

Toepassing toetsingskader bij heroverweging van besluiten met herstelsancties. Tijdelijke intrekking exploitatievergunning.

ABRvS 28-07-2021, ECLI:NL:RVS:2021:1684, m.nt. C.M.M. van Mil

Instantie

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Datum

28 juli 2021

Magistraten

Mrs. E. Steendijk, C.M. Wissels, J.Th. Drop

Zaaknummer

201903744/1/A3

Noot

C.M.M. van Mil

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS632883:1

Vakgebied(en)

Vreemdelingenrecht / Bijzondere onderwerpen
Bestuursrecht algemeen / Handhaving algemeen
Horecarecht / Horeca-inrichting
Bestuursprocesrecht / Bezwaar

Brondocumenten

ECLI:NL:RVS:2021:1684, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 28-07-2021

Wetingang

Art. 2 lid 1, art. 4 lid 1 Wav; art. 2:28 APV 2012 Den Helder

Essentie

Doel gehandhaafde norm verzet zich niet tegen het meenemen van omstandigheid dat achteraf met terugwerkende kracht tewerkstellingsvergunning is verleend. Geen afbreuk aan doel en strekking verbodsbepaling APV.

Samenvatting

De Afdeling heeft in de uitspraak van 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571, het toetsingskader bij de heroverweging van besluiten met herstelsancties uiteengezet, nadat ze daarover een conclusie heeft gevraagd aan de advocaat-generaal (zie voor de conclusie de uitspraak van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:738). De burgemeester heeft in redelijkheid kunnen aannemen dat er aanwijzingen bestonden dat appellante sub 2 in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav heeft gehandeld. Deze aanwijzingen volgen uit de boeterapporten. De omstandigheid dat de vreemdelingen na de controle een verblijfsvergunning hebben gekregen met terugwerkende kracht, betekent niet dat deze aanwijzingen er niet waren. Daarom heeft de burgemeester de exploitatievergunningen terecht ingetrokken. Dat neemt niet weg dat de burgemeester deze omstandigheid in het kader van de evenredigheid in de besluitvorming moest meewegen, ook omdat dit voor de minister reden was om geen boete op te leggen. De minister, en niet de IND, is degene die vaststelt of sprake is van een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav. Het doel van de gehandhaafde norm verzet zich niet tegen het meenemen van deze omstandigheid. Het laten werken van vreemdelingen die, ook al is dat pas achteraf, met terugwerkende kracht vastgesteld, over de juiste papieren beschikken, doet immers geen afbreuk aan doel en strekking van artikel 2.28 van de Apv. In het besluit van 15 januari 2018 heeft de burgemeester de duur van de intrekking van de exploitatievergunningen beperkt tot zes dagen. Intrekking voor deze duur acht de Afdeling evenredig, in aanmerking nemende dat aan de vreemdelingen later met terugwerkende kracht verblijfsvergunningen zijn toegekend. Dit betekent dat de burgemeester in redelijkheid de intrekking van de exploitatievergunningen heeft kunnen handhaven, met een gewijzigde duur. De rechtbank heeft ten onrechte anders geoordeeld. Of de burgemeester ook als grondslag heeft kunnen noemen dat appellante sub 2 in enig opzicht van slecht

levensgedrag zou zijn, hoeft geen bespreking meer.

Partij(en)

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. De burgemeester van Den Helder,
2. Appellante 2, te Den Helder,

tegen de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 29 maart 2019 in zaken nrs. 17/5627 en 18/3 in het geding tussen onder meer:

Appellante 2,

en

De burgemeester.

Uitspraak

Procesverloop

Bij onderscheiden besluiten van 6 december 2016 heeft de burgemeester de aan appellante 2 verleende vergunningen voor exploitatie van de horecabedrijven bedrijf A te Den Helder en bedrijf B te Julianadorp ingetrokken voor de duur van een maand. De voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Holland heeft deze besluiten bij uitspraak van 12 december 2016 met onmiddellijke ingang geschorst tot zes weken na de beslissing op het tegen deze besluiten ingediende bezwaar. Bij besluit van 15 januari 2018 heeft de burgemeester het door appellante 2 daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard en de besluiten van 6 december 2016 in stand gelaten, onder aanvulling van de motivering en de grondslag en met inkorting van de duur van de intrekking tot de periode van 7 december 2016 tot en met de uitspraak van de voorzieningenrechter op 12 december 2016.

Bij uitspraak van 29 maart 2019 heeft de rechtbank het door bedrijf B daartegen ingestelde beroep niet-ontvankelijk verklaard, het door appellante 2 daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 15 januari 2018 vernietigd, de besluiten van 6 december 2016 herroepen en bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft de burgemeester hoger beroep ingesteld.

Appellante 2 heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven en voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld.

De burgemeester heeft een schriftelijke reactie ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 14 januari 2020, waar de burgemeester, vertegenwoordigd door mr. B.C. Slijkerman en M. Frederiks, en appellante 2, vertegenwoordigd door gemachtigde, bijgestaan door mr. A. van Driel, rechtsbijstandverlener te Heiloo, zijn verschenen.

De Afdeling heeft de behandeling van het hoger beroep bij brief van 29 januari 2020 aangehouden in verband met de conclusie die de Afdeling gevraagd heeft aan de staatsraad advocaat-generaal in de zaak die tot de uitspraak heeft geleid van 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571.

Na de uitspraak van 28 oktober 2020 heeft de Afdeling het onderzoek heropend. Daartoe in de gelegenheid gesteld, hebben de burgemeester en appellante 2 een nader stuk ingediend. Zij hebben afgezien van de mogelijkheid van een tweede zitting, waarna de Afdeling het onderzoek weer heeft gesloten.

Overwegingen

Inleiding

1.

Appellante 2 heeft in totaal drie horecabedrijven, waaronder bedrijf A te Den Helder en bedrijf B te Julianadorp. Op 13 mei 2016 hebben arbeidsinspecteurs van de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid inspecties uitgevoerd in de horecabedrijven van appellante 2. Uit de daarvan op 11 oktober 2016 opgemaakte boeterapporten blijkt dat zij in bedrijf A een persoon hebben aangetroffen met de Syrische nationaliteit die etenswaren aan het inpakken was en in bedrijf B een persoon hebben aangetroffen met de Syrische nationaliteit die deegbollen aan het kneden was. Deze personen (hierna: de vreemdelingen) waren niet in bezit van een tewerkstellingsvergunning. De burgemeester achtte het aannemelijk dat appellante 2 artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav), waarin het verbod is opgenomen om een vreemdeling arbeid te laten verrichten zonder in bezit te zijn van een tewerkstellingsvergunning, heeft overtreden. Hij heeft daarom besloten de exploitatievergunningen tijdelijk in te trekken op grond van artikel 2.28, tweede lid, onder k, van de Algemene plaatselijke verordening 2012 (hierna: de Apv).

2.

Na de controle is aan de vreemdelingen een verblijfsvergunning verleend met terugwerkende kracht tot het moment dat zij hun aanvraag om verblijfsvergunning hadden ingediend. Bij besluiten van 2 en 7 februari 2017 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister van SZW) besloten om aan appellante 2 in verband met de tewerkstelling van de vreemdelingen geen boete op te leggen wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav. Daaraan heeft hij ten grondslag gelegd dat achteraf bezien voor hun tewerkstelling geen tewerkstellingsvergunning was vereist omdat beiden hun aanvraag ruim voor de controle hadden ingediend en hun naar aanleiding daarvan met terugwerkende kracht een vergunning is verleend. De burgemeester heeft in de bezwaarfase navraag gedaan bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst (hierna: de IND). De IND heeft hem medegedeeld dat de arbeidsrechten die ontstaan bij het verkrijgen van een verblijfsstatus geen terugwerkende kracht hebben. De burgemeester heeft zich daarom in het besluit van 15 januari 2018 wederom op het standpunt gesteld dat er reden bestond om de exploitatievergunningen tijdelijk in te trekken. Daarnaast leiden de aanwijzingen dat er vreemdelingen in de horecazaken aan het werk waren op 13 mei 2016, in samenhang bezien met al eerder geconstateerde overtredingen van de Wav in de horecabedrijven van appellante 2, er volgens de burgemeester ook toe dat appellante 2 in enig opzicht van slecht levensgedrag is. Ook daarom bestond er reden om de exploitatievergunningen in te trekken. Vanwege de duur van de procedure heeft hij wel besloten de exploitatievergunning voor een kortere termijn in te trekken.

Relevante regelgeving

3.

De relevante wet- en regelgeving is opgenomen in de bijlage. De bijlage maakt deel uit van deze uitspraak.

De uitspraak van de rechtbank

4.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de minister van SZW, als bestuursorgaan dat de Wav uitvoert, degene is die vaststelt of sprake is van een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav. Gelet op de besluiten van de minister van SZW stond ten tijde van het besluit van 15 januari 2018 vast dat appellante 2 op het moment van de controle geen overtreding had begaan. Daarom konden er ook geen aanwijzingen zijn dat in de horecabedrijven personen werkzaam waren in strijd met de Wav en is appellante 2 ook niet in enig opzicht van slecht levensgedrag, aldus de rechtbank. Daarom heeft ze het beroep van appellante 2 gegrond verklaard.

Hoger beroep van appellante 2

5.

Appellante 2 heeft in haar voorwaardelijk incidenteel hoger beroep aangevoerd dat de vreemdelingen geen arbeid verrichtten in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Wav en de burgemeester daarom niet de exploitatievergunningen tijdelijk mocht intrekken. De ene vreemdeling hielp als een vriendendienst even mee en de andere vreemdeling was bezig met het afleggen van een geschiktheidstest in het kader van een sollicitatie. Ze had de vreemdelingen geen opdracht gegeven om op de dag van de controle werkzaamheden uit te voeren en was daar niet van op de hoogte. Het criterium van slecht levensgedrag is bovendien in strijd met de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (hierna: de Dienstenrichtlijn), aldus appellante 2.

5.1.

Het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep van appellante 2 zal voor het hoger beroep van de burgemeester worden beoordeeld. Het betoog van appellante 2 is verstrekkender dan het betoog van de burgemeester in zijn hoger beroep. Voor het geval dat het hoger beroep van de burgemeester gegrond is, is het meer voor de hand liggend het betoog van appellante 2 eerst te beoordelen.

5.2.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in de uitspraak van 6 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:585), is voor de kwalificatie als werkgever in de zin van de Wav de aard, omvang en duur van de werkzaamheden en of het enkel hulp betrof niet van belang. Evenmin is vereist dat instemming door de werkgever is verleend dan wel wetenschap van de arbeid bestond. Het feit dat ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht is voor het aannemen van feitelijk werkgeverschap al voldoende. Beide vreemdelingen zijn bij de controle aangetroffen terwijl zij activiteiten verrichtten die tot de normale bedrijfsvoering van de horecabedrijven behoren. Dit blijkt uit de boeterapporten. De burgemeester heeft er daarom vanuit mogen gaan dat er aanwijzingen waren dat er arbeid werd verricht. Hij heeft het criterium van slecht levensgedrag slechts als extra grondslag genoemd. Omdat hij ervan uit mocht gaan dat er aanwijzingen waren dat er arbeid was verricht, hoeft het betoog met betrekking tot het criterium van slecht levensgedrag niet beoordeeld te worden.

5.3.

Het betoog van appellante 2 slaagt niet.

Hoger beroep van de burgemeester

6.

De burgemeester betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat hij de exploitatievergunning niet tijdelijk mocht intrekken. Bij handhavingszaken als deze moet getoetst worden of, gelet op de situatie ten tijde van het besluit van 6 december 2016, dit besluit in redelijkheid genomen kon worden. De terugwerkende kracht van een verblijfsvergunning levert niet met terugwerkende kracht de mogelijkheid tot legaal werken op. Bovendien verzet het doel van de gehandhaafde norm zich tegen het meenemen van de omstandigheid dat de vreemdelingen later met terugwerkende kracht een verblijfsvergunning hebben gekregen. Het doel van de gehandhaafde norm is zorgdragen voor een gezonde en goed functionerende horeca. Het meenemen van de genoemde omstandigheid zou betekenen dat ten aanzien van een exploitant die een vreemdeling aan het werk zet niet kan worden gehandhaafd, omdat de kans bestaat dat de vreemdeling met terugwerkende kracht een verblijfsvergunning krijgt. Naast dat er aanwijzingen zijn dat in het bedrijf personen werkzaam waren in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav, is appellante 2 in enig opzicht van slecht levensgedrag. Dit zijn aparte gronden om een exploitatievergunning in te trekken en deze moeten los van elkaar worden beoordeeld, aldus de burgemeester.

6.1.

De Afdeling heeft in de uitspraak van 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571, het toetsingskader bij de heroverweging van besluiten met herstelsancties uiteengezet, nadat ze daarover een conclusie heeft gevraagd aan de advocaat-generaal (zie voor de conclusie de uitspraak van 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:738). In de uitspraak is overwogen:

"Over de heroverweging van besluiten met herstelsancties in het bijzonder oordeelt de Afdeling dat de heroverweging moet leiden tot een doeltreffende, afschrikwekkende en evenredige handhaving van de desbetreffende norm. Daarvoor moet het bestuursorgaan bij de heroverweging feiten en omstandigheden betrekken die hebben geleid tot het eerdere besluit, maar ook nieuwe ontwikkelingen. De heroverweging kent bij dit soort besluiten dus een tweeslag. In de eerste plaats moet het bestuursorgaan bezien of het op basis van de feiten en omstandigheden ten tijde van de beslissing in primo destijds terecht zijn besluit heeft genomen. Nieuwe ontwikkelingen mag het bestuursorgaan alleen meenemen voor zover doel en strekking van de te handhaven norm of fundamentele rechtsbeginselen zich daartegen niet verzetten."

6.2.

De burgemeester heeft in redelijkheid kunnen aannemen dat er aanwijzingen bestonden dat appellante 2 in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav heeft gehandeld. Deze aanwijzingen volgen uit de boeterapporten. De omstandigheid dat de vreemdelingen na de controle een verblijfsvergunning hebben gekregen met terugwerkende kracht, betekent niet dat deze aanwijzingen er niet waren. Daarom heeft de burgemeester de exploitatievergunningen terecht ingetrokken. Dat neemt niet weg dat de burgemeester deze omstandigheid in het kader van de evenredigheid in de besluitvorming moest meewegen, ook omdat dit voor de minister reden was om geen boete op te leggen. De minister, en niet de IND, is degene die vaststelt of sprake is van een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav. Het doel van de gehandhaafde norm verzet zich niet tegen het meenemen van deze omstandigheid. Het laten werken van vreemdelingen die, ook al is dat pas achteraf, met terugwerkende kracht vastgesteld, over de juiste papieren beschikken, doet immers geen afbreuk aan doel en strekking van artikel 2.28 van de Apv. In het besluit van 15 januari 2018 heeft de burgemeester de duur van de intrekking van de exploitatievergunningen beperkt tot zes dagen. Intrekking voor deze duur acht de Afdeling evenredig, in aanmerking nemende dat aan de vreemdelingen later met terugwerkende kracht verblijfsvergunningen zijn toegekend. Dit betekent dat de burgemeester in redelijkheid de intrekking van de exploitatievergunningen heeft kunnen handhaven, met een gewijzigde duur. De rechtbank heeft ten onrechte anders geoordeeld. Of de burgemeester ook als grondslag heeft kunnen noemen dat appellante 2 in enig opzicht van slecht levensgedrag zou zijn, hoeft geen bespreking meer.

6.3.

Het betoog van de burgemeester slaagt.

Slotsom

7.

Het hoger beroep van de burgemeester is gegrond. Het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep van appellante 2 is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, voor zover deze is aangevallen, dus met uitzondering van de niet-ontvankelijkverklaring van het door bedrijf B ingestelde beroep. Doende wat de rechtbank zou moeten doen, zal de Afdeling het beroep van appellante 2 ongegrond verklaren.

8.

De burgemeester hoeft geen proceskosten te vergoeden.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep van de burgemeester van Den Helder gegrond;
- II. verklaart het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep van appellante 2 ongegrond;
- III. vernietigt de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 29 maart 2019 in zaken nrs. 17/5627 en 18/3, voor zover aangevallen;
- IV. verklaart het bij de rechtbank door appellante 2 ingestelde beroep ongegrond.

Noot

Auteur: C.M.M. van Mil

1.

Deze uitspraak is interessant, omdat dit één van de eerste uitspraken is na de uitspraak van 28 oktober 2020, *ABkort* 2020/497, waarin de Afdeling het toetsingskader bij heroverweging van besluiten met herstelsancties concreet toepast onder expliciete verwijzing naar voornoemde uitspraak van de grote kamer. In de uitspraak van de grote kamer volgt de Afdeling grotendeels de conclusie van Staatsraad A-G Wattel (ABRvS 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:738). Onder verwijzing naar voornoemde uitspraak wordt overwogen dat de burgemeester in redelijkheid de tijdelijke intrekking van de exploitatievergunningen vanwege overtreding van artikel 2 lid 1 van de Wet arbeid vreemdelingen (verbod om een vreemdeling arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning) bij het besluit op bezwaar heeft kunnen handhaven, met een gewijzigde intrekkingduur van een maand naar zes dagen.

2.

De Afdeling past hier de 'tweeslag' toe: het bestuursorgaan moet bij de heroverweging feiten en omstandigheden betrekken die hebben geleid tot het eerdere besluit, maar ook nieuwe ontwikkelingen. In de hier opgenomen uitspraak kijkt de Afdeling naar de situatie ten tijde van het primaire besluit (ex tunc) en oordeelt dat de burgemeester in redelijkheid heeft kunnen aannemen dat er — op grond van de boeterapporten — aanwijzingen voor de overtreding bestonden. Dat de vreemdelingen na de controle een verblijfsvergunning hebben gekregen met terugwerkende kracht, betekent niet dat deze aanwijzingen er niet waren, zodat de burgemeester de exploitatievergunningen terecht heeft ingetrokken. Vervolgens oordeelt de Afdeling dat de burgemeester de later met terugwerkende kracht verkregen verblijfsvergunningen in het kader van de evenredigheid in de besluitvorming moest meewegen (ex nunc). Daarbij betreft de Afdeling dat de minister geen boete heeft opgelegd omdat achteraf gezien geen tewerkstellingsvergunning was vereist aangezien de vreemdelingen hun aanvraag ruim voor de controle hadden ingediend en aan hen met terugwerkende kracht een vergunning is verleend.

3.

De Afdeling kijkt daarbij naar het doel en de strekking van de gehandhaafde norm en oordeelt dat deze zich hiertegen niet verzetten. Het laten werken van vreemdelingen, die achteraf en met terugwerkende kracht over de juiste papieren beschikken, doet immers geen afbreuk aan doel en strekking van artikel 2.28 van de Apv. In de beslissing op bezwaar heeft de burgemeester de duur van de intrekking van de exploitatievergunningen beperkt tot zes dagen. Dit acht de Afdeling evenredig.

4.

Deze uitspraak bevat aldus een mooi voorbeeld van de toepassing van de door de A-G's in de conclusie van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, genoemde 'handhavings-drie-eenheid': evenredigheid, doeltreffendheid en afschrikwekking (onder verwijzing naar HvJ EG 21 september 1989, EU C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339 (Griekse maïs), zie in dit kader ook ABRvS 4 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1736, met betrekking tot het toetsingskader uit Verordening (EU) nr. 995/2010 (de Houtverordening)).

5.

Uit bovenstaande uitspraak volgt in navolging van de hiervoor aangehaalde rechtspraak dat doel en strekking van de overtreden norm bepalend zijn voor de feiten, ontwikkelingen en omstandigheden die het bestuursorgaan moet meewegen

in de bezwaarfase, ook indien deze dateren van ná het primaire besluit, waarna een evenredigheidstoets volgt. Bestuursorganen dienen er zich rekenschap van te geven dat feiten en omstandigheden van na het primaire besluit een rol (moeten) spelen in (de motivering van) het besluit op bezwaar. Daarbij dient eerst in kaart te worden gebracht om welke ontwikkelingen het gaat (is de overtreding bijvoorbeeld reeds beëindigd, is er inmiddels concreet zicht op legalisering, of is er sprake van gewijzigd recht of beleid), waarna moet worden beoordeeld hoe dit moet uitpakken in de beslissing op bezwaar met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. Dit kan meebrengen dat de uitkomst onderaan de streep gelijk blijft (het handhavingsbesluit blijft in stand), maar dat de uitkomst wordt 'geactualiseerd' naar aanleiding van de nieuwe ontwikkelingen (een intrekkingduur van zes dagen in plaats van een maand zoals in het onderhavige geval).