

187

Toepasselijkheid kennismigrantenregeling BuWav bij bestaande arbeidsovereenkomsten

Rechtbank Rotterdam
9 juni 2022, nrs. ROT 21/5559, 21/5560,
ECLI:NL:RBROT:2022:4630
(mr. Feltz)
Noot mr. B.M.C. Stenden, mr. S.W. Kleijer

Kennismigrantenregeling. Girale uitbetaling. BuWav.

[Awb art. 5:46; Wav art. 2, 18; BuWav art. 1d;
Beleidsregel 2020 art. 11; Wml art. 7a, 18]

Bij de werkgever zijn sinds 2013 drie Egyptische kennismigranten in dienst. Omdat de werkgever de werknemers anders dan giraal heeft uitbetaald in de periode 1 januari 2018 tot 1 juli 2019, zijn door de Inspectie SZW twee boetes opgelegd. Bij een eerste besluit is een boete opgelegd op grond van art. 1d BuWav. Door het uitbetalen van het minimumloon anders dan giraal voldoet de werkgever niet aan de kennismigrantenregeling en had hij moeten beschikken over tewerkstellingsvergunningen. Bij een tweede besluit is een boete opgelegd op grond van art. 7a Wml, waarin ook wordt voorgeschreven dat werkgevers uitbetalingen giraal moeten voldoen. De werkgever heeft zich verzet tegen de besluiten en beroept zich op het rechtszekerheidsbeginsel (i.e., de voorzienbaarheid van de kennismigrantenregeling van het BuWav dat per 1 januari 2014 is gewijzigd met de invoering van art. 1d), het ne bis in idem-beginsel en het evenredigheidsbeginsel.

De rechtbank verklaart het beroep op het rechtszekerheidsbeginsel gegrond. Noch uit de publicatie van de wijziging in de Staatscourant, noch uit enig overgelegd stuk blijkt dat het nieuwe art. 1d BuWav ook van toepassing is op de kennismigrant die op een datum voorafgaand aan de inwerkingtreding ervan bij de werkgever in dienst is getreden, zoals zich in casu voordoet. Daarentegen slaagt het beroep op het ne bis in idem-beginsel niet. Art. 1d BuWav en art. 7a Wml zien op verschillende voorschriften die verschillende be-

langen beogen te beschermen, respectievelijk illegale tewerkstelling voorkomen en het toezien op het betalen van het minimumloon door girale betalingen te vereisen van de werkgever. Voor matiging van de Wml-boete is geen ruimte. In de Beleidsregel 2018 staan boetebedragen uitsluitend gebaseerd op niet-girale uitbetaling in strijd met art. 7a Wml. Nu er geen strafverzwarende omstandigheden zijn meegenomen in de boetebedragen is er geen grond om de bedragen te verlagen. Er is dus geen sprake van strijd met het evenredigheidsbeginsel. De rechtbank vernietigt het eerste besluit en daarmee de Wav-boete van € 20.000, maar houdt de Wml-boete à € 1.250 opgelegd door de Inspecteur in het tweede besluit in stand.

NB. Uit de Detacheringsrichtlijn volgt dat de lidstaat van ontvangst het minimumloon bepaalt. Het HvJ EU oordeelde dat daaruit volgt dat die lidstaat ook de berekeningswijze bepaalt («JAR» 2015/77). Slechts enkele vergoedingen mogen op het minimumloon worden ingehouden. Om juiste betaling door de Inspectie te kunnen laten controleren, moeten werkgevers eventuele onkostenvergoedingen op de loonstrook specificeren.

[Naam eiser] te [plaats],
eiser,
gemachtigde: mr. E.T.P. Scheers,
tegen
[naam verweerder],
verweerder,
gemachtigde: mr. J.E. Tiggelaar.

Procesverloop
(...; red.)

Overwegingen**Inleiding**

1.1. [naam eiser] is opgericht op 11 oktober 2012. Zij is gevestigd aan de [adres] in Amsterdam. De onderneming houdt zich onder meer bezig met de verkoop, installatie en onderhoud van medische instrumenten en meubilair.

1.2. Op 24 augustus 2018 heeft een arbeidsinspecteur van de Inspectie SZW de bedrijfsvoering van [naam eiser] onderzocht over de periode van 1 juli 2017 tot en met 13 juni 2018 ter zake van de naleving van de Wav en over de periode 1 januari tot 1 juli 2019 ter zake van de naleving van de

Wml. Uit het eerste onderzoek is gebleken dat eiser in deze periode drie werknemers met de Egyptische nationaliteit tewerk heeft gesteld zonder over tewerkstellingsvergunningen of gecombineerde vergunningen te beschikken. Uit het tweede onderzoek is gebleken dat eiser in deze periode het minimumloon van een werknemer anders dan giraal heeft uitbetaald. Op 15 en 17 mei 2019 heeft de arbeidsinspecteur op ambtseed opgemaakte boeterapporten opgesteld. Deze boeterapporten zijn op dezelfde dagen nog naar eiser toegezonden.

1.3. Bij brieven van 16 augustus 2019 heeft verweerder eiser in kennis gesteld van het voornemen hem een bestuurlijke boete op grond van de Wav en de Wml op te leggen en de inspectiegegevens openbaar te maken. Bij brief van 30 september 2019 heeft eiser zijn zienswijzen kenbaar gemaakt.

De bestreden besluiten

2.1. Het bestreden besluit I houdt het volgende in. Verweerder heeft aan eiser een bestuurlijke boete opgelegd wegens drie overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wav. Aan de overtreding legt verweerder het op ambtseed opgemaakte boeterapport en de door werknemers afgelegde verklaringen ten grondslag. Uit het boeterapport en de verklaringen blijkt dat eiser in de periode van 1 juli 2017 tot en met 13 juni 2018 het loon van [naam werknemer 1] (hierna: werknemer I) niet giraal heeft betaald en aan [naam werknemer 2] en [naam werknemer 3] (hierna: werknemer II en III) meerdere maanden geen loon of loon dat lager is dan het voor kennismigranten van hun leeftijd geldende minimumbedrag heeft betaald. Dat betekent dat eiser in deze periode niet heeft voldaan aan de kennismigrantenregeling zoals bedoeld in artikel 1d van het BuWav. Nu niet voldaan is aan de kennismigrantenregeling diende eiser ten aanzien van deze werknemers te beschikken over tewerkstellingsvergunningen. Eiser beschikte echter niet over dergelijke vergunningen, hetgeen een overtreding is als bedoeld in artikel 18 van de Wav. In de door eiser aangevoerde omstandigheden ziet verweerder geen aanleiding om de ten aanzien van werknemers II en III opgelegde boetes te matigen maar wel om de ten aanzien van werknemer I opgelegde boete te matigen tot € 4.000,=. Het bezwaar is dan ook gegrond voor zover gericht tegen de hoogte van de boete

ten aanzien van werknemer I en voor het overige ongegrond, aldus verweerder.

2.2. Het bestreden besluit II houdt het volgende in. Verweerder heeft aan eiser op grond van artikel 18b, eerste lid van de Wml een bestuurlijke boete opgelegd van € 1.250,=. Door een werknemer in de periode van 1 januari tot 1 juli 2019 anders dan giraal uit te betalen heeft eiser immers artikel 7a, eerste lid, van de Wml overtreden. Aan de overtreding legt verweerder de op ambtseed opgemaakte boeterapport ten grondslag. De hoogte van de boete is berekend conform de Beleidsregel bestuursrechtelijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag 2018 (de Boetebeleidregel 2018). In de door eiser aangevoerde omstandigheden ziet verweerder geen aanleiding om de hoogte van de boete te matigen.

Wettelijk kader

3. De voor deze uitspraak relevante artikelen in de Wav, het BuWav, Beleid boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2020 (Beleidsregel 2020), Wml en de Boetebeleidregel 2018 zoals geldend ten tijde van de bestreden besluiten en voor zover van belang, zijn opgenomen in de aan deze uitspraak gehechte bijlage, die onderdeel uitmaakt van deze uitspraak.

Openbaarmaking inspectiegegevens Wav

4. De rechtbank stelt vast dat eiser geen zelfstandige beroepsgronden heeft gericht tegen het openbaar maken van de inspectiegegevens in het kader van de Wav.

Wav-boete

Overtreding

5. Eiser betoogt primair dat verweerder zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat eiser artikel 18 van de Wav heeft overtreden. De betrokken werknemers zijn in dienst getreden vóór 1 januari 2014, de datum van publicatie van de nieuwe voorschriften volgens welke het loon maandelijks en giraal moest worden uitbetaald. Die voorschriften zijn daarom niet van toepassing op de desbetreffende werknemers, mede in het licht van Vreemdelingenbesluit art. 3.103 volgens welke bepaling het recht dat geldt op het moment van de aanvraag van toepassing blijft. Tijdens de onderzoeksperiode voldeed eiser wel degelijk aan de kennismigrantenregeling. Verweerder is bij de toetsing aan het looncriterium 2012 ten onrechte

uitgegaan van het maandloon en de girale uitbetaling van het loon. Daarbij wijst eiser op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) van 15 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:413.

6. Het oordeel van de rechtbank luidt als volgt.

6.1. De Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 28 november 2013, 2013-0000163182 (de Regeling) is gepubliceerd in de Staatscourant 2013, 34008 en het Staatsblad 2013, 360. De Regeling is op 1 januari 2014 in werking getreden. Met deze regeling is artikel 1d van het BuWav gewijzigd in die zin dat vereist is om het loon aan kennismigranten maandelijks giraal uit te betalen.

6.2. In de Afdelingsuitspraak van 31 januari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:296) is de vraag aan de orde of het gewijzigde artikel 1d van het BuWav van toepassing is. De Afdeling beantwoordt die vraag bevestigend. Uit de uitspraak (r.ov. 3.2) valt op te maken dat de Afdeling van toepassing acht de voorschriften “ten tijde van de ... Overtredingen.” Dat impliceert, dat de Afdeling de aanvangsdatum van het werkverband niet beslissend acht. In navolging van deze Afdelingsuitspraak is de rechtbank van oordeel dat het gewijzigde artikel 1d van het BuWav ook van toepassing is op kennismigranten die vóór de inwerkingtreding ervan te werk zijn gesteld en sindsdien niet van werkgever zijn gewisseld. In voorliggende zaak deden de geconstateerde overtredingen zich voor in 2017 en 2018, dus ná de wijziging. Gelet daarop is verweerder bij de toetsing van het looncriterium terecht uitgegaan van de vereiste girale maandelijks uitbetaling van het loon. Eisers beroep op de Afdelingsuitspraak van 15 februari 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:413) treft geen doel. De periode van overtredingen waar deze uitspraak op ziet lag in 2013 zodat toepasselijkheid van de voorschriften van 1 januari 2014 (maandloon en girale betaling) niet aan de orde was. Gelet op al het vorenstaande slaagt de onder 5 weergegeven beroepsgrond niet.

Rechtszekerheidsbeginsel, lex certa-beginsel en kenbaarheidvereiste

7. Eiser betoogt subsidiair dat als toch sprake is van een overtreding hij redelijkerwijs niet van de wijziging in de regelgeving op de hoogte kon zijn en daarom het bestreden besluit strijdt met het lex certa-beginsel, rechtszekerheidsbeginsel en het kenbaarheidvereiste.

8. Het oordeel van de rechtbank luidt als volgt.

8.1. Uit vaste Afdelingsjurisprudentie (zie onder meer de uitspraak van 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1235) volgt dat het lex certa-beginsel, dat onder meer besloten ligt in artikel 7 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), van de wetgever verlangt dat hij met het oog op de rechtszekerheid op een zo duidelijk mogelijke wijze de verboden gedragingen omschrijft.

8.2. Niet ter discussie staat dat het looncriterium van 2012 ook na 1 januari 2014 van toepassing is gebleven op de arbeidsverhouding met werknemers I-III nu deze in 2013 met hun werkzaamheden zijn begonnen en dat de voor 1 januari 2014 geldende regeling geen maandloon en geen girale betaling eiste. Uit de Regeling noch uit enig overgelegd stuk (over de totstandkomingsgeschiedenis van deze wijziging) blijkt dat het nieuwe artikel 1d van het BuWav ook van toepassing is op de kennismigrant die op een datum voorafgaand aan de inwerkingtreding ervan bij de werkgever in dienst is getreden en sindsdien onafgebroken voor dezelfde werkgever heeft gewerkt.

De Afdelingsuitspraak van 31 januari 2018 (hiervoor aangehaald) geeft op dit punt geen expliciet uitsluitsel, integendeel, de Afdeling overweegt daarin onder meer (r.ov 3.4) dat “het de eigen verantwoordelijkheid [is] van een werkgever om *bij aanvang van de werkzaamheden* na te gaan of aan de voorschriften van de Wav wordt voldaan.” (onderstreping toegevoegd (gecursiveerd; red.)). In de Afdelingsuitspraak van 1 september 2021 (ECLI:NL:RVS:2021:1957) is louter geoordeeld dat de normen uit het eerste en vijfde lid van artikel 1d van het BuWav materieel gezien duidelijk zijn; dat wil zeggen dat duidelijk is dat een werkgever van een kennismigrant het loon maandelijks giraal moet uitbetalen. Ook deze uitspraak maakt niet duidelijk welke groep werknemers de wijziging van 1 januari 2014 betreft. Deze duidelijkheid had verweerder wel moeten verschaffen nu bepaalde aspecten van de regeling wezen op blijvende geldigheid van het ten tijde van de aanvang van het dienstverband geldende regeling (in dit geval: die van 2012): het looncriterium van het jaar waarin de kennismigrant tewerk is gesteld blijft onverkort van toepassing, de indexering in het looncriterium van 2012 en de strekking van art. 3.103 van het Vreemdelingenbesluit 2000. Gesteld noch gebleken is dat verweerder zodanige

informatie heeft verstrekt, dat eiser had moeten begrijpen dat de wijzigingen van 1 januari 2014 ook relevant waren voor voordien aangegane werkverbanden. Het moet kenbaar en duidelijk uit de Wav of het BuWav volgen bij overtreding van welke regels boetoplegging volgt. Op grond van het voorgaande kon eiser – ook bij de opletendheid waartoe hij is verplicht (zie de aangehaalde overweging 3.4 uit de Afdelingsuitspraak van 31 januari 2018) – redelijkerwijze denken, dat de nieuwe voorschriften van 1 januari 2014 niet golden voor bestaande dienstverbanden.

Openbaarmaking inspectiegegevens Wml

9. De rechtbank stelt vast dat eiser geen zelfstandige beroepsgronden heeft gericht tegen het openbaar maken van de inspectiegegevens in het kader van de Wml.

Wml-boete

Overtreding

10. De rechtbank stelt vast dat eiser geen zelfstandige beroepsgronden heeft gericht tegen het oordeel van verweerder dat sprake is van overtreding van artikel 7a, eerste lid, van de Wml.

Ne bis in idem-beginsel

11. Eiser betoogt dat sprake is van strijd met het ne bis in idem-beginsel als bedoeld in artikelen 5:43 en 5:8 van de Awb, omdat het opleggen van een boete op grond van zowel de Wml als de Wav vanwege de contante uitbetaling van het loon neerkomt op een dubbele beboeting van hetzelfde feit.

12. De rechtbank – die het bestreden besluit ex tunc heeft te toetsen – overweegt als volgt.

12.1. Het ne bis in idem-beginsel houdt in dat niemand tweemaal mag worden gestraft voor dezelfde overtreding. Indien iemand gelijktijdig twee of meer overtredingen pleegt, kan hij wel voor beide afzonderlijk worden gestraft. Voor de uitleg van “hetzelfde feit” sluit de Afdeling (ECLI:NL:RVS:2020:736) aan bij het arrest van de Hoge Raad van 1 februari 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BM9102). Er is sprake van “hetzelfde feit” indien van een zodanige verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de dader, dat de strekking van het artikel meebrengt dat zij in de zin

van deze bepaling als hetzelfde feit zijn aan te merken.

12.2. Het doel van artikel 7a van de Wml is om beter te kunnen controleren of het minimumloon is voldaan. Ook kan door girale betaling onduidelijk van het betalen van minimumloon beter worden tegengegaan (zie Kamerstukken II, 2014/15, 34 108, nr. 3, p. 9, 10 en 47). Het doel van artikel 2, eerste lid, van de Wav is om illegale tewerkstelling te voorkomen (zie Kamerstukken II, 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 4). Het gaat dus om verschillende voorschriften die verschillende belangen beogen te beschermen. Omdat sprake is van overtreding van twee verschillende bepalingen met een verschillende strekking, mocht verweerder, gelet op artikel 5:8 van de Awb, voor beide overtredingen een boete opleggen. Dat de boete voor de overtreding van artikel 7a van de Wml cumuleert met de aan eiser opgelegde boete op grond van de Wav wegens de in samenhang daarmee geschonden eis van girale uitbetaling, leidt dan ook niet tot het oordeel dat de boete niet in stand kan blijven. De onder 11 weergegeven beroepsgrond slaagt niet.

Evenredigheidsbeginsel

13. Eiser betoogt dat de hoogte van de opgelegde Wml-boete strijd met het evenredigheidsbeginsel. In door eiser aangevoerde omstandigheden had verweerder aanleiding moeten zien om de hoogte van de boete te matigen.

14. Het oordeel van de rechtbank luidt als volgt.

14.1. Zoals de Afdeling in haar uitspraak van 28 november 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:3763) heeft overwogen gaat het bij het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 7a, eerste lid, van de Wml om de aanwending van een discretionaire bevoegdheid van de minister. Het bestuursorgaan moet bij de aanwending van deze bevoegdheid, ingevolge artikel 5:46, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (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. De minister kan omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid beleid vaststellen en toepassen inzake het al dan niet opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte daarvan. Ook indien het beleid als zodanig door de rechter niet onredelijk is bevonden, dient de minister bij de toe-

passing daarvan 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 moet 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 het bestuur met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.

14.2. In de Beleidsregel 2018 is voor de hoogte van de boete voor overtreding van artikel 7a, eerste lid, van de Wml een gedifferentieerd systeem neergelegd. De boete wordt hoger naar gelang de overtreding langer voortduurt en daarmee ernstiger is. De beleidsregel is op dit punt niet onredelijk, ook al wordt daarin geen rekening gehouden met de hoogte van het betaalde bedrag maar slechts met de duur van de overtreding (volgend de Afdelingsuitspraak van 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:592). De boetebedragen zijn in de beleidsregel vastgesteld voor de situatie waarin uitsluitend sprake is van niet girale uitbetaling in strijd met artikel 7a, eerste lid, van de Wml. Bijkomende strafverzwarende omstandigheden zijn daarin niet verwerkt. Daarom behoeven de omstandigheden dat sprake is van een eerste overtreding en dat er geen uitbuiting van de werknemers heeft plaatsgevonden geen grond op te leveren voor afwijking van het in de beleidsregels neergelegde bedrag.

14.3. Ook in de omstandigheden dat eiser niet op de hoogte was van de verplichting en niet bewust een overtreding heeft begaan ziet de rechtbank geen grond voor het oordeel dat de boete onevenredig is. Artikel 7a van de Wml is aangepast vanwege de Wet aanpak schijnconstructies van 4 juni 2015. Bij besluit van 16 juni 2015 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet aanpak schijnconstructies (Staatsblad 2015, nr. 234) is bekend gemaakt dat de verplichting tot girale uitbetaling is uitgesteld en in werking treedt met ingang van 1 januari 2016, om werkgevers en werknemers meer tijd te bieden om de arbeidsovereenkomsten aan de nieuwe vereisten aan te passen. Verweerder heeft de wetwijziging tijdig en op de juiste wijze bekendgemaakt. Direct na inwerkingtreding moet aan een regeling worden voldaan (zie de Afdelingsuitspraak van 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:592).

14.4. Inspanningen die zijn verricht nadat de overtreding is geconstateerd kunnen van belang zijn voor de beoordeling of de gelegde boete passend en geboden is (volgend de Afdelingsuitspraak van 15 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1187). Van dergelijke inspanningen aan de zijde van eiser is niet gebleken. Uit het boeterapport en de verklaring van de werknemer blijkt dat de arbeidsinspectie op 24 augustus 2018 onderzoek heeft verricht naar de bedrijfsvoering van eiser en de werknemer medio augustus 2018 uit dienst is getreden. Bij deze stand van zaken is niet duidelijk of de contante uitbetaling van het loon van de werknemer op initiatief van eiser en vanuit het oogpunt van preventie is stopgezet of dat het stopzetten ervan min of meer toevallig is en door het vertrek van de werknemer is ingegeven.

14.5. Gelet op al het vorenstaande heeft verweerder zich terecht op het standpunt gesteld dat de hoogte van de boete evenredig is. Gelet daarop slaagt de onder 13 weergegeven beroepsgrond niet.

Redelijke termijn

15. Ten aanzien van het verzoek om schadevergoeding op grond van artikel 8:88, eerste lid, van de Awb, vanwege overschrijding van de redelijke termijn (van 24 maanden) als bedoeld in artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, overweegt de rechtbank het volgende.

15.1. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2016 (ECLI:NL:HR:2016:252) overweegt de rechtbank dat eiser zijn beroep op overschrijding van de redelijke termijn tijdig, namelijk vóór de sluiting van het onderzoek door de rechtbank, heeft ingediend, zodat de rechtbank daarover een oordeel zal geven.

15.2. Volgens vaste jurisprudentie (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:HR:2016:252, ECLI:NL:RVS:2016:1261 en

ECLI:NL:CBB:2017:32) geldt bij punitieve sancties als uitgangspunt dat de redelijke termijn is overschreden als, behoudens bijzondere omstandigheden, de rechtbank niet binnen twee jaar nadat deze termijn is aangevangen uitspraak doet. De termijn vangt aan op het moment dat het bestuursorgaan een handeling heeft verricht waarvan verzoeker de verwachting kon ontlenen dat het bestuursorgaan hem een boete zou opleggen.

Dit is in de regel het moment van het voornemen tot boeteoplegging.

15.3. Normaal gesproken geldt in boetezaken dat overschrijding van de redelijke termijn leidt tot een verlaging van de boete. In dit geval is de boete echter vervallen en dan geschiedt compensatie in de vorm van een schadevergoeding zoals in niet-punitieve zaken gebruikelijk is, namelijk € 500,= per half jaar overschrijding, waarbij het totaal van de overschrijding naar boven wordt afgerond. Voor de toerekening van de schadevergoeding geldt als uitgangspunt dat de bestuurlijke fase onredelijk lang heeft geduurd voor zover de duur van een jaar overschrijdt. Hetzelfde geldt voor de rechterlijke fase. Verweerder heeft op 30 juni 2020 op de bezwaren van eiser beslist. Uitgaande van de aanvang van de procedure op 19 augustus 2019 heeft verweerder binnen 1 jaar beslist, zodat de overschrijding van de redelijke termijn niet aan verweerder maar geheel aan de rechtbank moet worden toegerekend. Dit betekent dat de redelijke termijn in dit geval door toedoen van de rechtbank met 10 maanden is overschreden. De rechtbank wijst het verzoek om schadevergoeding toe en veroordeelt de Staat der Nederlanden tot vergoeding van immateriële schade aan eiser tot een bedrag van € 1000,=.

Conclusie

16. Gelet op 8.1 tot en met 8.3 verklaart de rechtbank het beroep tegen het bestreden besluit I gegrond en vernietigt het bestreden besluit I voor zover het de hoogte van de boete betreft. Voor het overige laat de rechtbank het bestreden besluit I in stand. Gelet op 12.2 en 14.5 verklaart de rechtbank het beroep tegen het bestreden besluit II is ongegrond.

Finale geschilbeslechting

17. De rechtbank ziet aanleiding, met toepassing van artikel 8:72a van de Awb, zelf in zaak ROT 21/5559 te voorzien en de zaak daarmee definitief te beslechten. Zij doet dit door het primaire besluit I te herroepen wegens strijd met het lex-certa beginsel. Daardoor komt de boete te vervallen.

Griffierecht

18. Omdat de rechtbank het beroep tegen het bestreden besluit I gegrond verklaart, bepaalt zij dat verweerder aan eiser het door haar betaalde griffierecht van € 360,= moet vergoeden.

Proceskosten

19. Omdat de rechtbank het beroep tegen het bestreden besluit I gegrond verklaart, veroordeelt zij verweerder in de door eiser in beroep gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.518,= (1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 759,= en wegingsfactor 1).

Beslissing

De rechtbank

- verklaart het beroep tegen het bestreden besluit II ongegrond;
- verklaart het beroep tegen het bestreden besluit I gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit I;
- herroept het primaire besluit I en bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde bestreden besluit I;
- bepaalt dat verweerder aan eiser het betaalde griffierecht van € 360,= vergoedt;
- veroordeelt de [naam instantie] ([departement]) tot betaling van een schadevergoeding van € 1000,= aan eiser;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van € 1.518,=.

NOOT

In art. 2 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen (Wav) staat dat het een werkgever verboden is een vreemdeling arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning of gecombineerde vergunning. Het verbod is onder meer niet van toepassing op de situatie dat voldaan wordt aan de kennismigrantenregeling (art. 3 lid 1 sub c Wav jo. art. 1d Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen (BuWav) (oud)/art. 2.1 BuWav (nieuw)).

Looncriteria

Voorwaarde hiervoor is, naast een marktconform loon en het erkend referentschap van werkgever, dat het overeengekomen vaste, naar tijdruimte en in geld vastgestelde loon ten minste € 3.549 per maand (< 30 jaar), € 4.840 per maand (> 30 jaar) of, indien de vreemdeling voldoet aan de voorwaarden voor de verblijfsvergunning 'zoek-

jaar hoogopgeleiden', € 2.543 per maand bedraagt. Deze looncriteria gelden voor 2022 en worden jaarlijks geïndexeerd.

Uitzonderingen

Als een kennismigrant (tijdelijk) parttime werkt, moet eveneens aan het looncriterium voldaan worden. De ratio is het voorkomen dat het looncriterium wordt ontdoken door een arbeidscontract voor een beperkt aantal uren op te stellen, terwijl in werkelijkheid meer uren wordt gewerkt. Dit betekent niet dat bij een voltijdcontract voor een periode korter dan een maand ook het volledige maandloon moet worden uitbetaald. In dat geval is het looncriterium evenredig aan het maandgedeelte waarover wordt gewerkt (*Stb.* 2013, 360).

Voor de praktijk is van belang dat de IND in haar nieuwsbrieven heeft aangegeven dat het onder voorwaarden is toegestaan om niet aan het looncriterium te voldoen indien (i) gebruikgemaakt wordt van het stakingsrecht of (ii) zwangerschaps-, ouderschaps-, adoptie- of pleegzorgverlof, het extra geboorteverlof of kort- en langdurend zorgverlof wordt opgenomen. Opvallend is dat deze uitzonderingen tot op heden niet zijn opgenomen in het BuWav.

Wijze van betaling

Tot 1 januari 2014 werd het looncriterium per jaar voorgeschreven. Vanaf 1 januari 2014 is in het BuWav opgenomen dat het loon door werkgever over een periode van ten hoogste één maand bijgeschreven moet worden op een bankrekening, bestemd voor girale betaling op naam van de vreemdeling. De ratio is het voorkomen van misbruik en oneigenlijk gebruik (*Kamerstukken II* 2010/11, 32144, nr. 5), bijvoorbeeld doordat een werkgever bij een bezoek van de Nederlandse Arbeidsinspectie kan stellen dat de uitbetaling van het loon later dat jaar plaatsvindt.

Op dit voorschrift ging het voor werkgever mis in onderhavige zaak. Uit onderzoeken was gebleken dat werkgever in 2017 en 2018 de kennismigranten niet giraal én meerdere maanden geen of te weinig loon had betaald. Daarom werd werkgever een boete opgelegd van € 24.000.

Primair

Werkgever voert aan dat er geen sprake is van een overtreding, omdat de kennismigranten in dienst zijn getreden vóór 1 januari 2014, de da-

tum van inwerkingtreding van de voorschriften dat het loon maandelijks en giraal moest worden betaald. Werkgever verwijst naar art. 3.103 Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000), waaruit zou volgen dat het recht dat geldt op het moment van de aanvraag van de vergunning van toepassing blijft.

Het primaire verweer slaagt niet. De motivering van de rechtbank, waarin verwezen wordt naar de uitspraak van de Afdeling van 31 januari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:296) is onzes inziens omslachtig. De rechtbank had ook kunnen volstaan met de constatering dat niet in overgangsrecht is voorzien. De verwijzing naar art. 3.103 Vb 2000 kan werkgever ook niet baten, omdat daarin slechts is bepaald dat een aanvraag voor een verblijfsvergunning wordt getoetst aan het recht dat gold op het tijdstip waarop de aanvraag is ontvangen.

Subsidiair

Werkgever voert aan dat hij redelijkerwijs niet van de wijziging op de hoogte kon zijn en het boetebesluit in strijd is met het lex certa-beginsel. Die grond slaagt. De rechtbank oordeelt in dit kader dat de wetgever duidelijker had moeten zijn en verwijst daarbij naar de eerder genoemde uitspraak van de Afdeling en naar ECLI:NL:RVS:2021:1957 en naar bepaalde aspecten die wijzen op blijvende geldigheid van de bij aanvang van het dienstverband geldende regeling: (i) het looncriterium, (ii) de indexering en (iii) de strekking van art. 3.103 Vb 2000.

Deze motivering is om meerdere redenen opvallend te noemen. In de eerste plaats omdat de rechtbank inzake het primaire verweer onder verwijzen naar de uitspraken concludeert dat de nieuwe regeling van toepassing is op kennismigranten die vóór 1 januari 2014 in dienst zijn getreden. Dit onderwerp stond geheel niet centraal in die zaken. In de tweede plaats kan uit de uitspraken niet worden afgeleid dat de Afdeling van oordeel is dat de wetgever hier niet duidelijk over is geweest. Op de aspecten die duiden op blijvende geldigheid is ook het een en ander af te dingen. Zo houden het looncriterium en de indexering met elkaar verband, is de blijvende geldigheid van deze aspecten niet absoluut (namelijk indien de kennismigrant van werkgever wisselt of zijn verblijfsvergunning moet verlenen of wijzigen) en wordt met sub (iii) de strek-

king van een wetsartikel meegenomen dat niet van toepassing is (zie hiervoor). Hoewel de uitkomst wellicht bevredigend is in de situatie dat partijen geen misbruik hebben begaan en de kennismigranten over het jaar genomen voldoende loon hebben ontvangen, roept de motivering vragen op. Een te formalistische benadering, waarbij onvoldoende oog is voor het doel van het voorschrift en voorschriften strenger worden uitgelegd dan ze zijn opgeschreven, heeft overigens ook niet onze voorkeur. Het schenden van het looncriterium leidt namelijk niet alleen tot een boete, zoals in onderhavige zaak aan werkgever is opgelegd, maar kan ook tot intrekking van de verblijfsvergunning van de vreemdeling leiden met een verblijfsgeen of erger van dien. In dat verband verwijzen wij naar de bundel 'Ongehoord. Onrecht in het vreemdelingenrecht' en de gelijkenissen met de toeslagenaffaire. De (voormalig) staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, Ankie Broekers-Knol, riep op 8 juli 2021 op om te kijken naar 'de menselijke maat' in het vreemdelingendomein. In de terugkoppeling maakte de IND kenbaar dat zij de kritiek herkent. De IND heeft aan de Tweede Kamer toegezegd om maatregelen te nemen. Maatregelen die de IND direct kan toepassen, zonder dat daar wet- of regelgeving voor hoeft te worden gewijzigd, is voorschriften niet strenger te interpreteren dan ze zijn opgeschreven, kijken naar de bedoeling van de wetgever en gebruikmaken van de bevoegdheid af te wijken van een beleidsregel die voor een of meer belanghebbenden gevolgen heeft die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen (art. 4:84 Awb). Wij merken dat de IND hier (inmiddels) ontvankelijk voor is: recent heeft de IND op deze gronden ons bezwaar gehonoreerd tegen een intrekingsbesluit, in een kwestie waarin niet de dochtermaatschappij (erkend referent) het loon aan de kennismigrant had betaald, maar (per abuis) de moedermaatschappij. Deze ontvankelijkheid van de IND is wellicht een indicatie dat de IND haar toezegging ook nakomt en werkgevers (en rechters) zich niet in allerlei bochten hoeven te wringen om tot een bevredigend re-

sultaat te komen dat aansluit bij het doel van een voorschrift.

mr. B.M.C. Stenden
advocaat bij Dirkzwager N.V.

mr. S.W. Kleijer
advocaat bij Dirkzwager N.V.