naast het feit dat het hier niet om twee boetes ging die zijn opgelegd op basis van dezelfde wet (zoals in de zaak die ten grondslag lag aan het eerdergenoemde samenhang-criterium), in deze zaak ook geen sprake was van eenzelfde motivering die aan de boetes ten grondslag is gelegd. Daar valt mogelijk nog wel iets tegenin te brengen, maar definitiever is de tweede reden waarom het betoog van de werkgever niet slaagt. De Wav boete waar deze zaak om draaide was als eerste van de twee boetes opgelegd. Het was dan ook vooral aan de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid om bij oplegging van de tweede boete te beoordelen of hij rekening zou moeten houden met de reeds opgelegde boete en het boetebedrag daarop had moeten aanpassen. Het laatste woord over samenhang bij dit type boetezaken is, vermoed ik, nog niet gezegd.

Evenredigheidstoets ex artikel 5:46 Awb

12. In de andere uitspraak van de Afdeling van die dag in een Wav boetezaak die het gevolg was van het eerdergenoemde pilotproject 'Erkende Referenten'. In deze zaak speelde geen samenloop van boetes (de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid had volstaan met een waarschuwing voor de overtreding van de informatieplicht). Hier had SZW hoger beroep aangetekend, nadat de rechtbank eerder de Wav boete had vernietigd omdat geen sprake zou zijn geweest van overtreding van de Wav.

13. De werkgever had in deze zaak eenmalig en voor een zeer korte duur (tijdens bezoek van de kennismigrant in India) betaling van het loon uitgesteld. Het loon werd anderhalve maand later dan gebruikelijk (en nog voor de Inspectie SZW haar onderzoek was begonnen) uitbetaald. Dat het uitstel van loon had plaatsgevonden op verzoek van de werknemer stond in de procedure niet ter discussie. Gelet op die omstandigheden (geen misbruik werknemer, en slechts iets te laat uitbetaald) had de rechtbank geoordeeld dat de feiten de conclusie niet konden dragen dat niet aan het salariscriterium was voldaan, en dat er als gevolg daarvan ook geen sprake was van overtreding van de Wav.

14. De Afdeling pakt het iets anders aan. Er is wel sprake van overtreding van de Wav omdat het loon maandelijks giraal moet worden overgemaakt en vaststaat dat dat niet is

⁵ *Kamerstukken II* 1993/94, 23574, nr. 3, p.3-4.

⁶ A.M. van Melle en M. Mohamud, 'Voor hetzelfde geld dubbel beboet', *A&MR* 2020-6/7, ve20002461, p. 334-340

⁷ AbRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493, r.o. 12.1. De gemachtigde van de werkgever voert dit ook aan.

⁸ *Idem*, r.o.15.3.

gebeurd. Wel hecht de Afdeling duidelijk gewicht aan het feit dat vaststond dat de laten loonbetaling op verzoek van *de werknemer* had plaatsgevonden, en ook het slechts om een zeer korte periode ging. Wat duidelijk ook een rol speelt is dat de werkgever de afgelopen jaren meermaals was gecontroleerd en dat daarbij steeds werd geconcludeerd dat het loon van de kennismigranten correct en maandelijks werd uitbetaald. Ook bij deze controle werd het loon van de overige kennismigranten correct en maandelijks betaald.

15. Die omstandigheden maken in samenhang bezien dat de Afdeling de reeds doorgevoerde matiging van de boete met 25% geen evenredige sanctie voor de overtreding acht, en uiteindelijk tot een matiging van de boete met 75% komt.

16. In beide hier besproken zaken was geen sprake van opzet, was er geen financieel voordeel aan de zijde van de werkgever, en zijn belastingen en premies afgedragen. Dergelijke factoren leiden niet op zichzelf tot matiging. Als er echter nog aanvullende factoren spelen, dan kan het samenstel van omstandigheden alsnog tot matiging van de boete leiden.⁹

17. Het verschil tussen deze zaken waarin in de ene zaak wel wordt gematigd en de andere niet, lijkt sterk te maken te hebben met het feit dat de werkgever in de ene zaak uiteindelijk niet heeft kunnen concretiseren waarom (voor een langere duur) niet aan de norm is voldaan. Ook lijkt in die zaak het achterstallig loon pas te zijn overgemaakt nadat het onderzoek door IND en Inspectie SZW was aangevangen.¹⁰ In die zaak was misbruik van de werknemer dus minder makkelijk uit te sluiten, terwijl in de andere zaak juist vaststond dat er geen sprake was van misbruik of uitbuiting en de werkgever ook kon laten zien (aan de hand van meerdere controles over meerdere jaren) dat hij verder altijd correct en tijdig het loon van de kennismigranten die in dienst waren betaalde. Zo bezien is het verschil in uitkomst in deze zaken ook weer niet heel verrassend.

A.M. van Melle, advocaat bij Everaert advocaten, Amsterdam

⁹ Zie voor een goede bespreking van de evenredigheidstoets ook P.J. Krop en H. Verbaten, *Evenredige boetes in het vreemdelingenrecht*, JNVR 2019, 3, p.22-32

¹⁰ Dit volgt niet duidelijk uit de uitspraak, maar het gaat om een casus die ook in de Factsheet is genoemd, die over deze pilot is verschenen: Factsheet Pilot Erkend Referenten, ve18006749, p.3.