

AB 2022/220

## Boete. Datum overtreding bepalend.

ABRvS 02-03-2022, ECLI:NL:RVS:2022:619, m.nt. C.M.M. van Mil en R.P.A. Kraaijeveld

Instantie	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Datum	2 maart 2022
Magistraten	Mrs. J.Th. Drop, A. Kuijer, M. Soffers
Zaaknummer	202102118/1/V6
Noot	C.M.M. van Mil en R.P.A. Kraaijeveld
Folio weergave	
JCDI	JCDI:ADS656496:1
Vakgebied(en)	Vreemdelingenrecht / Algemeen Bestuursrecht algemeen / Handhaving algemeen Arbeidsrecht / Arbeidsmarktbeleid en -bemiddeling
Brondocumenten	ECLI:NL:RVS:2022:619, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 02-03-2022
Wetingang	Art. 5:46 Awb; art. 2a VW 2000 (oud); art. 2 Wav; art. 1dBesluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen (oud); art. 11Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2017 (oud); art. 1.9, 1.18, 1.19 VB 2000 (oud)

### Essentie

De datum van de overtreding is bepalend voor het antwoord op de vraag aan wie de boete kan worden opgelegd. Niet de datum van de boetebeschikking.

### Samenvatting

De Afdeling stelt voorop dat gelet op haar uitspraak van 7 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM0220, onder 2.4, de datum van de overtreding bepalend is voor het antwoord op de vraag aan wie de boete kan worden opgelegd en niet de datum van de boetebeschikking. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, blijkt uit een bij het boeterapport gevoegd uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel dat bedrijf op 28 juni 2018 is overgedragen aan appellante sub 2. Bedrijf stond dus ten tijde van de overtredingen in de periode van 1 januari 2018 tot 28 juni 2018 als eenmanszaak in het handelsregister ingeschreven. De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat appellante sub 1 als eigenaresse van bedrijf, ondanks de latere inbreng in appellante sub 2, aansprakelijk is voor de verplichtingen en schulden van bedrijf in de genoemde periode, waaronder de aan haar opgelegde boete wegens overtreding van de Wav. De rechtbank heeft verder terecht geoordeeld dat het door bedrijf aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 20 oktober 2017 niet op deze situatie van toepassing is, omdat het daarin gaat om rechtspersonen of daarmee gelijkgestelde entiteiten. Een eenmanszaak is niet een met een rechtspersoon gelijkgestelde entiteit, zodat de verwijzing naar het arrest bedrijf niet kan baten.

## Partij(en)

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. Appellante 1, voorheen handelend onder de naambedrijf,
2. Appellante 2,

appellanten, tegen de uitspraak van de Rechtbank Overijssel van 23 februari 2021 in zaken nrs. 20/798 en 20/799 in het geding tussen:

1. Bedrijf,
2. Appellante 2,

en

De staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

## Uitspraak

### Procesverloop

Bij afzonderlijke besluiten van 1 oktober 2019 heeft de staatssecretaris bedrijf een boete opgelegd van € 20.000 en appellante 2 een boete van € 12.000 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav). De staatssecretaris heeft daarnaast besloten tot openbaarmaking van inspectiegegevens.

Bij afzonderlijke besluiten van 6 maart 2020 heeft de staatssecretaris de door bedrijf en appellante 2 daartegen gemaakte bezwaren gegrond verklaard voor zover het de hoogte van de boetes betreft en de besluiten van 1 oktober 2019 in zoverre herroepen. De staatssecretaris heeft de boete aan bedrijf vastgesteld op € 7.000 en de boete aan appellante 2 op € 6.000.

Bij uitspraak van 23 februari 2021 heeft de rechtbank de door bedrijf en appellante 2 daartegen ingestelde beroepen ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben bedrijf en appellante 2 hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 13 januari 2022, waar bedrijf en appellante 2, vertegenwoordigd door appellante 1, bijgestaan door mr. S.M. Groen, advocaat te Amsterdam, en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door drs. C.D. van Brussel, zijn verschenen.

### Overwegingen

1.

Het wettelijk kader en het beleidskader zijn opgenomen in de bijlage, die deel uitmaakt van deze uitspraak.

## Inleiding

### 2.

De door een arbeidsinspecteur van de Inspectie SZW (thans: de Nederlandse Arbeidsinspectie) op ambtsead opgemaakte boeterapporten van 26 april 2019 houden in dat de Nederlandse Arbeidsinspectie in het kader van het toezicht op erkende referenten, als bedoeld in de Wet modern migratiebeleid, een onderzoek heeft ingesteld naar bedrijf. Deze eenmanszaak is met ingang van 28 juni 2018 overgedragen aan appellante 2. Uit een administratief onderzoek is gebleken dat drie vreemdelingen, van Russische nationaliteit, als kennismigranten werkzaam waren voor bedrijf. Persoon 1 was werkzaam als bedrijfseconomisch adviseur, persoon 2 als IT business consultant en persoon 3 als projectcoördinator. Uit de door bedrijf overgelegde gegevens bleek dat bedrijf het loon van de vreemdelingen in de periode van 1 januari 2018 tot 28 juni 2018, of gedeelten hiervan, niet maandelijks aan hen heeft uitbetaald. In deze periode hebben de vreemdelingen dus geen vast maandelijks brutoloon ontvangen. Hierdoor heeft bedrijf niet voldaan aan de vereisten van de kennismigrantenregeling, neergelegd in artikel 1d, eerste en vijfde lid, van het Besluit uitvoering Wav. Dit betekent dat bedrijf voor de werkzaamheden over tewerkstellingsvergunningen moest beschikken of dat de vreemdelingen over een gecombineerde vergunning voor werkzaamheden moesten beschikken, wat niet het geval was. Bedrijf heeft daarom artikel 2, eerste lid, van de Wav overtreden.

De boeterapporten houden verder in dat de Nederlandse Arbeidsinspectie informatie van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (hierna: de IND) heeft ontvangen, waaruit bleek dat appellante 2 niet was toegelaten als erkend referent op basis van de kennismigrantenregeling. Persoon 2 heeft echter in de periode van 28 juni 2018 tot en met 31 augustus 2018 werkzaamheden voor haar verricht en persoon 3 heeft dat gedaan in de periode van 28 juni 2018 tot en met 31 december 2018. Uit het onderzoek is gebleken dat het UWV Werkbedrijf voor de genoemde periodes geen tewerkstellingsvergunningen heeft afgegeven en de vreemdelingen niet beschikten over gecombineerde vergunningen voor werkzaamheden.

### 3.

De staatssecretaris heeft de aan bedrijf opgelegde boete van € 20.000 teruggebracht naar € 7.000, omdat uit navraag bij de IND is gebleken is dat persoon 2 in de onderzoeksperiode beschikte over een verblijfsdocument met de arbeidsmarktaantekening 'Arbeid vrij toegestaan. TWV niet vereist.' Dat betekent dat de eisen van de kennismigrantenregeling niet voor persoon 2 golden en dat voor hem geen tewerkstellingsvergunning was vereist. De staatssecretaris heeft daarom de boete voor persoon 2 ingetrokken. De staatssecretaris heeft verder geconstateerd dat hij voor de overtredingen ten aanzien van persoon 1 en persoon 3 ten onrechte het boetenormbedrag van € 8.000 voor rechtspersonen heeft toegepast in plaats van het boetenormbedrag van € 4.000 voor natuurlijke personen. Verder heeft de staatssecretaris toegelicht dat hij in het besluit van 1 oktober 2019 voor bedrijf ten onrechte de boete voor persoon 3 met 25% heeft gematigd op grond van artikel 11 van de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2017 (hierna: de Beleidsregel 2017), aangezien bedrijf niet heeft voldaan aan het vereiste van maandelijkse betaling voor kennismigranten. Echter, omdat bedrijf gelet op het verbod van reformatio in peius door het indienen van een bezwaarschrift niet in een slechtere positie mag komen te verkeren, heeft de staatssecretaris de toegepaste matiging in stand gelaten.

De staatssecretaris heeft verder de aan appellante 2 opgelegde boete van € 12.000 teruggebracht naar € 6.000, omdat hij, gelet op wat hiervoor uiteen is gezet, de boete voor persoon 2 heeft ingetrokken. Ook heeft hij de boete voor persoon 3 met 25% gematigd op grond van artikel 11 van de Beleidsregel 2017, omdat persoon 3 is verantwoord in de administratie van appellante 2.

### 4.

Bedrijf en appellante 2 zijn het niet eens met de door de staatssecretaris opgelegde boetes. De gronden die zij in hoger beroep naar voren hebben gebracht zullen hierna worden besproken. De Afdeling zal eerst ingaan op de door bedrijf aangevoerde hogerberoepsgronden, onder 5 tot en met 6.5. De tussenconclusie uit dit deel staat onder 7. Daarna zal de Afdeling ingaan op de hogerberoepsgronden van appellante 2, onder 8 tot en met

9.4.

## **bedrijf**

### **bedrijf bestond niet meer ten tijde van de boeteoplegging**

5.

Bedrijf betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat haar eigenaar, appellante 1, hoofdelijk aansprakelijk is voor alle verplichtingen en schulden van de eenmanszaak. Bedrijf voert aan dat op 28 juni 2018 alle activa en passiva zijn ingebracht in appellante 2 en dat zij ten tijde van de boeteoplegging dus niet meer bestond. Volgens bedrijf kan de vraag over hoofdelijke aansprakelijkheid zich alleen voordoen als de onderneming nog bestaat, wat in dit geval niet aan de orde is. Bedrijf wijst in dit verband op het arrest van de Hoge Raad van 20 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2655, waaruit volgens haar volgt dat geen boete kan worden opgelegd aan een onderneming die niet meer bestaat.

5.1.

De Afdeling stelt voorop dat gelet op haar uitspraak van 7 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM0220, onder 2.4, de datum van de overtreding bepalend is voor het antwoord op de vraag aan wie de boete kan worden opgelegd en niet de datum van de boetebeschikking. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, blijkt uit een bij het boeterapport gevoegd uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel dat bedrijf op 28 juni 2018 is overgedragen aan appellante 2. Bedrijf stond dus ten tijde van de overtredingen in de periode van 1 januari 2018 tot 28 juni 2018 als eenmanszaak in het handelsregister ingeschreven. De rechtbank heeft dan ook terecht geoordeeld dat appellante 1 als eigenaresse van bedrijf, ondanks de latere inbreng in appellante 2, aansprakelijk is voor de verplichtingen en schulden van bedrijf in de genoemde periode, waaronder de aan haar opgelegde boete wegens overtreding van de Wav. De rechtbank heeft verder terecht geoordeeld dat het door bedrijf aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 20 oktober 2017 niet op deze situatie van toepassing is, omdat het daarin gaat om rechtspersonen of daarmee gelijkgestelde entiteiten. Een eenmanszaak is niet een met een rechtspersoon gelijkgestelde entiteit, zodat de verwijzing naar het arrest bedrijf niet kan baten.

5.2.

Het betoog faalt.

## **Matiging**

6.

Bedrijf betoogt verder dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de staatssecretaris de boete voor persoon 1 met 25% had moeten matigen, omdat hij is verantwoord in de administratie van bedrijf, hij zijn salaris als kennismigrant heeft ontvangen en bedrijf belastingen en premies heeft afgedragen. Dat persoon 1 zijn salaris over januari 2018 in maart 2018 uitbetaald heeft gekregen, maakt volgens haar niet dat de staatssecretaris de boete niet kan matigen. Bedrijf betoogt verder dat de rechtbank niet heeft onderkend dat zij niet in strijd heeft gehandeld met de doelstellingen van de Wav. Zij voert aan dat ze het illegaal verblijf van persoon 1 en persoon 3 niet heeft gefaciliteerd, omdat zij in het bezit waren van geldige verblijfsvergunningen. Daarnaast is er geen sprake geweest van uitbuiting, omdat de vreemdelingen een salaris ontvingen dat in overeenstemming was met de kennismigrantenregeling. De overtreding ziet bovendien op het niet voldaan hebben aan het vereiste van maandelijkse betaling van de kennismigrantenregeling, zodat geen sprake is van verdringing van legaal arbeidsaanbod in Nederland. Volgens bedrijf moet de boete gelet op alle omstandigheden van het geval worden gematigd. Zij wijst er in dit verband op dat bedrijf niet meer bestond ten tijde van de boeteoplegging en

de late betalingen hebben plaatsgevonden, omdat persoon 1 en persoon 3 niet tijdig hun bankrekeningnummers aan haar hadden doorgegeven. Ten aanzien van persoon 1 wijst zij erop dat hij sinds 1 mei 2015 in dienst was en alleen zijn salaris over januari 2018 later is uitbetaald. Bedrijf wijst verder op een artikel uit het Financieel Dagblad van 19 oktober 2020 en antwoorden op Kamervragen over onterechte en te hoge boetes voor werkgevers (Aanhangsel Handelingen II, 2020/21, nr. 1416), waarin de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft aangegeven dat het opleggen van het volledige boetenormbedrag op zijn plaats is als de werkgever de regels bewust overtreedt. Bedrijf benadrukt dat zij geen malafide werkgever is die bewust de regels heeft overtreden.

### 6.1.

Het gaat bij het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav om de aanwending van een discretionaire bevoegdheid van de staatssecretaris. De staatssecretaris moet bij de aanwending van deze bevoegdheid, ingevolge artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, 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, zesde lid, van de Wav, heeft de staatssecretaris beleidsregels vastgesteld waarin de boetebedragen voor de overtredingen zijn vastgesteld. 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 deze evenredig is.

De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van de minister met betrekking tot de boete voldoet aan de eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.

### 6.2.

In situaties waarin verwijtbaarheid volledig ontbreekt bestaat geen grond voor boeteoplegging. Die situatie doet zich in elk geval voor indien de overtreder aannemelijk heeft gemaakt dat hij al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtreding te voorkomen. Een verminderde mate van verwijtbaarheid kan aanleiding geven de opgelegde boete te matigen.

### 6.3.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in onder meer de uitspraak van 3 oktober 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB4694, onder 2.3.1, is het de eigen verantwoordelijkheid van een werkgever om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of aan de voorschriften van de Wav wordt voldaan. Gelet op deze verantwoordelijkheid en het feit dat zij gebruik maakte van de kennismigrantenregeling, had bedrijf moeten weten dat het maandelijks uitbetalen van het loon een belangrijk vereiste van deze regeling was. Immers, zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1232, onder 5.2, volgt duidelijk uit de regelgeving dat het loon maandelijks betaald moet worden. De staatssecretaris heeft zich daarom terecht op het standpunt gesteld dat de overtreding bedrijf te verwijten valt. Dat persoon 1 opgenomen is in de administratie van bedrijf en bedrijf premies en belastingen heeft afgedragen, geeft volgens de Beleidsregel 2017 op zichzelf geen aanleiding voor een matiging in het geval van een kennismigrant. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, volgt uit de toelichting bij artikel 11 van de Beleidsregel 2017 dat indien er sprake is van een kennismigrant, voor matiging op deze grond ook voldaan moet zijn aan het looncriterium. Dit is nu juist het criterium waar bedrijf niet aan heeft voldaan voor zowel persoon 1 als persoon 3. Gelet op de uitspraak van de Afdeling van 1 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1958, heeft de rechtbank, gezien het belang dat in de kennismigrantenregeling wordt gehecht aan het vereiste dat het loon maandelijks wordt betaald, terecht geen aanleiding gezien voor matiging in het feit dat aan de andere vereisten wel is voldaan. Dat de hoogte van het loon van persoon 1 sinds zijn indiensttreding in overeenstemming was met de

kennismigrantenregeling en zijn loon slechts eenmaal te laat is betaald, is in het licht van het voorgaande onvoldoende om tot matiging van de boete over te gaan. De Afdeling volgt daarbij ook niet het betoog dat bedrijf de regels van de Wav niet bewust zou hebben overtreden. Uit de hierna onder 6.4. weergegeven omstandigheden volgt namelijk dat de late loonuitbetaling aan persoon 1 direct verband hield met een arbeidsconflict. Het loon van persoon 3 is niet tijdig betaald wegens het uitblijven van betaling door de klant van persoon 3. Gelet op deze omstandigheden heeft bedrijf in ieder geval in zoverre geheel bewust niet tijdig betaald. Zoals hiervoor al overwogen, volgt duidelijk uit de regelgeving dat tijdige loonbetalingen onderdeel zijn van de kennismigrantenregeling en de Wav. Daarom kan niet gezegd worden dat bedrijf de overtreding niet bewust heeft begaan.

Dat bedrijf de voortzetting van illegaal verblijf niet heeft gefaciliteerd door de tewerkstelling van de vreemdelingen en er geen sprake is geweest van uitbuiting, laat onverlet dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat bedrijf in strijd heeft gehandeld met de voornaamste doelstelling van de Wav: het voorkomen en ontmoedigen van illegale tewerkstelling. Bedrijf moest immers voor de tewerkstelling van de vreemdelingen over tewerkstellingsvergunningen beschikken, omdat zij voor beide vreemdelingen niet heeft voldaan aan het maandlooncriterium van de kennismigrantenregeling. Dit was echter niet het geval. Zoals de rechtbank ook terecht heeft overwogen, heeft door de illegale tewerkstelling van de vreemdelingen en het daarmee niet aannemen van andere werkzoekenden op de Nederlandse arbeidsmarkt, anders dan bedrijf betoogt, verdringing van legaal arbeidsaanbod in Nederland plaatsgevonden.

#### 6.4.

Verder treft het betoog dat bedrijf ten tijde van de boeteoplegging niet meer bestond geen doel, gelet op wat hiervoor onder 5.1 is overwogen. De Afdeling ziet ook in de verklaring van bedrijf dat de salarissen te laat zijn betaald omdat de vreemdelingen niet tijdig hun bankrekeningnummers aan haar hadden doorgegeven, geen aanleiding om de boete te matigen. Hiervoor is van belang dat uit de bij het boeterapport gevoegde verklaring van appellante 1 van 26 maart 2019 en het e-mailbericht van 9 april 2019 volgt dat de late uitbetaling van het loon van persoon 1 het gevolg was van een conflict tussen haar en persoon 1 over een concurrentiebeding. Appellante 1 vermoedde dat persoon 1 in dienst wilde treden bij een klant van bedrijf. Zij heeft uiteindelijk besloten om het loon van persoon 1 over januari 2018 in maart 2018 aan hem uit te betalen. Appellante 1 heeft verklaard dat persoon 1 al op 8 februari 2018 zijn nieuwe bankrekeningnummer aan haar had doorgegeven en persoon 3 dat op 11 mei 2018 heeft gedaan. Bedrijf heeft het loon van persoon 3 over januari en februari 2018 desalniettemin pas eind juli 2018 aan haar uitbetaald en het loon over de maanden maart, april en mei 2018 in augustus 2018. Over de late loonbetaling aan persoon 3 heeft appellante 1 in het e-mailbericht van 9 april 2019 vermeld dat zij afhankelijk is van de betalingen van de klanten waarvoor persoon 3 werkt. persoon 3 kon later dan gepland beginnen met de werkzaamheden en de klant had de laatste twee facturen niet betaald. De eerdere verklaringen van appellante 1 over de late loonbetalingen vertonen dan ook tegenstrijdigheden met de door bedrijf in hoger beroep gegeven verklaring.

#### 6.5.

Het betoog faalt.

### Tussenconclusie

#### 7.

De hogerberoepsgronden van bedrijf falen. De Afdeling zal in de volgende overwegingen ingaan op de hogerberoepsgronden van appellante 2.

### appellante 2

## Erkend referentschap is van rechtswege overgegaan

### 8.

Appellante 2 betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de staatssecretaris niet hoefde te wachten op de uitkomst van de vreemdelingenrechtelijke procedure op grond van de Vw 2000 over de intrekking van het erkend referentschap van bedrijf. Volgens appellante 2 heeft de rechtbank ook ten onrechte gewezen op het besluit van 7 maart 2019 waarbij de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid de aanvraag van persoon 3 om verlenging van de geldigheidsduur van haar verblijfsvergunning heeft afgewezen, haar verblijfsvergunning met terugwerkende kracht heeft ingetrokken en waarin staat dat appellante 2 niet erkend is als referent. Appellante 2 voert aan dat de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid vooralsnog slechts een voornemen heeft uitgebracht om het erkend referentschap van bedrijf in te trekken en de erkenning daarmee dus nog niet definitief is ingetrokken. De staatssecretaris van Justitie en Veiligheid heeft zich ook nog niet uitgelaten over de overgang van het erkend referentschap van bedrijf naar appellante 2. Appellante 2 betoogt dat het erkend referentschap van bedrijf van rechtswege op haar is overgegaan en wijst in dit verband op Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van de Europese Unie van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (*PB* 2001, L 082), waarin opgenomen is dat wanneer sprake is van een overgang van een onderneming, het dienstverband van de werknemers overgaat op de verkrijgende onderneming en dat de werknemers hun rechten en verplichtingen behouden zoals opgenomen in hun arbeidsovereenkomsten.

### 8.1.

Door persoon 3 arbeid te laten verrichten in de periode van 28 juni 2018 tot en met 31 december 2018 zonder over de vereiste tewerkstellingsvergunningen te beschikken, heeft appellante 2 artikel 2, eerste lid, van de Wav overtreden. De staatssecretaris was daarom bevoegd om appellante 2 wegens deze overtreding te beboeten en was, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, niet gehouden om de uitkomst van de vreemdelingenrechtelijke procedure over de intrekking van de erkenning van bedrijf als referent af te wachten. Hiervoor is mede van belang dat er voldoende aanwijzingen zijn dat appellante 2 geen erkend referent was in de genoemde periode. Dit volgt ten eerste uit het bij het boeterapport gevoegde besluit van 7 maart 2019, waarin de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid uiteen heeft gezet dat hij bedrijf vanaf 5 juli 2018 niet meer aanmerkt als erkend referent en dat appellante 2 niet is toegelaten als erkend referent. De staatssecretaris heeft in zijn verweerschrift in beroep toegelicht dat uit telefonische navraag bij de IND is gebleken dat het bezwaar tegen het besluit van 7 maart 2019 ongegrond is verklaard bij besluit van 16 mei 2019 en dat dit besluit in rechte is komen vast te staan. Anders dan appellante 2 betoogt, heeft de rechtbank het besluit van 7 maart 2019 dan ook terecht bij haar oordeel betrokken.

Verder is bedrijf door de overdracht van haar activa en passiva aan appellante 2 onderdeel geworden van appellante 2, een andere onderneming met een eigen KvK-nummer. Uit artikel 2a, eerste lid, aanhef en onder c, van de Vw 2000, gelezen in verbinding met artikel 1.9, eerste lid, van het Vb 2000, zoals deze luiden ten tijde van de inbreng van bedrijf in appellante 2, volgt dat een werkgever die is ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en met wie een vreemdeling een arbeidsovereenkomst heeft afgesloten, als referent kan optreden. In de uitspraak van 18 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:173, onder 10.1, heeft de Afdeling geoordeeld dat zij het beleid van de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid zoals opgenomen in Werkinstructie 2013/3 en inhoudende dat bij afzonderlijke bedrijven met een eigen inschrijving in het handelsregister van de Kamer van Koophandel afzonderlijke erkenningen vereist zijn, niet onredelijk acht. Daarbij heeft de Afdeling van belang geacht dat uit de artikelen 1.18 en 1.19 van het Vb 2000 volgt dat bij de aanvraag om erkenning als referent een beoordeling wordt verricht naar de continuïteit en solvabiliteit alsmede de betrouwbaarheid van de aanvrager. Deze beoordeling verschilt per onderneming. De staatssecretaris van Justitie en Veiligheid heeft Werkinstructie 2013/3 met ingang van 23 oktober 2017 vervangen door Werkinstructie 2017/9, die gold ten tijde van de inbreng van bedrijf in appellante 2. Hierin is nader geconcretiseerd dat de erkenning als referent gekoppeld is aan het KvK-nummer en deze erkenning niet kan worden overgedragen. Uit het beleid van de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid volgt dan ook

duidelijk dat appellante 2 een nieuwe aanvraag tot erkenning als referent had moeten indienen op basis van haar eigen KvK-nummer om gebruik te kunnen maken van de kennismigrantenregeling. Zowel de staatssecretaris als de rechtbank hebben terecht uit dit beleid afgeleid dat de erkenning van bedrijf als referent niet automatisch is overgegaan op appellante 2. Verder kan de verwijzing van appellante 2 naar Richtlijn 2001/23/EG haar niet baten, omdat uit onder meer de punten 3 en 4 van de considerans volgt dat de richtlijn bescherming biedt aan werknemers bij verandering van ondernemer. Uit deze richtlijn volgt niet dat bij de overgang van een onderneming de status die de onderneming heeft verkregen van de overheid, zoals in dit geval de status van erkend referent, van rechtswege overgaat naar de verkrijgende onderneming.

## 8.2.

Het betoog faalt.

## Matiging

## 9.

Appellante 2 betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat zij geen geslaagd beroep kan doen op het vertrouwensbeginsel. Appellante 2 voert aan dat de IND meerdere malen aan haar heeft bevestigd dat de erkenning als referent van bedrijf zou overgaan op appellante 2. Zij wijst in dit verband op een zienswijze van 23 augustus 2019 die appellante 1 heeft ingediend tegen het voornemen van de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid tot intrekking van het erkend referentschap van bedrijf. Volgens appellante 2 moet de boete daarom verdergaand worden gematigd. Appellante 2 voert verder aan dat de boete moet worden gematigd, omdat zij niet in strijd heeft gehandeld met de doelstellingen van de Wav. Volgens appellante 2 is geen sprake van verdringing van legaal arbeidsaanbod, omdat persoon 3 beschikte over een geldige verblijfsvergunning, zij al in dienst was bij bedrijf en door de inbreng van die onderneming in appellante 2 van rechtswege in dienst is getreden bij appellante 2. Appellante 2 betoogt voorts dat de boete gelet op alle omstandigheden van het geval moet worden gematigd. Zij wijst er in dit verband onder meer op dat de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid vooralsnog slechts een voornemen heeft uitgebracht tot intrekking van de erkenning als referent van bedrijf, hij nog niet heeft beslist of de erkenning is overgegaan op appellante 2 en zij de Wav niet bewust heeft overtreden.

## 9.1.

Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel moeten drie stappen worden doorlopen. Allereerst moet de betrokkene aannemelijk maken dat van de zijde van de overheid toezeggingen of andere uitlatingen zijn gedaan of gedragingen zijn verricht waaruit de betrokkene in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kon en mocht afleiden of en zo ja, hoe het bestuursorgaan in een concreet geval een bevoegdheid zou uitoefenen. Bij de tweede stap moet de vraag worden beantwoord of die toezegging aan het bevoegde bestuursorgaan kan worden toegerekend. Dat is het geval als de betrokkene in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs kon en mocht veronderstellen dat degene die de uitlating deed of de gedraging verrichtte de opvatting van het bevoegde orgaan vertolkte. Als beide vragen bevestigend worden beantwoord, en er dus een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel kan worden gedaan, volgt de derde stap. Dat sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen betekent namelijk niet dat daaraan altijd moet worden voldaan. Zwaarder wegende belangen, zoals het algemeen belang of de belangen van derden, kunnen daaraan in de weg staan. De Afdeling wijst op haar uitspraken van 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694, onder 11, en van 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2606, onder 44.

## 9.2.

De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat appellante 2 niet aannemelijk heeft gemaakt dat van de zijde van de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid toezeggingen of uitlatingen zijn gedaan als bedoeld in de hiervoor onder 9.1 beschreven eerste stap. In de door appellante 2 overgelegde zienswijze van 23 augustus



2019 stelt appellante 1 weliswaar dat zij in 2018 telefonisch contact heeft gezocht met de IND om de inbreng van bedrijf in appellante 2 door te geven en dat een medewerker van de IND haar heeft verteld dat zij in dat verband niks hoefde te doen, maar dit is niet nader onderbouwd. Uit deze zienswijze volgt bovendien niet dat de IND concreet en ondubbelzinnig heeft toegezegd dat de erkenning van bedrijf als referent automatisch zou overgaan op appellante 2. De rechtbank heeft daarom terecht geoordeeld dat het beroep van appellante 2 op het vertrouwensbeginsel niet slaagt en er daarmee geen aanleiding bestaat om de boete op grond daarvan verdergaand te matigen.

### 9.3.

Met inachtneming van het onder 6.1 en 6.2 weergegeven toetsingskader, is de Afdeling verder met de rechtbank van oordeel dat de door appellante 2 aangevoerde omstandigheden evenmin aanleiding geven voor verdergaande matiging. Immers, ook voor appellante 2 geldt dat zij in strijd heeft gehandeld met de voornaamste doelstelling van de Wav: het voorkomen en ontmoedigen van illegale tewerkstelling. Anders dan appellante 2 betoogt, heeft door de illegale tewerkstelling van persoon 3 en het daarmee niet aannemen van andere werkzoekenden op de Nederlandse arbeidsmarkt, verdringing van legaal arbeidsaanbod in Nederland plaatsgevonden. Zoals de Afdeling voorts al onder 6.3 heeft overwogen, is het de eigen verantwoordelijkheid van de werkgever om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of aan de voorschriften van de Wav wordt voldaan. Gelet op deze verantwoordelijkheid, had het op de weg van appellante 2 gelegen om informatie in te winnen bij het UWV Werkbedrijf of de IND, indien bij haar onduidelijkheid bestond over haar werkgeverschap, de toepassing van de kennismigrantenregeling door de overname van bedrijf en de vraag of zij over een tewerkstellingsvergunning moest beschikken voor de werknemers die door de overname van rechtswege bij haar in dienst waren getreden. Omdat zij niet aannemelijk heeft gemaakt informatie te hebben ingewonnen bij de IND, is de overtreding geheel aan appellante 2 te verwijten en is er geen sprake van een verminderde verwijtbaarheid. Daarom kan het betoog van appellante 2 niet leiden tot verdergaande matiging van de boete. Dat de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid nog niet definitief heeft beslist of het erkend referentschap van bedrijf is overgegaan op appellante 2 kan, gelet op wat hiervoor onder 8.1 is overwogen, evenmin leiden tot verdergaande matiging van de opgelegde boete.

### 9.4.

Het betoog faalt.

## Conclusie

### 10.

De hoger beroepen van bedrijf en appellante 2 zijn ongegrond. De uitspraak van de rechtbank wordt bevestigd. De staatssecretaris hoeft geen proceskosten te vergoeden.

## Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

## Noot

**Auteur:** C.M.M. van Mil en R.P.A. Kraaijeveld[\*]

## 1.

Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien de overtreder is overleden, aldus de letterlijke tekst van artikel 5:42, lid 1, Awb. De gedachte achter deze bepaling is dat een boete slechts de nalatenschap zou treffen, zodat de boete het beoogde bestraffende effect niet kan hebben. In lijn daarmee is in artikel 5:42, lid 2, Awb, bepaald dat een boete vervalt als zij op het tijdstip van overlijden nog niet onherroepelijk is, alsmede dat een boete vervalt voor zover zij op het tijdstip van overlijden van de overtreder nog niet is betaald (vgl. [Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3](#), p. 135). Als de overtreder een natuurlijk persoon betreft, dan is de vaststelling van het overlijden in juridische zin geregeld in de Wet op de lijkbezorging. Maar wat nu als de overtreder een onderneming is, die bij aanvang van het boeteproces is opgehouden te bestaan?

## 2.

Het antwoord op die vraag is niet in de Awb te vinden. Evenmin in de toelichting op artikel 5:42 Awb. Het enige aanknopingspunt uit die toelichting is dat artikel 5:42 Awb is opgesteld ' *in navolging van het strafrecht (art. 69 WvSr.), het fiscale recht (artikel 67i Awr) en het sociaal zekerheidsrecht (...)* Relevant voor beantwoording van de hiervoor gestelde vraag is allereerst artikel 5:1, lid 3, Awb. Ingevolge deze bepaling kunnen bestuurlijke boeten worden opgelegd aan natuurlijke personen en aan rechtspersonen, waarbij artikel 51, lid 2 en 3, Sr van overeenkomstige toepassing is. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning op grond van artikel 51, lid 2, Sr worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, onder meer tegen die rechtspersoon worden uitgesproken. Voor de toepassing van deze regeling worden volgens art. 51, lid 3, Sr met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.

## 3.

In het door appellante aangehaalde arrest van de fiscale kamer van de Hoge Raad van 20 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2655, (r.o. 2.3.5), is geoordeeld dat de in artikel 5:1, lid 3, Awb voorziene overeenkomstige toepassing van art. 51, lid 2 en 3, Sr meebrengt dat ook bij de regeling uit het strafrecht wordt aangeknoopt voor zover het gaat om de vraag of bestuurlijke beboeting nog mogelijk is nadat een rechtspersoon of een daarmee op grond van artikel 51, lid 3, Sr op één lijn te stellen entiteit is opgehouden te bestaan. Voor het strafrecht geldt volgens de Hoge Raad dat de vervolging van een rechtspersoon of een voor de toepassing van artikel 51 Sr daarmee gelijkgestelde entiteit niet meer kan aanvangen indien voor derden kenbaar is (bijvoorbeeld door publicatie in het Handelsregister) dat die rechtspersoon of entiteit ontbonden is. Dit strookt ook met artikel 2:6 lid 1 BW. Indien ten tijde van het instellen van de strafvervolgning uit de stukken het rechtstreekse en ernstige vermoeden rijst dat de rechtspersoon of daarmee gelijkgestelde entiteit voor het instellen van de vervolging was ontbonden, is de officier van justitie gehouden tot een nader onderzoek ter zake (HR 16 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3630).

## 4.

Overeenkomstige toepassing van het voorgaande in het bestuurlijke boeterecht brengt mee dat het opleggen van een bestuurlijke boete aan een rechtspersoon of daarmee gelijkgestelde entiteit (zoals een vennootschap onder firma) die is ontbonden, slechts mogelijk is in gevallen waarin de kennisgeving van het voornemen tot boeteoplegging — of bij het ontbreken van een voorafgaande kennisgeving: het opleggen van de boete zelf — heeft plaatsgevonden voordat de ontbinding van die rechtspersoon of entiteit voor derden kenbaar was (bijvoorbeeld door publicatie in het Handelsregister). In de overige gevallen leidt kenbaarheid van de ontbinding voor derden ertoe dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan de ontbonden rechtspersoon of entiteit vervalt.

## 5.

Een in de praktijk veel voorkomende variant hierop is de rechtspersoon die wordt omgezet in of voortgezet door een andere rechtspersoon. In dat geval is in het strafrecht niet de civiele rechtsvorm maar de maatschappelijke realiteit bepalend, hetgeen ertoe kan leiden dat de nog bestaande (overnemende) rechtspersoon wordt vervolgd ter zake van feiten begaan door zijn rechtsvoorganger (vgl. HR 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD3918). De Afdeling stelde in een vergelijkbare zaak al eens de voorwaarde dat de voor derden kenbare rechtsvorm ten tijde van de overtreding bepalend is, dus niet de rechtsvorm ten tijde van de boetoplegging (ABRvS 7 april 2010, AB 2011/6). De rechtbank Rotterdam heeft in haar uitspraak van 11 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:8993, bestuurlijke boetes, die waren opgelegd door de AFM, uiteindelijk toegerekend aan de rechtsopvolger ‘ *omdat de belangen van de rechtsopvolger identiek zijn aan die van de rechtsvoorganger en daarvoor voor andere betrokkenen in het rechtsverkeer geen enkele onduidelijkheid over onzekerheid kon bestaan*’.

## 6.

Overigens kan de rechtspersoon die een onderneming drijft waarbinnen een strafbaar feit is begaan daarvoor ook worden vervolgd als hij nadien door een andere rechtspersoon wordt voortgezet (HR 17 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0220). Dit kwam ook aan de orde in de uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBb van 31 mei 2022, ECLI:NL:CBB:2022:280:

“Het feit dat naam 2, een beleggingsonderneming, door de juridische fusie met een (buitenlandse) bank reeds vóór het primaire besluit van rechtsvorm is gewijzigd, maakt niet dat verweerster niet langer bevoegd was een boete voor door naam 2 begane overtredingen op te leggen. Uit vaststaande jurisprudentie volgt dat de datum van de overtreding in de regel bepalend is voor het antwoord op de vraag wie de overtreder is en aan wie de boete moet worden opgelegd. Uit het uittreksel uit het handelsregister is gebleken dat naam 2 ten tijde van de door verweerster gestelde overtredingen als beleggingsonderneming daarin was ingeschreven. Deze registratie is op 17 mei 2021 beëindigd in verband met de fusie. Verzoekster kwalificeert als rechtsopvolgster onder algemene titel van naam 2. Als gevolg daarvan zijn alle rechten en plichten van naam 2 op verzoekster overgegaan. Verweerster heeft daarom de overtredingen van naam 2 aan verzoekster kunnen toerekenen.”

## 7.

Eerder zijn over dit leerstuk kritische annotaties verschenen van Jansen in AB 2011/6, AB 2011/14 en AB 2011/15 en van Stijnen in AB 2012/134. Zij lijken te suggereren dat de jurisprudentie van de Afdeling en het CBb niet in de pas loopt met die van de Hoge Raad. Op basis van de hier geannoteerde uitspraak betwijfelen wij of die suggestie (nog steeds) juist is. In onderhavig geval gaat het om een bestuurlijke boete opgelegd aan een ‘bedrijf’ dat, ten tijde van de overtreding, werd gedreven zonder rechtspersoonlijkheid, namelijk een eenmanszaak. De Afdeling verwijst in dit verband naar de hiervoor aangehaalde uitspraak van 7 april 2010. Een eenmanszaak wordt gedreven door een natuurlijk persoon die aansprakelijk is voor de schulden die namens of door hem zijn aangegaan. Er is in dat geval geen onderscheid tussen privéschulden en zakelijke schulden. Onzes inziens overweegt de Afdeling dan ook terecht dat een eenmanszaak niet een met een rechtspersoon gelijkgestelde entiteit is, zodat de verwijzing door appellante naar het arrest van de Hoge Raad van 20 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2655, haar niet kan baten: de datum van de overtreding is in dit geval bepalend voor het antwoord op de vraag aan wie de boete kan worden opgelegd en niet de datum van de boetebeslissing.

---

## Voetnoten

[\*] R.P.A. Kraaijeveld is senior jurist bij De Nederlandsche Bank. Deze annotatie is geschreven op persoonlijke titel.