

De bestuurlijke boete en de evenredigheidstoets, een lege huls?

De Wet arbeid vreemdelingen: van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving

16

Dit artikel bespreekt de wijze waarop de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de evenredigheidstoets uitvoeren in het kader van bestuurlijke boetes die worden opgelegd op grond van de Wet arbeid vreemdelingen. Die toets wordt vergeleken met de wijze waarop het Openbaar Ministerie en de strafrechter voorheen tot hun eis/straf voor dezelfde overtredingen kwamen. Deze analyse is interessant, mede omdat de bestuurlijke boete meer en meer aan terrein wint, aangezien de wetgever dit instrument steeds vaker inzet om effectieve(re) handhaving te bewerkstelligen.

Tot 2006 had de Afdeling bestuursrechtspraak slechts enkele boetezaken behandeld, die voornamelijk zagen op overtreding van de Arbeidsomstandighedenwetgeving.² De Wet arbeid vreemdelingen ('WAV') heeft in vijf jaar geleid tot ruim 700 uitspraken.³ Het gaat om boetes die worden opgelegd aan werkgevers onder meer omdat zij vreemdelingen arbeid laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. De WAV hanteert een ruim werkgeversbegrip. Niet alleen is bijvoorbeeld een tuinder die vreemdelingen in zijn kassen tewerkstelt, hen betaalt enzovoort werkgever (voorbeeld 1), maar ook worden bedrijven en personen die op grote(re) afstand staan van de werkzaamheden als werkgever aangemerkt. Denk bijvoorbeeld aan een bedrijf dat via het internet boeken verkoopt en de bezorging daarvan geheel uitbesteedt aan een daartoe gespecialiseerd transportbedrijf X. X schakelt tientallen verschillende andere bedrijven in voor de bezorging van de boeken. Eén van die bedrijven, bedrijf Y, besluit een vreemdeling in te zetten om de bezorging uit te voeren bij een bepaalde klant. In zo' n geval wordt de gehele keten als werkgever aangemerkt. Dat betekent in de praktijk dat zowel het internetbedrijf, transportbedrijf X, als bedrijf Y de maximale boete opgelegd krijgen van € 8000 (voorbeeld 2).⁴

Met de WAV beoogde de wetgever onder meer om uitbuiting van illegalen, concurrentievervalsing en voortzetting

van hun verblijf in Nederland tegen te gaan. Bijzonder was dat toen de bestuursrechter zich over de eerste boetebesluiten boog, de strafrechter de laatste zaken afwikkelde. Sanctiōnering van illegale tewerkstelling behoorde namelijk tot 1 januari 2005 tot het domein van de strafrechter.⁵ Juist daarom is interessant te bekijken hoe enerzijds het OM tot zijn strafeis kwam en de Minister (van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) tot vaststelling van de boetehoogte en anderzijds de straf- en de bestuursrechter de hoogte van geldboetes voor illegale tewerkstelling beoordeelden. Op basis van de jurisprudentie van de strafrechter zou men wellicht veronderstellen dat de hoogste bestuursrechter op dezelfde wijze beoordeelt of het bevoegd gezag tot een passende hoogte van een boete is gekomen, omdat de bestuurlijke boete, net als de strafrechtelijke sancties op overtreding van de WAV als 'criminal charge' is aan te merken.⁶ Dat leidt ertoe dat de bestuurlijke boete op grond van art. 6 Europees verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ('EVRM') 'vol' getoetst moet worden.⁷ De praktijk en de jurisprudentie laten tot nog toe zien dat de minister en het hoogste rechtscollege een andere weg inslaan dan het OM en de strafrechter.⁸ De Afdeling geeft er tot nog toe blijk van WAV-boetes weinig te matigen of de matiging door rechtbanken in stand te laten, terwijl de hoogte van die boetes zeer aanzienlijk kan zijn en de strafrechter bij recidive nog steeds bevoegd is om werkgevers straffen op te leggen wegens illegale tewerkstelling. In de bestuursrechtelijke literatuur is de nodige kritiek geuit op de wijze waarop de bestuursrechter invulling geeft aan het evenredigheidsbeginsel bij de beoordeling van de hoogte van WAV-boetes.⁹ Onder meer is de vraag gesteld of de factoren die voor boetematiging in aanmerking komen wel

1 Christien M. Saris is advocaat en werkzaam bij Stibbe Advocaten in Amsterdam. Dit artikel is afgerond op 11 maart 2012. Met dank aan Eric Daalder, Annemarie Drahmman, Tom Barkhuysen en Marleen Velt-huis voor haar strafrechtelijke bijdrage.

2 O.a. ABRvS 10 april 2002, AB 2002/414, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt, ABRvS 6 september 2006, AB 2007/254 en ABRvS 26 april 2006, AB 2006/386, beide m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

3 Stand van zaken per maart 2012.

4 Zie voor met dit voorbeeld vergelijkbare situaties o.a. ABRvS 6 april 2011, nr. 12012406v2, 23 juni 2010, nr. 20090854558 en ABRvS 17 maart 2010, nr. 200903419, AB 2010/182, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

5 De Wet tot wijziging van de Wet arbeid vreemdelingen in verband met de invoering van bestuursrechtelijke handhaving (Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen), *Stb.* 2004, 706.

6 Zie ABRvS 7 mei 2009, AB 2009/156, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, waarin Widdershoven ingaat op de kwalificatie van de bestuurlijke boete als criminal charge door het HvJ EU.

7 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 128.

8 De WAV-boetes die de afgelopen 2 jaar door de rechtbank op nihil waren gesteld of waren gematigd, werden in de overgrote meerderheid van de gevallen vernietigd door de Afdeling (o.a. ABRvS 2 februari 2011, nr. 201006149 en 201006150, ABRvS van 29 juni 2011, nr. 2011011981 en 201011656). Aanvankelijk leek de Afdeling wel meer genegen te zijn om boetes te matigen. Zie voor de beschrijving van de WAV-jurisprudentie tussen 2007 en 2009 het artikel van B.W.N. de Waard, 'De matigende rechter, evenredigheid en bestuurlijke boeten', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, p. 481 e.v.

9 O.a. De Waard, 'De matigende rechter, Evenredigheid en bestuurlijke boeten', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb* en A. Klap & P. Krop, 'Say yes, Commentaar bij de Evaluatie Invoering bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen', *NJB* 2010/1154, p. 1470; Bröring & Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, p. 461.

voldoende tot uitdrukking komen in het sanctiebeleid en of de boetes in individuele zaken (zie voorbeeld 1 en 2) wel leiden tot voldoende matiging.

Dat er verschillen zijn in de bepaling van de hoogte van de geldboete tussen het straf- en het bestuursrecht, is ook in een recent door de Universiteit van Groningen uitgevoerd onderzoek vastgesteld.¹⁰ Uit dit onderzoek, waarin de WAV ook wordt besproken, volgt in de eerste plaats dat het in het straf- en bestuursrecht precies dezelfde factoren zijn die de boetheogte bepalen. Deze factoren zijn; de aard van de overtreding/overtreder, het behaalde profijt en recidive. In de tweede plaats volgt uit dit onderzoek dat er sprake is van willekeur met betrekking tot welke factoren door de wetgever relevant worden geacht en dat de gemaakte keuzes vaak niet gemotiveerd zijn. Het onderzoek heeft geresulteerd in een checklist aan de hand waarvan (toekomstige) boetestelsels getoetst zouden moeten worden.

1. Strafrechtelijke sancties: illegale tewerkstelling

Illegale tewerkstelling is sinds 1979 strafbaar gesteld in de Wet arbeid buitenlandse werknemers ('Wabw') en vanaf 1995 in haar opvolger de WAV. De strafrechter was tot 1 januari 2005 bevoegd om straffen op te leggen voor werkgevers die vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning arbeid laten verrichten. Ook nu nog is de strafrechter bevoegd om straffen op te leggen voor overtredingen van de WAV, maar enkel wanneer er sprake is van recidive in het geval een werkgever zich voor de derde keer binnen 48 maanden schuldig maakt aan illegale tewerkstelling.¹¹ In dat geval merkt de WAV illegale tewerkstelling als een strafbaar feit aan. Ik ken geen uitspraken in dergelijke recidivezaken sinds de invoering van de WAV.¹² Dit staat overigens los van de mogelijkheid die de strafrechter heeft om straffen op te leggen voor uitbuiting van vreemdelingen enzovoort. Als voorbeeld dient de zaak van de Somerse aspergeteeltster. De aspergeteeltster heeft niet alleen WAV-boetes opgelegd gekregen voor het zonder tewerkstellingsver-

gunning laten werken van vreemdelingen¹³, maar ook heeft zij zeventien maanden gevangenisstraf gekregen wegens mensenhandel.¹⁴

Illegale tewerkstelling wordt dus nog steeds zowel op grond van de Wet op de economische delicten als op grond van het Wetboek van Strafrecht bestraft. De WED merkt illegale tewerkstelling als een overtreding aan.¹⁵ Wanneer een werkgever zonder tewerkstellingsvergunning een vreemdeling arbeid laat verrichten, kan een natuurlijke persoon op grond van de WED als maximale straf een hechtenis van ten hoogste zes maanden, een taakstraf of een geldboete van de vijfde categorie (€ 76.000) opgelegd krijgen.¹⁶ Aan een rechtspersoon kan maximaal een boete van de zesde categorie worden opgelegd (€ 760.000).¹⁷ Bovendien kunnen bijkomende straffen zoals gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming van de veroordeelde voor de duur van één jaar¹⁸ en ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, worden opgelegd. Daarnaast is illegale tewerkstelling in art. 197b-197d Sr als misdrijf strafbaar gesteld.¹⁹ Onder meer is strafbaar degene die een ander, die zich wederrechtelijk toegang tot of verblijf in Nederland heeft verschaft door middel van een overeenkomst of een aanstelling, arbeid laat verrichten terwijl hij weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden dat de toegang of het verblijf wederrechtelijk is.²⁰ De straffen die daarop staan, variëren van een gevangenisstraf van één tot drie jaar en een geldboete van de vijfde categorie voor natuurlijke personen en een boete van de zesde categorie voor rechtspersonen.²¹

2. Richtlijnen OM

Het College van Procureurs-Generaal had onder de werking van de Wabw-richtlijnen opgesteld die het OM betrof bij de formulering van de eis in het geval sprake was van illegale tewerkstelling. Tot 30 augustus 2006²² gold de 'Richtlijn

10 Onderzoeksrapport van oktober 2011 de Rijksuniversiteit Groningen 'Referentiekader geldboetes - Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht', www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/handhavingstelsels.aspx?cp=44&cs=6796, zie ook *NJB* 2012, nr. 6, p. 429.

11 Art. 19c WAV bepaalt 'een beboetbaar feit wordt aangemerkt als een strafbaar feit, indien tweemaal binnen een aan de dag van het constateren van dat beboetbare feit voorafgaande periode van 48 maanden, met respectievelijke tussenliggende perioden van ten hoogste 24 maanden, voor een beboetbaar feit bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting een boete is opgelegd die onherroepelijk is geworden.'

12 Volgens de jaarverslagen van de arbeidsinspectie zijn in 2008 10 zaken (http://docs.minszw.nl/pdf/75/2009/75_2009_6_19022.pdf), in 2009 17 (www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2010/05/18/jaarverslag-arbeidsinspectie-2009-veilig-gezond-en-eerlijk-werk.htm) en in 2010 16 processen-verbaal doorgestuurd naar het OM waarin sprake was van herhaalde overtreding van de WAV (<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/jaarverslagen/2011/05/12/jaarverslag-arbeidsinspectie-2010.html>).

13 ABRvS 24 februari 2010, nr. 200904901/1/v6.

14 Rb. 's-Hertogenbosch 4 oktober 2011, *LJN* BT6501.

15 Art. 19c WAV jo. art. 1 onder 4 WED jo. art. 2 lid 4 WED.

16 Art. 5 lid 1 onder 4 WED jo. art. 23 lid 4 Sr.

17 Art. 6 lid 1 onder 4 WED jo. art. 23 lid 4 jo. art. 23 lid 7 Sr. Art. 23 lid 7 Sr bepaalt dat aan een rechtspersoon een maximale geldboete kan worden opgelegd van de naast hogere categorie, indien de voor het feit bepaalde boetecategorie geen passende bestraffing toelaat. Hierdoor kan in voorkomende gevallen aan een rechtspersoon een maximale boete worden opgelegd van twee categorieën hoger dan de voor het feit genoemde categorie.

18 Zie ook art. 7 lid 1 onder d Richtlijn 2009/52 (tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen). Deze richtlijn, waarvan de omzettingstermijn inmiddels is verstreken voorziet ook in de mogelijkheid om bedrijven tijdelijk/permanent te sluiten. Het wetsvoorstel tot implementatie van deze richtlijn is inmiddels door de vaste kamercommissie behandeld en zal als hamerstuk worden afgedaan (http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/32843_implementation_richtlijn).

19 Wet van 24 februari 1993, *Stb* 1993, 141. Deze bepalingen zijn met ingang van 1 januari 1994 in werking getreden.

20 Art. 197b Sr.

21 Art. 197b-197d jo. art. 23 Sr.

22 *Stcr* 2006, nr. 168, p.11.

handhavingsarrangement Wet arbeid vreemdelingen' ('Richtlijn').²³ In die Richtlijn werd onder meer inzicht gegeven in de wijze waarop het OM de ernst van de overtreding bepaalt. De omstandigheden die blijken de Richtlijn een rol speelden bij de beoordeling waren: de arbeidsomstandigheden waaronder gewerkt is (waarbij vooral uitbuiting als zeer ernstig werd aangemerkt), het aantal illegaal tewerkstelden, de vraag of sprake is van recidive en of de werkgever had gezorgd voor afdracht van premies en belastingen.²⁴ Aan de hand van de hiervoor genoemde omstandigheden maakte de Richtlijn een indeling in drie categorieën van gevallen waaraan een indicatieve strafmaat was gekoppeld. Die indeling kwam erop neer dat een werkgever die zich voor de eerste keer schuldig had gemaakt aan illegale tewerkstelling (in 1995) een geldboete van € 900 opgelegd kreeg wanneer hij incidenteel had verzuimd om het arbeidsbureau in te schakelen, premies en belastingen had afgedragen en goede arbeidsomstandigheden aan de illegale werknemers had geboden (categorie I). Een boete van € 1500 werd geëist bij eerste overtreding van een werkgever in een sector waar de overheid een gericht aanbestedingsbeleid voerde, waarvan hij geen gebruik had gemaakt, maar die wel premies had betaald en goede arbeidsomstandigheden had geboden (categorie II). Een geldboete tot € 2200 werd ten slotte geëist tegen een werkgever in het geval sprake was van een sector waar de overheid een gericht aanbestedingsbeleid voerde, waarvan hij geen gebruik had gemaakt en die de werknemer in slechte arbeidsomstandigheden liet werken (uitbuitingsgevallen) en geen premies en/of belastingen had betaald (categorie III). Bij recidive werden in de hiervoor genoemde gevallen strengere straffen geëist (hogere boetes, onvoorwaardelijke hechtenis en/of stilleggen onderneming). Dat betekent dat het OM de tuinder (in voorbeeld 1) die de vreemdeling heeft uitgebuit enzovoort op grond van de Richtlijn een zwaardere eis ten laste legt, dan de tuinder die marktconforme lonen betaalt enzovoort. Volgens het College konden rechters met de Richtlijn ook (onder de Wabw) goed uit de voeten, omdat de eis van het OM vaak gevolgd werd. Of die bewering klopt, heb ik overigens niet kunnen vaststellen.²⁵ In elk geval wordt de Richtlijn in de uitspraken van de strafrechter die hierna worden besproken, niet genoemd. Dat heeft vermoedelijk te maken met de omstandigheid dat de strafrechter zelf de straf oplegt en de beleidsregels slechts indirect via de strafeis van het OM toetst.²⁶ De verderop te bespreken en recent vastgestelde Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2011 ('Boetebeleidsregels') laten zien dat de minister zich in elk geval niet heeft laten inspi-

ren door de Richtlijn bij de formulering van concrete omstandigheden die bij hij bij de boetehoogte in aanmerking neemt.²⁷

3. Jurisprudentie strafrechter

Het laatste onderdeel van een vonnis van de strafrechter gaat over de bepaling van de strafmaat, uiteraard voor zover tot een bewezenverklaring van het strafbare feit wordt gekomen. De strafrechter beoordeelt of de door het OM geëiste straf recht doet aan de ernst van het feit. Daarbij kan de strafrechter niet alleen een lagere maar ook een hogere straf opleggen aan de verdachte. Uiteraard dient de strafrechter de hogere straf wel nader te motiveren. De WAV biedt overigens ook de mogelijkheid aan de bestuursrechter om in afwijking van art. 8:69 Awb een hogere boete op te leggen.²⁸ De strafrechter beoordeelt concreet of de straf die het OM heeft voorgesteld passend is. Dat betekent dat hij bij de oplegging van de straf de aard van het bewezenverklarde betreft, de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan, alsmede de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte. Kijkend naar de gepubliceerde uitspraken van rechtbanken over de bepaling van de strafmaat bij illegale tewerkstelling leiden de volgende omstandigheden (al dan niet in onderlinge samenhang bezien) tot een lagere en soms ook hogere²⁹ straf dan die was geëist: de vraag of een werkgever al dan niet enig voordeel heeft behaald door vreemdelingen illegaal te werk te stellen, de vraag of de werkgever al dan niet bewust de doelstellingen van de WAV (o.a. uitbuiting/slechte arbeidsomstandigheden) heeft doorkruist,³⁰ de (slechte) financiële situatie/draagkracht waarin (het bedrijf van) de verdachte verkeert,³¹ het aantal illegaal tewerkgestelde vreemdelingen,³² de (beperkte) rol die de verdachte in relatie tot zijn

23 Richtlijn van 6 september 1995, *Stcrt.* 1995, 246, zoals laatstelijk gewijzigd bij richtlijn van 1 januari 2001, *Stcrt.* 2000, 220. Onder de Wabw gold het 'Handhavingsarrangement Wabw' (*Stcrt.* 1992, 119, 24 juni 1992).

24 Richtlijn, p. 5.

25 Volgens de MvT bij het voorstel Wabw deed het OM tweederde deel van de zaken met een transactie af (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 10).

26 Bröring & Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, p. 462.

27 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 27 oktober 2011, nr. AI/AMF-MO/2011/16886, tot vaststelling van de Beleidsregels boeteoplegging WAV van 4 november 2011, *Stcrt.* 2011, nr. 19841.

28 Art. 19d lid 4 WAV: 'in afwijking van artikel 8:69 Awb kan de rechter in beroep of hoger beroep de hoogte van de boete ook ten nadele van de belanghebbende wijzigen.' Bij mijn weten heeft de bestuursrechter van die mogelijkheid tot op heden nog geen gebruik gemaakt, evenmin als de belastingrechter en de sociale zekerheidsrechter.

29 Rb. Roermond 13 mei 2005, *LJN* AT6066: 'de rechter heeft een zwaardere straf opgelegd dan door de officier van justitie gevorderd, nu de ernst van de feiten, gelet op het gegeven dat het bewezen verklaarde niet beperkt lijkt tot een enkel incident, het beoogde economische gewin met de daaraan gekoppelde concurrentievervalsing en de benadeling van de fiscale autoriteiten en de uitvoerders van het sociale zekerheidsstelsel, onvoldoende in de eis van de officier van justitie tot uitdrukking komt. Met het opleggen van een hogere geldboete als door de officier van justitie geëist wordt naar het oordeel van de politierechter beter recht gedaan aan de ernst van het bewezen verklaarde en de verwijtbaarheid van de verdachte.'

30 Rb. Assen 1 april 2003, *LJN* AF6619; Rb. 's-Gravenhage 23 november 2006, *LJN* AZ4579. De rechtbank achtte van belang dat verdachtes opzet niet gericht was op een concurrentievervalsende positie binnen de vleesverwerkende markt, nu de verdachte haar (illegale) werknemers marktconforme lonen heeft betaald.

31 Rb. Amelo 10 april 2009, *LJN* BI0944 en Rb. Assen 1 april 2003, *LJN* AF6619.

32 Rb. Assen 1 april 2003, *LJN* AF6619.

mededader heeft gespeeld³³ en of de verdachte al eerder een strafbaar feit had begaan.³⁴ Als geen sprake is van het doorkruisen van de doelstellingen van de WAV, de werkgever geen financieel of ander voordeel heeft behaald, het een beperkt aantal vreemdelingen betreft die illegaal tewerk zijn gesteld, en de rol van de werkgever bij de illegale tewerkstelling beperkt is, laat de jurisprudentie zien dat de strafrechter veelal een lagere straf oplegt dan het OM heeft geëist en dat terwijl het bij de formulering van de strafeis – zo de Richtlijn zou zijn toegepast – al rekening gehouden heeft met een groot aantal omstandigheden. Dat betekent dat de strafrechter naar verwachting een zwaardere straf oplegt aan de tuinder in voorbeeld 1 dan aan het internetbedrijf in voorbeeld 2, aangezien het internetbedrijf niet of nauwelijks een rol kan hebben gehad in de tewerkstelling van de vreemdeling, daar geen financieel voordeel van heeft behaald noch anderszins de doelstellingen van de WAV kan hebben doorkruist.

Hieruit kan worden afgeleid dat de strafrechter, die overigens bij de beoordeling van de straf geen rekening *behoeft* te houden met het beleid van het OM, ook andere dan in de Richtlijn genoemde omstandigheden betreft bij de oplegging van die straf. Bovendien kunnen aan die omstandigheden door de strafrechter een ander gewicht worden toegekend. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de jurisprudentie enkel ziet op uitspraken van rechtbanken en dat het nog wel de vraag is of een hogere rechterlijke instantie tot eenzelfde beoordeling van de strafmaat zou zijn gekomen. De hierna te bespreken jurisprudentie van de Afdeling laat zien dat alle argumenten die bij de rechtbanken (sector strafrecht) tot matiging van de geëiste straf leidden, tot dusverre voor haar nauwelijks aanleiding vormen om bestuurlijke boetes te matigen dan wel om door de rechtbanken toegepaste matiging in stand te laten. De vraag is of dit wordt veroorzaakt door de toetsing van de bestuursrechter of (mede) door de wetgever, die zich op het standpunt stelde dat werkgevers hard moesten worden bestraft wanneer zij zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling.

4. Bestuurlijke handhaving: illegale tewerkstelling

Sinds 1 januari 2005 is de Minister van SZW primair bevoegd om de WAV via het bestuursrecht te handhaven.³⁵ Met de invoering van de bestuurlijke boete in de WAV beoogde de wetgever werkgevers die vreemdelingen illegaal tewerkstellen sneller en efficiënter te bestraffen. Hardere aanpak was wenselijk vanwege 1. de omstandigheid dat het legale arbeidsaanbod in ons land door illegale tewerkstelling zou worden verdrongen; 2. illegale tewerkstelling veelal gepaard gaat met overtreding van normen op het gebied van arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden, die kan leiden tot uitbuiting van de illegaal tewerkgestelde vreem-

deling, 3. illegale tewerkstelling leidt tot concurrentievervalsing binnen een sector waardoor de bedrijfsvoering van bonafide werkgevers wordt geschaad en 4. ten slotte zijn het veelal illegaal verblijvende vreemdelingen die op die wijze hun verblijf in Nederland kunnen voortzetten.³⁶

Sindsdien heeft de minister de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen aan elke werkgever die vreemdelingen illegaal tewerk stelt. Het gaat om een ruim werkgeversbegrip, hetgeen er kort gezegd op neer komt dat eenieder die invloed heeft op werkzaamheden die door een vreemdeling worden uitgevoerd als werkgever in de zin van de WAV wordt beschouwd.³⁷ De wetgever beoogde daarmee tegen te gaan dat via allerlei constructies (doordat vreemdelingen als zelfstandigen gingen werken) het werkgeversbegrip werd ontdoken. Het ruime werkgeversbegrip leidt zoals in voorbeeld 2 is beschreven tot een situatie waarin meerdere werkgevers voor een en dezelfde vreemdeling worden beboet. In dit artikel ga ik niet nader in op de reikwijdte van het werkgeversbegrip, maar uitsluitend op de vraag of de situatie waarbij de bedrijven in voorbeeld 1 en 2 even zwaar worden beboet evenredig is.

De boete die een bestuursorgaan maximaal kan opleggen, is in de wet bepaald.³⁸ Voor de WAV geldt dat per overtreding (per vreemdeling) aan een natuurlijke persoon een maximale boete van € 11.250 kan worden opgelegd en aan een rechtspersoon een boete van € 45.000 per beboetbaar feit.³⁹

5. Boetebeleidsregels minister

Net zoals het OM destijds de Richtlijn had vastgesteld ten behoeve van de bepaling van zijn strafeis, zo heeft de minister vanaf 2005 van zijn bevoegdheid gebruikgemaakt om boetebeleidsregels vast te stellen. Die bevoegdheid vloeit voort uit art. 19d lid 3 WAV. Op grond van die bepaling heeft de minister de bevoegdheid gekregen om de boetebedragen voor de beboetbare feiten in beleidsregels vast te stellen.⁴⁰ In de bijlage bij de Boetebeleidsregels staat dat natuurlijke personen een maximale boete opgelegd krijgen van € 4000 en rechtspersonen een boete van € 8000 wanneer één werkgever één vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning arbeid laat verrichten.

Over de inhoud van dergelijke beleidsregels is in de memorie van toelichting bij het voorstel Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen onder meer gezegd:

36 Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 1.

37 O.a. ABRvS 17 maart 2010, nr. 200903419/1/V6.

38 Sinds de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb is in art. 5:46 Awb bepaald dat de maximale boete die een bestuursorgaan kan opleggen, is vastgelegd in een wettelijk voorschrift.

39 Art. 19d lid 1 WAV.

40 Art. 19d lid 3 WAV. Dit artikellid is in de WAV gekomen ten gevolge van de wet 'Technische verbeteringen en enige andere wijzigingen in wetgeving op het terrein van de arbeidsmarkt en de bijstand en enige andere terreinen' Stb. 2005, 434. De wetgever beoogde daarmee harmonisatie te realiseren in verband met de Wet bestuurlijke boete Arbeidstijdenwet. In art. 10:7 was geregeld dat de minister beleidsregels vaststelt over de hoogte van de boetebedragen.

33 Rb. Utrecht 19 maart 2002, LjN AE0308 en LjN AE0317.

34 Rb. Almelo 10 april 2009, LjN BI0944, Rb. 's-Gravenhage 23 november 2006, LjN AZ4579.

35 Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen, Stb. 2004, 705.

"via beleidsregels zal de precieze hoogte van de bestuurlijke boete in concrete situaties worden vastgesteld".⁴¹

Wat de wetgever precies onder 'concrete situaties' verstaat, maakt hij niet duidelijk. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt naar aanleiding van vragen over de hoogte van de bestuurlijke boete nog opgemerkt:

"In overleg met het OM zal ik de precieze boetebedragen vaststellen en vervolgens neerleggen in beleidsregels. Daarbij wordt meegewogen hoe de boete op het niet naleven van de WAV zich verhoudt tot de sanctie op andere overtredingen en welke boetebedragen de strafrechter (en straks de bestuursrechter) als passende sanctie accepteert. In deze beleidsregels zal ook rekening worden gehouden met het evenredigheidsbeginsel."⁴²

Opvallend is dat ondanks deze verwijzingen in de parlementaire geschiedenis in de Beleidsregels noch in de toelichting wordt gerefereerd aan de Richtlijn en de jurisprudentie van de strafrechter. In de eerste boetebeleidsregels die in 2005 zijn vastgesteld, noemt de minister geen 'concrete situaties' waarmee hij bij de vaststelling van de hoogte van boetes rekening houdt. Ook blijkt daar niet uit of die concrete situaties wel zijn beoordeeld maar geen aanleiding hebben gegeven om die in de beleidsregels te verankeren.⁴³ Pas in 2007 werd in de toenmalige beleidsregels in algemene zin een omstandigheid genoemd die tot boetematiging aanleiding geeft:

"Indien de werkgever kan aantonen dat hij zich redelijkerwijze in voldoende mate heeft ingespannen om een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen te voorkomen [toevoeging: illegale tewerkstelling], kan de bestuurlijke boete worden gematigd tot € 4000,- voor een rechtspersoon en tot € 2000,- voor een natuurlijke persoon per overtreding. Indien sprake is van een incidentele onzorgvuldigheid van administratieve aard bij de aanvraag van een tewerkstellingsvergunning kan de bestuurlijke boete voor zowel een rechtspersoon als een natuurlijke persoon worden gematigd tot € 1500,- per overtreding."

De boetebeleidsregels zijn, zoals hiervoor is opgemerkt, recent gewijzigd.⁴⁴ In de Beleidsregels wordt over matiging in art. 9 opgemerkt:

"in andere gevallen waar sprake is van een overtreding van artikel 2 van de Wav, kan de bestuurlijke boete per overtreding met 25%, 50% of 75% worden gematigd afhankelijk van de aard en ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de evenredigheid (lid 1).

Indien de werkgever heeft aangetoond dat hem geen enkel verwijt gemaakt kan worden voor de geconstateerde overtreding wordt geen boete opgelegd (lid 2)."

In de toelichting op de Beleidsregels wordt een aantal specifieke omstandigheden genoemd op grond waarvan de minister de boetes zal matigen.⁴⁵ Het gaat om de situatie waarin een werkgever van een gecertificeerd uitzendbureau gebruik maakt, sprake is van arbeid van geringe omvang en duur, die eenmalig heeft plaatsgehad, werkzaamheden in de privésfeer en een werkgever die de identiteit van vreemdelingen aan de hand van het stappenplan heeft gecontroleerd. Verder is in de toelichting de jurisprudentie van de Afdeling verankerd die inhoudt dat werkgevers een 'WAV-proof' contract moeten hebben en dat er met enige regelmaat controle op de naleving van de WAV moet plaatsvinden om aanspraak te kunnen maken op boetematiging. Geconstateerd kan worden dat de minister met de Boetebeleidsregels vijf jaar later alsnog in zekere zin zijn toezegging in de brief aan de Tweede Kamer van 15 september 2006 is nagekomen.⁴⁶ In die brief constateert hij dat de beleidsregels tot dan toe nog geen maatwerk leveren en dat op basis van de ervaringen die tot dan toe waren opgedaan met boetoplegging matigingsgronden zouden worden geformuleerd.

Wanneer de Beleidsregels worden vergeleken met de hiervoor besproken Richtlijn, is duidelijk dat een met de Richtlijn vergelijkbaar systeem waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen lichte en zware vergrijpen met de daarbij behorende maximale boetebedragen niet is overgenomen. Of dat een bewuste keuze is geweest van de minister, blijkt niet uit de (toelichting bij de) Boetebeleidsregels noch zijn voorgangers.

Ofschoon de Boetebeleidsregels inmiddels meer uitwerking geven aan 'concrete situaties', blijkt daaruit mijns inziens nog onvoldoende hoe de minister in een concreet geval invulling geeft aan het evenredigheidsbeginsel. In elk geval leiden de Beleidsregels ertoe dat een werkgever die geen of nauwelijks invloed heeft gehad op de illegale tewerkstelling (het internetbedrijf in voorbeeld 2) of die marktconforme lonen aan illegale werknemers heeft betaald, die de WAV voor het eerst heeft overtreden en die netjes premies enzovoort heeft afgedragen, een even hoge boete krijgt opgelegd als een werkgever (de tuinder in voorbeeld 1) die wel invloed heeft op de tewerkstelling, of een werkgever die geen premies enzovoort heeft betaald en bij herhaling illegale werknemers te werk heeft gesteld en uitgebuit. Op grond van de Richtlijn zou het OM met die omstandigheden wel rekening houden bij het formuleren van de strafeis, hetgeen leidt tot meer differentiatie in individuele gevallen. Hoewel de wetgever het werkgeversbegrip heeft willen verruimen, moet betwijfeld worden of het de bedoeling was om alle werkgevers gelijk te behandelen voor wat be-

41 Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 6.

42 Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 6, p. 7.

43 Stcrt. 2005, nr. 232, p. 19.

44 Vgl. Regeling van de Minister van SZW van 27 oktober 2011, nr. AI/AMF-MO/2011/16886, tot vaststelling van de Beleidsregels boeteoplegging WAV van 4 november 2011, Stcrt. 2011, nr. 19841.

45 Vgl. Regeling van de Minister van SZW van 27 oktober 2011, nr. AI/AMF-MO/2011/16886, tot vaststelling van de Beleidsregels boeteoplegging WAV van 4 november 2011, Stcrt. 2011, nr. 19841, p. 7.

46 Kamerstukken II 2005/06, 29 523, nr. 332, p. 16.

treft de hoogte van de boete. De hiervoor genoemde omstandigheden – mate van invloed, het behalen van financieel voordeel, recidive enzovoort – worden volgens de Boetebeleidsregels niet betrokken bij de beoordeling van de hoogte van de op te leggen boete(s), hetgeen gelet op de parlementaire geschiedenis te meer klemmt. Art. 4:84 Awb biedt slechts de mogelijkheid om in bijzondere gevallen af te wijken terwijl de genoemde (matiging)factoren geen bijzondere gevallen zijn en dus opgenomen zouden moeten worden in de Boetebeleidsregels. Dit leidt ertoe dat de minister nog steeds onvoldoende maatwerk levert.

6. Jurisprudentie Afdeling

Ook de bestuursrechter beoordeelt de boetehoogte, ervan uitgaande dat de beboete werkgever daarover klaagt en aan de beoordeling van die vraag wordt toegekomen.⁴⁷ Als de hoogte van een bestuurlijke boete niet evenredig is in het licht van de feiten en omstandigheden van het geval dan zal die sanctie gelet op het evenredigheidsbeginsel op nihil moeten worden gesteld of (aanzienlijk) moeten worden gematigd. Tot nihilstelling of boetematiging kan de bestuursrechter op de voet van art. 8:72 lid 4 Awb beslissen door zelf in de zaak te voorzien. Ten gevolge van de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb – welke van toepassing is op overtredingen begaan na 1 juli 2009 – is voor de bestuurlijke boete in art. 8:72a Awb bepaald dat wanneer de rechtbank het beroep gegrond verklaart haar uitspraak in de plaats treedt van de vernietigde beschikking.⁴⁸ De rechter zal dus zelf de hoogte van de boete moeten vaststellen. Voornoemd artikel levert een aantal interessante vragen op. Zo vragen Bröring en Naves zich af in hoeverre de rechter bij gebruikmaking van dit artikel rekening moet houden met beleidsregels en of de bestuursrechter zich tegenover deze regels net zo vrij mag opstellen als de rechter in het strafrecht?⁴⁹ Ik volsta in dit artikel met de opmerking dat art. 8:72a Awb naar mijn idee het bijzondere karakter van de bestuurlijke boete illustreert, die zich daarmee ook onderscheidt van een reguliere beschikking. Dit heeft dan ook gevolgen voor de wijze waarop het evenredigheidsbeginsel wordt getoetst.

De bestuursrechter dient de boetehoogte zoals hiervoor is opgemerkt 'vol' ('full jurisdiction') te toetsen.⁵⁰ Dat wil zeggen dat de rechter ten volle beoordeelt of, alle feiten en omstandigheden in aanmerking nemende, onevenredigheid bestaat tussen de overtreding en de opgelegde boete. Deze

evenredigheidstoets ligt in elk geval besloten in art. 6 lid 1 EVRM⁵¹, art. 49 lid 3 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie,⁵² art. 5:46 lid 2 en 3, Awb⁵³ en art. 3:4 lid 2 Awb.⁵⁴

Welke omstandigheden in het kader van de evenredigheidstoets in de Awb een rol zouden moeten spelen en hoe indringend de toets van het evenredigheidsbeginsel is, is in de memorie van toelichting bij de vierde tranche Awb niet of nauwelijks toegelicht. In elk geval zijn 'leeftijd' en 'draagkracht' genoemd als factoren die een rol kunnen spelen bij boeteoplegging.⁵⁵ Verder werd in antwoord op vragen van de VNG ten aanzien van art. 5:46 lid 3 Awb opgemerkt dat bijzondere omstandigheden op voorhand moeilijk zijn te geven en dat het in ieder geval moet gaan om uitzonderlijke situaties, waarmee de wetgever bij het vaststellen van de boeteregeling geen rekening heeft gehouden. Zo kan er volgens de regering sprake zijn van een wanverhouding tussen enerzijds de opgelegde boete en anderzijds de ernst van het feit en de omstandigheden die hebben geleid tot het beboetbare feit, maar buiten de directe invloedssfeer van de belanghebbende liggen.⁵⁶ In het kader van het evenredigheidsbeginsel stelt de regering verder nog dat 'de houding van de bestuursrechter kritischer wordt naarmate de opgelegde sanctie zwaarder is'.⁵⁷ Verder gaat zij er ook van uit dat er in het kader van art. 3:4 lid 2 Awb afstemming plaatsvindt met het strafrechtelijke beleid in het geval beboetbare feiten zowel via het straf- als het bestuursrecht kunnen worden gehandhaafd:

"Zowel bij het opstellen als bij het toepassen van dit 'vervolgingsbeleid' is het bestuursorgaan uiteraard wel gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij in dit verband in het bijzonder valt te denken aan het gelijkheidsbeginsel en aan het in artikel 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel. Voorts moet dit beleid zijn afgestemd met het strafrechtelijk beleid in de gevallen waarin een bijzondere wet voor bepaalde gedragingen voorziet in zowel de mogelijkheid van oplegging van een bestuurlijke boete als de mogelijkheid om strafrechtelijk op te treden. (...) Voor de hoogte van de boete geldt iets soortgelijks."⁵⁸

Ofschoon de WAV een strikte scheiding tussen bestraffing via het bestuurs- en het strafrecht maakt – zoals hiervoor is opgemerkt is de strafrechter immers bevoegd om straffen voor illegale tewerkstelling op te leggen alleen bij recidive – lijkt mij dat in deze opmerking van de regering toch ook een aanknopingspunt kan worden gevonden voor enige afstemming tussen het bestuurs- en strafrechtelijke beleid in gevallen waarin de strafrechter bevoegd blijft om voor dezelfde overtreding straffen op te leggen.

47 *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 142.*

48 Deze bepaling geldt ook in hoger beroep; art. 46 lid 1 Wet RvS.

49 De verplichting om boetes vast te stellen levert een aantal interessante vragen op. Volstaan wordt met verwijzing naar het artikel van Bröring & Naves, 'Waarborgen bij bestraffende bestuurlijke sancties: onvoltooid bestuursrecht', in: *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, p. 465.

50 HvJ EG 21 juni 1979, IJN BE4703.

51 Aangezien een bestuurlijke boete een 'criminal charge' is, is het EVRM daarop ook van toepassing.

52 T. Barkhuysen & A.W. Bos, De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *JBplus* 2011, p. 3 e.v. Bij mijn weten is bij de Afdeling in boetezaken nog niet eerder een beroep gedaan op het Handvest.

53 Sinds 1 juli 2009, ten gevolge van de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb.

54 Voor overtredingen begaan vóór 1 juli 2009.

55 *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 125 en 141.*

56 *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 7, p. 53.*

57 *Kamerstukken I 2007/08, 29 702, nr. C, p. 35.*

58 *Kamerstukken I 2007/08, 29 702, nr. C, p. 28.*

In elk geval blijkt uit de Boetebeleidsregels dat geen van de factoren – o.a. leeftijd, draagkracht en mate van betrokkenheid – bij de vaststelling van de boetehoogte worden betrokken noch waarom dergelijke factoren niet zijn opgenomen, hetgeen juist voor de hand had gelegen. Interessant is daarom om te kijken hoe de Afdeling in het kader van de evenredigheidstoets de boetebeleidsregels beoordeelt. Vooral nog heeft de Afdeling bij herhaling geoordeeld dat de boetebeleidsregels 'niet onredelijk' zijn.⁵⁹ Zij hanteert de volgende vaste overweging:

"Het gaat bij het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav om de aanwending van een bevoegdheid van de minister. De minister moet bij de aanwending van deze bevoegdheid de hoogte van de boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Ingevolge de verplichting hem opgelegd in artikel 19d, derde lid, van de Wav heeft de minister beleidsregels vastgesteld waarin de boetebedragen voor de overtredingen zijn vastgesteld. Deze beleidsregels zijn door de Afdeling als zodanig niet onredelijk bevonden (zie onder meer de uitspraak van 23 juni 2010 in zaak nr. 200908558/1/V6). Ook bij de toepassing van deze beleidsregels en de daarin vastgestelde boetebedragen dient de minister in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is. De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuur met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie."⁶⁰

Uitgangspunt is dus dat per concreet geval vol getoetst wordt en dat waar nodig, afgeweken moet worden van de boetebeleidsregels. Opvallend is alleen dat er in de praktijk nauwelijks wordt afgeweken. Dit valt mijns inziens te verklaren doordat de Afdeling stelt dat de boetebeleidsregels 'niet onredelijk' zijn. In het licht wat hiervoor over de boetebeleidsregels is gezegd, is die conclusie niet zonder meer te begrijpen. Ook niet wanneer de Boetebeleidsregels worden vergeleken met andere beleidsregels. Ik noem twee voorbeelden. De boetebeleidsregels van de OPTA geven aan dat in elke individuele situatie rekening wordt gehouden met de specifieke relevante omstandigheden van het geval,

59 Bij mijn weten heeft de Afdeling slechts twee keer geoordeeld dat de Boetebeleidsregels 2007 buiten toepassing moeten worden gelaten (vgl. AB 2009/350 en AB 2009/362, beide m.nt. O.J.D.M.L. Jansen).

60 O.a. ABRvS 20 juli 2011, nr. 201103050/1/V6, en bijv. de uitspraak van de ABRvS van 28 april 2010 (AB 2011/34) waarin zij verwijst naar onder meer de uitspraken van 11 juli 2007 in nr. 200607461, 12 maart 2008, nr. 200704906, 3 juni 2009, nr. 200803230 en 17 juni 2009, nr. 200806748.

zoals recidive, de ernst van het feit, het berokkende nadeel of het behaalde voordeel.⁶¹ Bovendien maken deze beleidsregels onderscheid in drie categorieën; zeer zware, zware en minder zware overtredingen, waarop de hoogte van boetes is afgestemd. Eenzelfde systeem kent de Beleidsregels CBP Handhaving protocolplicht Wet politiegegevens die onderscheid maken tussen zware en minder zware overtredingen.⁶² De hoogte van de boete wordt afgestemd op de ernst en duur van de overtreding. Daarom roep ik de wetgever, de minister en de bestuursrechter op om in de toekomst hogere eisen te stellen aan boetebeleidsregels.

Omdat de Afdeling de boetebeleidsregels niet onredelijk acht, lijkt er vanzelfsprekend weinig ruimte over te blijven voor maatwerk bij de beoordeling van individuele boetes. De hierna te bespreken jurisprudentie laat dat ook zien. Uitgangspunt is in elk geval dat de werkgever die een beroep doet op het evenredigheidsbeginsel concreet moet onderbouwen om welke omstandigheden het gaat die een matiging rechtvaardigen.⁶³ De jurisprudentie van de Afdeling laat tot op heden zien dat een identieke boete van € 8000 die de minister aan de tuinder (voorbeeld 1) en het internetbedrijf (voorbeeld 2) oplegt vanwege de illegale tewerkstelling van één vreemdeling de evenredigheidstoets doorstaat.⁶⁴ Dat de tuinder directe invloed heeft op de illegale tewerkstelling en het internetbedrijf niet of nauwelijks, is derhalve niet van belang. De strafrechter verdisconteerde die omstandigheid juist wel bij de strafoplegging. Anders dan de strafrechter, ziet de Afdeling geen aanleiding om boetes te matigen in het geval een werkgever geen (financieel) voordeel heeft behaald met het tewerkstellen van vreemdelingen.⁶⁵ Of sprake is van het (bewust) handelen in strijd met de doelstellingen van de WAV – het tegengaan van concurrentievervalsing, overtreding van de normen op het gebied van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden en de voortzetting van illegaal verblijf – is volgens de Afdeling niet van invloed op de hoogte van de conform de boetebeleidsregels vastgestelde boete.⁶⁶ Dat betekent dat een werkgever die de illegale vreemdeling 'netjes behandelt' (o.a. door hem markconform te belonen) even zwaar wordt gestraft als een werkgever die de vreemdelin-

61 www.opta.nl onder 'publicaties'.

62 www.cbp.nl.

63 Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling (onder meer de uitspraak van 29 oktober 2008 in zaak nr. 200802872) bestaat geen reden tot matiging van de opgelegde boete indien de beboete werkgever niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij door de opgelegde boete onevenredig wordt getroffen (vgl. ABRvS 6 oktober 2010, nr. 201000610).

64 Zie voor met dit voorbeeld vergelijkbare situaties o.a. ABRvS 6 april 2011, nr. 12012406v2, 23 juni 2010, nr. 20090854558 en ABRvS 17 maart 2010, nr. 200903419, AB 2010/182, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Zie over de reikwijdte van het werkgeversbegrip: A. Klap & T. de Lange, 'Marktordening via het werkgeversbegrip van de Wet arbeid vreemdelingen', SMA 2008, p. 390.

65 O.a. ABRvS 16 juni 2010, nr. 200910036, ABRvS 6 oktober 2010, nr. 201002926, ABRvS 23 juni 2010, nr. 200908558/1/V6.

66 ABRvS 30 juni 2010, nr. 200906145 en nr. 200906144, ABRvS 11 augustus 2010, nr. 200909988, ABRvS 6 oktober 2010, nr. 201002926.

gen uitbuit en geen premies en belastingen afdraagt. Ook het aantal illegaal tewerkgestelde vreemdelingen⁶⁷ en of al dan niet sprake is van recidive is voor de Afdeling geen aanleiding om boetes te matigen. Ten aanzien van de draagkracht van de werkgever is ook een verschil in opvatting tussen de strafrechter en de bestuursrechter te constateren. Daar waar de slechte financiële situatie door de strafrechter leidt tot strafvermindering, laat de WAV-jurisprudentie zien dat dat argument tot op heden nog niet tot boetematiging aanleiding heeft gegeven. Wel lijkt bestuursrechter dit argument wel veel indringender te toetsen dan de strafrechter.⁶⁸

Kortom: ofschoon de Boetebeleidsregels meer inzicht geven in concrete situaties die tot boetematiging aanleiding geven, lijkt de minister de opvatting te blijven huldigen dat het belang om illegale tewerkstelling tegen te gaan in de meeste gevallen prevaleert boven alle andere (individuele) belangen en omstandigheden en vindt de Afdeling die opvatting niet onredelijk. De Afdeling stelt stevast dat de argumenten die bij de strafrechter wel tot boetematiging leiden 'de overtredingen niet minder ernstig maken'.⁶⁹ Daarmee lijkt de Afdeling invulling te geven aan de wil van de wetgever om illegale tewerkstelling – ongeacht de situatie – hard te bestraffen. Het gevolg daarvan is wel dat de straf- en de bestuursrechter een andere toepassing geven aan art. 6 EVRM bij het beoordelen van dezelfde sancties. Dat lijkt mij voor de rechtseenheid en de rechtsgelijkheid geen goede zaak, zeker niet omdat de strafrechter nog steeds in beeld komt wanneer een werkgever zich herhaaldelijk schuldig maakt aan illegale tewerkstelling. Het gevolg van de boetebeleidsregels (die de Afdeling redelijk acht) is immers dat alle werkgevers – de tuinder in voorbeeld 1 en het internetbedrijf in voorbeeld 2 – over één kam worden geschoren. Verwordt de evenredigheidstoets daarmee niet tot een lege huls? Wat houdt de beoordeling van de 'ernst van de overtreding' en 'omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd' nog in als vele werkgevers als gelijken worden behandeld? Zelfs wanneer boetes aan financieel belang toemenen, laat de jurisprudentie van de Afdeling niet zien dat kritisch(er) naar de boetehoogte gekeken wordt.⁷⁰

7. Conclusie

In dit artikel is sanctionering van illegale tewerkstelling in de WAV door de straf- en de bestuursrechter met elkaar vergeleken. Daar waar de strafrechter indringend toetst en in de op te leggen straf een groot aantal omstandigheden (invloed, rol, behaalde (financieel) voordeel van de werkgever enzovoort) verdisconteert, leiden diezelfde omstandigheden bij de Afdeling tot dusverre nauwelijks tot boetema-

tiging. Dat betekent dat de straf- en de bestuursrechter ieder hun eigen invulling geven aan de evenredigheidstoets van geldboetes welke volgt uit onder meer art. 6 EVRM. Dat is op zichzelf opmerkelijk, omdat beide rechters sancties wegens illegale tewerkstelling kunnen opleggen die als 'criminal charge' kwalificeren. Anders dan de strafrechter acht de Afdeling het bijvoorbeeld evenredig dat de minister werkgevers die op grote afstand van de illegale tewerkstelling staan en daarop niet of nauwelijks invloed hebben een even hoge boete opgelegd krijgen als werkgevers die wel een directe relatie met vreemdelingen hebben en die daar mogelijk (financieel) voordeel uit behalen enzovoort. Daarmee lijkt de evenredigheidstoets van de minister en de bestuursrechter een lege huls te worden. Als kanttekening kan worden vermeld dat de Afdeling uitvoering geeft aan de wens van de wetgever die inhoudt dat alle werkgevers die zich schuldig maken aan illegale tewerkstelling, hard moeten worden gestraft. Dat neemt mijns inziens niet weg dat in de wetsgeschiedenis van de WAV en de vierde tranche van de Awb voldoende aanknopingspunten kunnen worden gevonden voor een werkwijze van de minister en de bestuursrechter die meer is geïnspireerd door die van het OM en de strafrechter. Maar er is hoop. In reactie op het onderzoek van de Rijksuniversiteit Groningen heeft de Minister van Veiligheid en Justitie de Tweede Kamer bericht dat voor de zomer van 2012 een beleidsreactie op dit rapport zal worden toegestuurd waarin concreet op de aanbevelingen wordt ingegaan.⁷¹ Die reactie zal er hopelijk toe gaan leiden dat in de (nabije) toekomst de huidige verschillen in strafmaat voor zover mogelijk worden weggenomen, hetgeen de kwaliteit en de overtuigingskracht van de wetshandhaving ten goede zal komen.

67 O.a. ABRvS 23 juni 2010, nr. 200908558. De ABRvS verwijst naar art. 19a, lid 2, van de WAV, waarin een cumulatiebepaling is neergelegd. Volgens die bepaling wordt vermeden dat een werkgever die één werknemer in dienst heeft een even hoge boete krijgt als een werkgever die 10 werknemers in dienst heeft.

68 O.a. ABRvS 17 november 2010, nr. 201003030.

69 O.a. ABRvS van 23 juni 2010, nr. 200908558.

70 O.a. ABRvS 29 februari 2012, nr. 200905594, 25 januari 2012, nr. 200804043 en 23 juni 2010, nr. 200908558.

71 Brief van de Minister van VenJ van 23 januari 2012 met kenmerk 5722769/12/6.