

200607474/1.

Datum uitspraak: 11 juli 2007

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

; wonend te
appellant,

tegen de uitspraak in zaak no. 05/5140 van de rechtbank Breda van
31 augustus 2006 in het geding tussen:

appellant

en

de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 14 juli 2005 heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de staatssecretaris) appellant een boete opgelegd van € 20.000 wegens het zonder tewerkstellingsvergunning hebben laten verrichten van arbeid door
en , allen van Poolse nationaliteit (hierna: de vreemdelingen).

Bij besluit van 22 november 2005 heeft de staatssecretaris het daartegen door appelland gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 31 augustus 2006, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank Breda (hierna: de rechtbank) het daartegen door appelland ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft appelland bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 12 oktober 2006, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 14 november 2006. Deze brieven zijn aangehecht.

Bij brief van 15 december 2006 heeft de staatssecretaris van antwoord gediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 11 mei 2007, waar appelland, bijgestaan door mr. P.J.M. Boomaars, advocaat te Breda, en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister), vertegenwoordigd door mr. M. Grandiek, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 2°, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) wordt onder werkgever verstaan de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, is het verbod als bedoeld in artikel 2, eerste lid, niet van toepassing met betrekking tot:

- a. een vreemdeling ten aanzien van wie ingevolge bepalingen, vastgesteld bij overeenkomst met andere mogendheden dan wel bij een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, een tewerkstellingsvergunning niet mag worden verlangd;
- b. een vreemdeling die beschikt over een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 14 van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000) voor het verrichten van arbeid als zelfstandige, voor zover deze vreemdeling arbeid verricht als zelfstandige;
- c. een vreemdeling die behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie, dan wel bij een algemene maatregel van bestuur

aangewezen categorie van werkzaamheden verricht.

Ingevolge artikel 4, eerste lid, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, evenmin van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die beschikt over een krachtens de Vw 2000 afgegeven vergunning, welke is voorzien van een aantekening van de Minister van Justitie waaruit blijkt dat aan die vergunning geen beperkingen zijn verbonden voor het verrichten van arbeid.

Ingevolge artikel 18 wordt, voor zover thans van belang, het niet naleven van artikel 2, eerste lid, als beboetbaar feit aangemerkt.

Ingevolge artikel 19a, eerste lid, legt een daartoe door de minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar namens hem de boete op aan degene op wie de verplichtingen rusten, welke voortvloeien uit deze wet, voor zover het niet naleven daarvan is aangeduid als een beboetbaar feit.

Ingevolge artikel 19d, eerste lid, voor zover thans van belang, is de hoogte van de boete, die voor een beboetbaar feit kan worden opgelegd, indien begaan door een natuurlijk persoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 11.250.

Ingevolge artikel 19d, derde lid, stelt de minister beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de beboetbare feiten worden vastgesteld.

Volgens beleidsregel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav, zoals deze ten tijde van belang luiden (hierna: de beleidsregels), wordt bij de berekening van een boete, als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, voor alle beboetbare feiten als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de 'Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav' (hierna: de tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd.

Volgens beleidsregel 2 wordt voor de werkgever als natuurlijk persoon bij een gedraging in strijd met artikel 2, eerste lid, als uitgangspunt voor de berekening van de op te leggen boete 0,5 maal het boetenormbedrag gehanteerd.

Volgens de tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, op € 8.000 gesteld.

2.2. Appellant betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat hij is aan te merken als werkgever in de zin van de Wav. Daartoe voert hij aan dat hij alleen (hierna: opdracht heeft gegeven om de werkzaamheden uit te voeren en dat zelf hiervoor de vreemdelingen heeft ingeschakeld.

2.2.1. Blijkens de memorie van toelichting bij de artikelen 1 en 2 van de Wav (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 13) is diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever en is deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk voor en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding is daarbij niet relevant. Het feit dat in opdracht of ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht, is voor het feitelijk werkgeverschap reeds voldoende, aldus de memorie van antwoord (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, blz. 2).

Uit het op ambtseed door inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 13 april 2005 blijkt dat de vreemdelingen in het pand aan de te , waarvan appelland mede-eigenaar is, arbeid hebben verricht, bestaande uit renovatiewerkzaamheden, terwijl hiervoor geen tewerkstellingsvergunning was afgegeven. Voorts staat vast dat appelland opdracht heeft gegeven tot het verrichten van de werkzaamheden.

Onder deze omstandigheden heeft de rechtbank terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat de staatssecretaris appelland ten onrechte heeft aangemerkt als werkgever in de zin van de Wav. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de stelling van appelland, dat hij de opdracht tot het verrichten van de werkzaamheden alleen aan heeft gegeven en dat hij met de vreemdelingen geen arbeidsrelatie heeft, noch met de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden enige bemoeienis heeft gehad, niet tot een ander oordeel leidt. Zoals in het besluit van 22 november 2005 terecht is vermeld, is ook een opdrachtgever die via een tussenpersoon arbeid laat verrichten aan te merken als werkgever in de zin van de Wav.

Het betoog faalt.

2.3. Evenzeer faalt de klacht van appelland dat de staatssecretaris de verklaringen die de vreemdelingen tegenover de inspecteurs van de Arbeidsinspectie hebben afgelegd niet zonder nader onderzoek als bewijs van zijn werkgeverschap had mogen gebruiken. Dat de vreemdelingen blijkens door appelland overgelegde latere verklaringen tegenover hem weerspreken dat sprake is geweest van een loontoezegging zijnerzijds, zoals zij eerder tegenover de inspecteurs hebben verklaard, is niet van belang, reeds omdat de Wav geen onderscheid maakt tussen beloonde en onbeloonde arbeid.

2.4. Appelland betoogt voorts dat de rechtbank heeft miskend dat de staatssecretaris, alvorens te concluderen dat appelland het in artikel 2, eerste lid, van de Wav neergelegde verbod heeft overtreden, had behoren te onderzoeken of sprake is van een uitzondering als bedoeld in de artikelen 3 en 4 van de Wav.

2.4.1. In hoger beroep is niet langer in geschil dat de stukken geen enkel concreet aanknopingspunt bevatten voor de conclusie dat sprake is van een uitzondering als door appelland bedoeld. Het was aan appelland om te stellen en aannemelijk te maken dat een zodanige uitzondering van toepassing was. Nu appelland dit heeft nagelaten, kan van een gehoudenheid van de staatssecretaris om nader onderzoek in te stellen geen sprake zijn.

Het betoog faalt.

2.5. Appelland klaagt ten slotte dat de rechtbank heeft miskend dat de aan hem opgelegde boete dient te worden gematigd. Daartoe voert hij aan dat de in de beleidsregels vermelde boete van € 4.000 per overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav, indien begaan door een natuurlijk persoon, onevenredig is.

2.5.1. In een uitspraak van de Afdeling van heden (uitspraak in zaak no. 200607461/1; ter voorlichting van partijen aangehecht) is overwogen dat geen grond bestaat voor het oordeel dat de staatssecretaris bij het

vaststellen van de beleidsregels tot een onredelijke beleidsbepaling is gekomen dan wel discriminatoir heeft gehandeld. Er is geen reden daarover in deze zaak anders te oordelen.

Dat vóór de invoering van de bestuurlijke boete in de Wav de strafrechtelijke boete gemiddeld € 984 bedroeg, biedt evenmin grond voor een ander oordeel. Bij de invoering van de bestuurlijke boete hebben de Tweede en Eerste Kamer der Staten-Generaal de staatssecretaris uitdrukkelijk verzocht de in het beleid neer te leggen boete te verhogen tot een bedrag van € 4.000 per overtreding, indien begaan door een natuurlijk persoon (Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 3, blz. 6 en Kamerstukken I 2004/05, 29 523, C, blz. 2).

De rechtbank heeft, anders dan appellant betoogt, ook overigens terecht geen omstandigheden aanwezig geacht, die aanleiding geven de overeenkomstig de tarieflijst opgelegde boete te matigen.

De klacht faalt.

2.6. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. B. van Wagtendonk, Voorzitter, en
mr. A.W.M. Bijloos en mr. P.B.M.J. van der Beek-Gillessen, Leden,
in tegenwoordigheid van mr. H.W. Groeneweg, ambtenaar van Staat.

w.g. Van Wagtendonk
Voorzitter

w.g. Groeneweg
ambtenaar van Staat

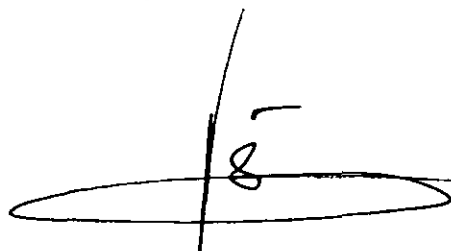
Uitgesproken in het openbaar op 11 juli 2007

32-485.

Verzonden:

11 JULI 2007

Voor eensluidend afschrift,
de Secretaris van de Raad van State,
voor deze,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' and 'S' intertwined, with a horizontal line underneath.

mr. H.H.C. Visser,
directeur Bestuursrechtspraak

Houben Advocaten
t.a.v. mr. P.J.M. Boomaars
Postbus 4620
4803 EP BREDA

Postbus 11563
2502 AN Den Haag
Telefoon (070) 333 44 44
Telefax (070) 333 40 02
www.arbeidsinspectie.szw.nl

Uw brief
17 augustus 2005

Ons kenmerk
AI/JZ/2005/94466

Doorkiesnummer
(070) 333 5190

Onderwerp
Beslissing op bezwaar

Datum
22 NOV. 2005

Contactpersoon
mw. mr. Grandiek

Geachte heer Boomaars,

Bij brief van 17 augustus 2005 heeft u namens de heer C.W. de Keijzer (hierna: cliënt) bezwaar aangetekend tegen de beschikking van 14 juli 2005, kenmerk 070501092/04.

A. De feiten

Op 10 februari 2005 werd het pand gelegen aan de _____ te _____, welk pand in bezit is van uw cliënt, bezocht door enkele inspecteurs van de Arbeidsinspectie in verband met een controle in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav). Tijdens deze controle werden bij uw cliënt vijf personen aangetroffen die werkzaamheden in de woning verrichtten. De werkzaamheden bestonden onder meer uit renovatiewerkzaamheden. Deze personen bleken vreemdelingen in de zin van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000) te zijn, zodat uw cliënt voor hen in het bezit diende te zijn van tewerkstellingsvergunningen. Uw cliënt beschikte echter niet over deze vergunningen. De inspecteurs constateerden derhalve overtreding van artikel 2, eerste lid Wav.

Met de kennisgeving van 10 juni 2005 is uw cliënt op de hoogte gesteld van het voornemen hem een bestuurlijke boete op te leggen. U heeft hierop op 13 juli 2005 uw zienswijze schriftelijk kenbaar gemaakt.

Bij beschikking van 14 juli 2005 is uw cliënt een bestuurlijke boete opgelegd van € 20.000,-. U heeft hier tegen gedateerd 17 augustus 2005, derhalve tijdig, bezwaar ingediend.

Gedateerd 17 augustus 2005 heeft u de rechtbank verzocht een voorlopige voorziening te treffen. Bij uitspraak van 15 september 2005 heeft de rechtbank dit verzoek afgewezen.

B. Het bezwaarschrift

In uw bezwaarschrift voert u, zakelijk weergegeven, het volgende aan.

A. Werkgeverschap

De heer _____ is de werkgever van de vijf aangetroffen Poolse arbeiders. Aan de heer _____ heeft uw cliënt de opdracht gegeven zijn huis te renoveren. De heer _____ heeft vervolgens deze Poolse arbeiders ingehuurd, waarvoor uw cliënt naar uw oordeel niet als werkgever aangewezen kan worden.

U stelt hierbij vraagtekens bij de getuigenverklaringen zoals door de Poolse arbeiders afgelegd.

B. Uitzonderingen op de tewerkstellingsvergunningen

U stelt dat uit het boeterapport niet blijkt dat de Poolse arbeiders als zelfstandigen werkzaam waren, doch dat er evenmin aanwijzingen zijn dat zij geen zelfstandigen zijn. Om die reden waren geen tewerkstellingsvergunningen vereist, nu er ten aanzien van de nieuwe EU-lidstaten vrij verkeer van diensten geldt.

C. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

U meent dat de boetebeschikking in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel nu onvoldoende onderzocht zou zijn of uw cliënt als werkgever te kwalificeren is.

Voorts meent u dat de vragen en verweren in de zienswijze niet zorgvuldig gewogen en beoordeeld zijn in de boetebeschikking, nu deze beschikking een dag na het verzenden van uw zienswijze opgesteld is.

Tot slot stelt u dat de boetebeschikking onvoldoende gemotiveerd is nu zij niet ingaat op de vragen wie werkgever is en of de uitzonderingsbepaling van artikel 3 Wav van toepassing is.

D. Hoogte boete

U meent dat de boete van € 20.000,- hoger is dan het wettelijk maximum zoals opgenomen in artikel 19d, eerste lid Wav.

C. Wettelijk kader

Artikel 2, eerste lid Wav bepaalt dat het een werkgever verboden is een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Artikel 1, eerste lid aanhef en sub b onder 2° Wav bepaalt dat een werkgever is de natuurlijke persoon die ander arbeid huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten. Lid 1 aanhef en sub c van dit artikel bepaalt dat onder een vreemdeling wordt verstaan hetgeen daaronder wordt verstaan in de Vw 2000.

In artikel 1 onder g Vw 2000 is bepaald dat onder vreemdeling wordt verstaan ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld.

Artikel 3, eerste lid Wav, bepaalt (voor zover hier relevant) dat het verbod als bedoeld in artikel 2, eerste lid niet van toepassing is met betrekking tot een vreemdeling ten aanzien van wie ingevolge bepalingen vastgesteld bij overeenkomst met andere mogelijkheden dan wel bij een voor Nederland verbindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie, een tewerkstellingsvergunning niet mag worden verlangd.

In artikel 18 Wav is overtreding van artikel 2 Wav als beboetbaar feit aangemerkt.

Op grond van de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Beleidsregels), beleidsregels 1 en 2 en de bijlage daarbij, bedraagt de bestuurlijke boete voor een natuurlijk persoon € 4.000,- per overtreding van artikel 2 Wav.

D. Het horen

Gelet op artikel 7:2 van de Algemene wet bestuursrecht is uw cliënt in de gelegenheid gesteld het bezwaarschrift toe te lichten tijdens een hoorzitting. Op 27 oktober 2005 vond een hoorzitting plaats. U heeft tijdens deze hoorzitting een pleitnotitie genoemd aanvulling

bezwaarschrift" overgelegd. Het verslag van deze hoorzitting is als bijlage bij deze beschikking gevoegd.

E. Overwegingen

Vast staat dat de vreemdelingen, en
 allen met de Poolse nationaliteit, werkzaamheden hebben verricht bij uw cliënt.
 Zij waren doende met renovatiewerkzaamheden van het pand aan de te
 Ook staat vast dat het hier om vreemdelingen in de zin van de Vw 2000 gaat en dat
 voor hen geen tewerkstellingsvergunningen waren verstrekt aan uw cliënt.

A. Werkgeverschap

De verklaringen van de Poolse arbeiders zijn tot stand gekomen met behulp van een tolk die telefonisch de vragen en antwoorden vertaalde. Het is in zo'n geval fysiek niet mogelijk dat deze tolk een handtekening onder de verklaring zet. De Poolse arbeiders hebben dat zonder uitzondering wel gedaan waarmee zij verklaarden na voorlezing van de verklaring daarbij te volharden. Uit deze verklaringen blijkt dat alle vijf aangetroffen arbeiders werkzaamheden in het pand van uw cliënt verricht hebben. Dit wordt overigens ook niet door u ontkend. De Poolse arbeiders verklaren ook allen opdrachten te krijgen. Voorts blijkt uit de verklaringen dat het gereedschap en het materiaal al in de woning aanwezig was toen zij de werkzaamheden aanvingen.

U heeft vervolgens zelf drie van de vijf Poolse arbeiders een vragenlijst laten invullen. De heer verklaart daarin bij vraag 2 niet te werken en antwoordt op vraag 16 te stukadoren en bij vraag 21 op de fiets naar zijn werkplek te komen. Dezelfde antwoorden worden gegeven door de heer die ook nog verklaarde te werken voor het eten. De heer verklaart eveneens niet te werken en als werkzaamheden geeft hij op schoonmaken. Hij komt lopend naar zijn werk. Door de tegenstrijdigheden in deze verklaring kan daaraan niet al te veel waarde gehecht worden. Bovendien laten deze verklaringen de aan de inspecteurs van de Arbeidsinspectie afgelegde verklaringen onverlet, nu zij door voornoemde drie Poolse arbeiders niet ontkend worden.

Uit niets blijkt dat sprake zou zijn van zelfstandigheid, een conclusie die u zelf ook al trekt in uw bezwaarschrift. Uit de verklaringen blijkt overigens dat wel degelijk door de inspecteurs onderzocht is of sprake was van zelfstandigen, nu aan allen de vraag is gesteld of zij een werkgever hebben en of zij opdrachten krijgen.

Werkgever in de zin van de Wav is degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten dan wel de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten. Daarbij worden geen eisen gesteld aan aard of duur van een dienstverband, contractvorm, enz. Ook de situatie waarbij de arbeiders zijn ingehuurd via een tussenpersoon, bijvoorbeeld een aannemer of uitzendbureau, leidt tot de kwalificatie werkgeverschap ten aanzien van de opdrachtgever.

Uit voorgaande kan geconcludeerd worden dat in casu sprake is van een natuurlijke persoon, uw cliënt, die anderen huishoudelijke of persoonlijke diensten liet verrichten. Daarmee is uw cliënt als werkgever in de zin van de Wav aan te wijzen. Een eventueel werkgeverschap van de heer doet aan die kwalificatie niet af. Evenmin doet hieraan af of uw cliënt op de hoogte was van het feit dat de heer de vijf arbeiders ingehuurd heeft. Het was de plicht van uw cliënt om er voor zorg te dragen dat hij voldeed aan alle wettelijke eisen die aan hem gesteld worden, waar ook de Wav onder begrepen is. Dat het in die tijd carnaval

was, zoals u in het telefonisch contact met mr. Grandiek meedeelde, en uw cliënt daarom niet veel tijd aan de verbouwing van zijn huis besteed heeft, kan hem daarbij niet disculperen. In tegenstelling tot wat u veronderstelt, kunnen de daden van de heer in dit kader wel degelijk aan uw cliënt toegerekend worden.

In de aanvulling op het bezwaarschrift zoals voorgedragen tijdens de hoorzitting heeft u verzocht om het horen als getuige van de heer . Dit verzoek had u reeds eerder tijdens voornoemd telefonisch contact gedaan. Mr. Grandiek heeft u toen aangegeven dat het u vrij staat de heer een getuigenverklaring tijdens de hoorzitting af te laten leggen of hem een schriftelijke verklaring op te laten stellen die u in het geding zou kunnen brengen. U heeft dit nagelaten.

Voorts acht u het in dit aanvullend bezwaarschrift vreemd dat ten aanzien van de heer geen boete aan uw cliënt is opgelegd. Deze stelling is onbegrijpelijk gezien uw standpunt dat ofwel de Poolse arbeiders zelfstandigen waren ofwel dat de heer als hun werkgever aangemerkt dient te worden. De reden dat de heer in die zin niet is opgenomen in het boeterapport is, dat hij niet werkend aangetroffen is en van hem ook anderszins geen arbeid vastgesteld kon worden.

B. Uitzonderingen op de tewerkstellingsvergunningen

U meent dat geen tewerkstellingsvergunningen vereist waren nu sprake was van de uitzonderingsbepaling van artikel 3 Wav en verwijst hierbij naar het Europese recht.

Ten aanzien van het Europeesrechtelijke kader verwijs ik naar het verweerschrift d.d. 06 september 2005 zoals ingediend in verband met uw verzoek tot voorlopige voorziening en verzoek u dit als hier herhaald en ingelast te beschouwen. Kort gezegd komt het erop neer dat ten aanzien van arbeiders uit de nieuwe EU-lidstaten met uitzondering van Malta en Cyprus (hierna: MOE-landen, als afkorting van Midden en Oost-Europese landen), altijd een tewerkstellingsvergunning aangevraagd dient te worden. Indien sprake is van dienstverlening, dat wil zeggen de bijvoorbeeld Poolse werkgever die met zijn eigen personeel naar Nederland komt om een dienst te verrichten, wordt de vergunning binnen twee weken en zonder toets op prioriteitgenietend aanbod (de arbeidsmarkttoets) verstrekt. Dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten is nadrukkelijk uitgesloten van deze beperkte toets.

Deze procedure past binnen het Europeesrechtelijke kader. Een kleine beperking als de onderhavige op het vrij verrichten van diensten is toegestaan, indien die beperking een door het gemeenschapsrecht erkende reden van algemeen belang nastreeft, niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van dat doel en niet discriminatoir is.

In de brief van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 23 januari 2004 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 26407, nr. 1) is toegelicht dat het kabinet bij toetreding van de nieuwe EU-lidstaten de voorkeur heeft gegeven aan een systeem waarbij migranten ex ante beschermd worden tegen misstanden met betrekking tot arbeidsomstandigheden en waarbij het risico wordt beperkt dat migranten te werk worden gesteld tegen een loon dat onder het CAO-loon of onder het wettelijk minimumloon ligt. Het Kabinet heeft daarom gekozen het stelsel van tewerkstellingsvergunningen in stand te houden maar voor vergunningen die werkgevers aanvragen voor werknemers uit de nieuwe lidstaten de arbeidsmarkttoets te laten vervallen.

Wel blijft de lichte toets op de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden bestaan. Het betreft een administratieve controle bij binnenkomst in Nederland, waarmee materieel nagenoeg sprake is van vrij verkeer.

In het geval van dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten is het standpunt van de regering dat de Poolse toetredingsakte op het punt van vrij verkeer van werknemers gelijk is aan de Portugese toetredingsakte tot de Europese Unie, zodat het arrest *Rush Portuguesa* nog steeds het relevante toetsingskader is. Dit betekent dat Nederland ook bij de Poolse toetredingsakte een beroep kan blijven doen op het onderscheid dat in dit arrest door het Europese Hof wordt gemaakt tussen het geval waarin sprake is van tijdelijke verplaatsing van werknemers in het kader van dienstverrichting van hun werkgever enerzijds en de werkgever die de dienstverrichting gebruikt voor een ander doel, namelijk teneinde haar personeel werk te verschaffen of ter beschikking te stellen anderzijds. In dat laatste geval kunnen de lidstaten volgens het Hof verdergaande maatregelen treffen. Dit standpunt is herhaald en bevestigd in het arrest *Commissie/Luxemburg*, waarin het Hof stelt dat een lidstaat kan nagaan of een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die op zijn grondgebied werknemers uit een derde land ter beschikking stelt, de vrijheid voor dienstverrichting niet voor een ander doel dan de betrokken dienst gebruikt, bijvoorbeeld om haar personeel te laten overkomen om werknemers werk te verschaffen of ter beschikking te stellen.

Zowel in het huidige stelsel als het toekomstige stelsel van notificatie is er geen sprake van discriminatie, omdat de maatregelen voor ondernemingen uit alle lidstaten, ook uit Nederland, gelden wanneer zij gebruik maken van werknemers waarvoor het vrij verkeer van werknemers nog niet geldt.

Ten aanzien van de positie van uw cliënt betekent dit, dat een tewerkstellingsvergunning vereist was voor de vijf aangetroffen Poolse arbeiders. Dit geldt zowel in de eventuele situatie dat zij in vaste dienst waren van de heer _____ als in de situatie dat zij eerst in Nederland, al dan niet door tussenkomst van de heer _____ de werkzaamheden bij uw cliënt hebben aangevangen. In de situatie dat de Poolse arbeiders in dienst zouden zijn geweest van de heer _____ zou ofwel uw cliënt ofwel de heer _____ de tewerkstellingsvergunningen aangevraagd moeten hebben. Feit blijft dan echter dat in het laatste geval uw cliënt zich hiervan vergewist zou moeten hebben, hetgeen niet is gebleken. Gebleken is eerder het tegendeel nu u stelt dat uw cliënt met de heer _____ in het geheel niet over de Poolse arbeiders gesproken heeft.

In het boeterapport is opgenomen dat de inspecteurs contact hebben opgenomen met CWI uit welk contact bleek dat er geen tewerkstellingsvergunningen voor de betreffende vreemdelingen bestonden. Navraag wordt gedaan niet alleen op naam van de werkgever, doch ook op naam van de arbeiders. Navraag slechts op naam van de werkgever zou een te beperkt beeld opleveren van de feiten. In dit geval is specifiek op de namen van de vreemdelingen nagevraagd of ten aanzien van hen tewerkstellingsvergunningen bestonden. In dat geval zou bij CWI zijn gebleken op naam van welke werkgever deze vergunningen verstrekt zouden zijn. Mocht de heer _____ in het bezit zijn geweest van tewerkstellingsvergunningen, dan zou dat zijn gebleken. Door de heer _____ noch door uw cliënt bleken echter vergunningen aangevraagd te zijn. Dat een tewerkstellingsvergunning aan de werkgever verleend wordt en niet aan de arbeiders mag u genoegzaam bekend achten bij de Arbeidsinspectie.

Het boeterapport is op ambtsead opgemaakt, zodat van de juistheid ervan mag worden uitgegaan. Uit het ontbreken van de vereiste tewerkstellingsvergunningen bleek de illegale tewerkstelling, immers, tewerkstelling zonder dat daarbij aan de vereiste voorschriften werd voldaan. Voor uitleg van de term "illegaal" verwijs ik naar het verhandelde ter zitting in verband met de voorlopige voorziening, waarin de voorzieningenrechter u een toelichting heeft gegeven op het bestendige gebruik van deze term in het bestuursrecht.

Hiervóór is reeds ingegaan op de door u vermeende zelfstandigheid van de Poolse arbeiders, waarvan gebleken is dat zulks niet het geval was. Ook daarom waren tewerkstellingsvergunningen vereist.

Met bovenstaande is voldaan aan de onderzoeksplicht of sprake is van een uitzondering als bedoeld in artikel 3 Wav. Zoals reeds gesteld is hiervan niet gebleken.

C. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Ten aanzien van het onderzoek of uw cliënt als werkgever is aan te merken is hiervoor genoegzaam gebleken dat aan deze onderzoeksplicht voldaan is en dat de conclusie dat uw cliënt werkgever in de zin van de Wav is, een juiste is.

In de boetebeschikking is onder het kopje "Overwegingen" ingegaan op de door u in de schriftelijke zienswijze naar voren gebrachte verweren. De stelling dat met de zienswijze geen rekening is gehouden is dan ook kennelijk onjuist. Dat de beschikking opgesteld is op dezelfde dag als de zienswijze ontvangen is, doet daar niet aan af.

Zo de boetebeschikking onvoldoende gemotiveerd ten aanzien van het werkgeversbegrip en de uitzonderingsbepalingen zou zijn, hetgeen ik overigens niet van oordeel ben, is dit gebrek in deze beslissing middels voorgaande overwegingen genoegzaam hersteld.

D. Hoogte boete

U verkeert kennelijk in de veronderstelling dat in artikel 19d lid 1 sub a Wav staat dat aan een natuurlijk persoon een maximale boete van € 11.250,- opgelegd zou mogen worden. Deze veronderstelling berust op een verkeerde lezing van onderhavig artikel. Er staat namelijk dat voor een beboetbaar feit een boete van ten hoogste € 11.250,- aan de natuurlijk persoon opgelegd kan worden. In onderhavige casus gaat het om vijf beboetbare feiten, waar conform de Beleidsregels per feit een boete van € 4.000,- voor is aangezegd.

Het boetebedrag is berekend conform de hiertoe opgestelde Beleidsregels. Hiermee wordt voldaan aan het evenredigheidsbeginsel zoals opgenomen in artikel 3:4, tweede lid Awb. Artikel 4:82 Awb biedt mij de mogelijkheid ter motivering van een besluit te verwijzen naar een vaste gedragslijn voor zover deze is neergelegd in een beleidsregel. Nu ik mijn vaste gedragslijn met betrekking tot de berekening van boetes heb neergelegd in de Beleidsregels, heb ik te dien aanzien de motivering kunnen beperken tot verwijzing naar deze Beleidsregels. Hiermee heb ik inhoud gegeven aan de mij geboden beleidsruimte.

Ter onderbouwing van uw stelling dat de boete van € 4.000,- per illegaal tewerkgestelde vreemdeling onevenredig is haalt u boetebedragen uit de Arbeidsomstandighedenwetgeving aan. Afgezien van de irrelevantie van deze vergelijking merk ik toch op dat in die wetgeving ook sprake kan zijn van boetes van € 6.750,- per beboetbaar feit.

Onder meer uit de u toegestuurde uitspraak in voorlopige voorziening van de Rechtbank Utrecht kan afgeleid worden dat onderhavige boete onevenredig noch disproportioneel is.

Niet is gebleken van feiten of omstandigheden die aanleiding geven de boete te matigen of in te trekken.

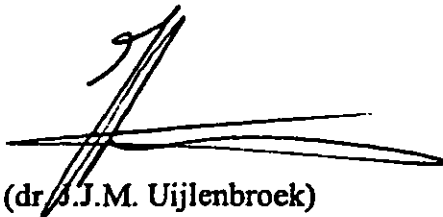
F. Beslissing

Gezien uw bezwaren, de bestreden beschikking, de stukken, de hoorzitting en de vigerende regelgeving ben ik tot de volgende beslissing gekomen.

Het bezwaarschrift geeft geen aanleiding de opgelegde boete te herzien dan wel het bestreden besluit in te trekken.

Gelet op het voorgaande verklaar ik uw bezwaarschrift ongegrond. Dit betekent dat de beschikking van 14 juli 2005 ongewijzigd in stand blijft.

Hoogachtend,
De Staatssecretaris van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,
namens deze,
Algemeen Directeur van de Arbeidsinspectie,



(dr. J.J.M. Uijlenbroek)

Overeenkomstig de Algemene wet bestuursrecht kan tegen deze beschikking beroep worden ingesteld door degene wiens belang rechtstreeks bij deze beschikking betrokken is. Daartoe moet binnen zes weken na de datum van verzending van deze beschikking een beroepschrift met een kopie van deze beschikking worden ingediend bij de sector bestuursrecht van de rechtbank van de woonplaats van degene die het beroep instelt. Opgemerkt wordt dat Breda ligt binnen het rechtsgebied van de rechtbank Breda, Postbus 90110, 4800 RA te Breda.

Het beroepschrift dient te worden ondertekend en ten minste te bevatten de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van deze beschikking alsmede de reden(en) waarom de beschikking niet juist wordt gevonden. Voor de behandeling van het beroepschrift is griffierecht verschuldigd.

uitspraak

RECHTBANK BREDA

Sector bestuursrecht, team bestuursrecht

procedurenummer: 05 / 5140 BELEI

uitspraak van de enkelvoudige kamer

in de zaak van

wonende te _____, eiser,
gemachtigde mr. P.J.M. Boomaars

en

de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
verweerder.

1. Het procesverloop

Eiser heeft beroep ingesteld tegen het besluit van verweerder van 22 november 2005 (bestreden besluit), inzake de boete van € 20.000,- wegens overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna te noemen: de Wav). Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Het beroep is behandeld ter zitting van 11 mei 2006, waarbij aanwezig waren eiser en zijn gemachtigde en namens verweerder mr. M.J.H. Grandiek.

2. De beoordeling

2.1 Op grond van de gedingstukken en de behandeling ter zitting gaat de rechtbank uit van de volgende feiten en omstandigheden.

Door inspecteurs van de Arbeidsinspectie is op 10 februari 2005 geconstateerd dat in de woning _____ te _____ door vijf arbeidskrachten arbeid werd verricht bestaande uit het schuren en verven van deuren en/of deurkozijnen, het stukadoren en/of met gips afstrijken van muren en andere werkzaamheden die gepaard gaan met een gehele renovatie van het pand. Het betrof arbeidskrachten met de Poolse nationaliteit en zij beschikten niet over een tewerkstellingsvergunning. Verzoeker is eigenaar van de woning _____ te _____. Hij is door verweerder aangemerkt als werkgever van de Poolse arbeidskrachten en in die hoedanigheid ook als overtreder van het in artikel 2, eerste lid van de Wav neergelegde verbod om een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Bij besluit van 14 juli 2005 heeft verweerder voor deze overtreding een boete opgelegd van € 20.000,-.

Bij het bestreden besluit heeft verweerder de bezwaren van eiser ongegrond verklaard.

2.2 Eiser heeft – kort samengevat – aangevoerd dat hij niet als werkgever in de zin van de Wav kan worden beschouwd en - subsidiair - dat voor tewerkstelling van Poolse EU-

procedurcnummer: 05 / 5140 BELEI

blad 2

onderdanen geen vergunning vercist is. Daarnaast heeft eiser betoogd dat verweerder het bestreden besluit onzorgvuldig heeft voorbereid, met name omdat niet onderzocht is of de Polen zzp-ers waren. Voorts heeft verweerder ten onrechte de recente ontwikkelingen op dit vlak, die neigen tot afschaffing van de tewerkstellingsvergunningplicht voor Polen, niet laten meewegen, aldus eiser. Ten slotte is naar de mening van eiser de opgelegde boete hoger dan het wettelijk toegestane maximum.

2.3 Ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef, onder b en sub 2, van de Wav wordt als werkgever aangemerkt de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten.

Op grond van artikel 2, eerste lid, van de Wav, is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder een tewerkstellingsvergunning.

Artikel 18 van de Wav bepaalt dat het niet naleven van (onder meer) artikel 2, eerste lid, van de Wav als beboetbaar feit wordt aangemerkt.

Krachtens artikel 19d, eerste lid, aanhef en onder a, is de hoogte van de boete, die voor een beboetbaar feit kan worden opgelegd, indien begaan door een natuurlijk persoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 11.250,-.

Ingevolge beleidsregel 1 van de beleidsregels boeteoplegging Wav (Strat. 2004, 249) wordt bij de berekening van de boete, als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, aanhef en onder a van de Wav, voor alle beboetbare feiten als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav (hierna: Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd. Verder volgt uit de beleidsregels dat voor de werkgever als natuurlijk persoon bij een gedraging in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav als uitgangspunt voor de berekening van de op te leggen boete 0,5 maal het normbedrag wordt gehanteerd.

Volgens de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav gesteld op € 8.000,-.

2.4 Blijkens de memorie van toelichting (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 13) bij de artikelen 1 en 2 Wav is diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever en is deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk voor en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning.

De rechtbank acht op basis van de ambtsedig opgemaakte processen-verbaal aannemelijk dat eiser werkgever (in voronbedoelde zin) is geweest van de vijf Poolse arbeidskrachten die op 10 februari 2005 in zijn woning aan het werk waren. Aan de processen-verbaal kleven naar inhoud en wijze van totstandkoming niet zodanige gebreken dat verweerder het bestreden besluit daar niet op heeft mogen baseren. Blijkens deze processen-verbaal zijn de vijf arbeidskrachten door een landgenoot met de voornaam [redacted] benaderd met de vraag of ze in de woning van eiser wilden schuren, schilderen en stukadoren. Het benodigde gereedschap en materiaal was reeds in de woning aanwezig en vier van de vijf arbeidskrachten hebben (expliciet) verklaard dat eiser had beloofd hen te belonen voor de werkzaamheden. De stelling van eiser dat hij [redacted] opdracht heeft gegeven tot het uitvoeren van de werkzaamheden en dat laatstgenoemde de vijf arbeidskrachten heeft gestuurd en daarom als werkgever moet worden aangemerkt maakt – wat daar verder ook van zij – in het licht van de

procedurenummer: 05 / 5140 BELEI

blad 3

memorie van toelichting bij de artikelen 1 en 2 Wav niet dat eiser in casu niet als werkgever is aan te merken.

2.5 Voorts heeft verweerder zich terecht op het standpunt gesteld dat, gelet op de Poolse toetredingsakte, voor het tewerkstellen van de vijf Poolse arbeidskrachten tewerkstellingsvergunningen vereist zijn. Gelet hierop staat vast dat eiser artikel 2, eerste lid, van de Wav heeft overtreden en is niet van belang of die norm in de toekomst versoepeld of wellicht afgeschaft wordt.

Daarnaast kan de rechtbank eiser niet volgen in zijn stelling dat de vijf Polen zelfstandigen waren en dat zij deswege niet vergunningplichtig waren. De betrokken arbeidskrachten hebben verklaard opdrachten te hebben gekregen van eiser dan wel [redacted] en - als gezegd - het benodigde gereedschap en materiaal was reeds in de woning aanwezig. Gelet hierop lag het niet op de weg van verweerder om nader onderzoek te doen naar de mate van zelfstandigheid van de Poolse arbeidskrachten maar was het aan eiser om zijn stelling aannemelijk te maken. Eiser is hierin niet geslaagd.

2.6 Met betrekking tot de hoogte van de boete overweegt de rechtbank dat eiser vijf verschillende vreemdclingen heeft ingehuurd en dus vijfmaal artikel 2 heeft overtreden. Derhalve was het verweerder toegestaan ook vijf keer de boete van € 4.000,- op te leggen. In wezen verschilt deze situatie niet van de situatie dat de vijf Poolse arbeidskrachten volgtijdig hun werk zouden hebben verricht. Aldus beschouwd is het boetebedrag van € 20.000,- in overeenstemming met de niet onredelijk te achten Tarieflijst.

2.7 Het vorcnstaande leidt tot het oordeel dat het beroep ongegrond verklaard moet worden.

Gegeven dit oordeel is er geen grond voor een proceskostenveroordeling.

procedurenummer: 05 / 5140 BELEI

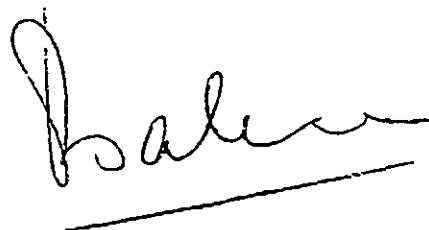
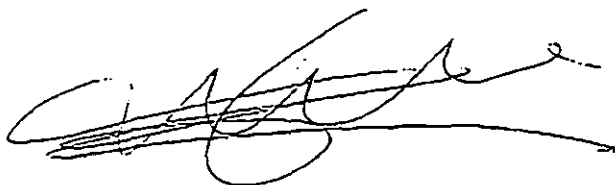
blad 4

3. De beslissing

De rechtbank:

verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. W.C.J. Bakx, rechter, en in aanwezigheid van
mr. P.H.M. Verdonschot, griffier, in het openbaar uitgesproken op **31 AUG. 2006**



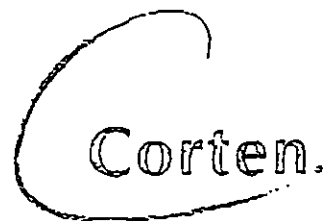
Tegen deze uitspraak kunnen partijen en andere belanghebbenden hoger beroep instellen bij
de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Postbus 20019, 2500 EA 's-
Gravenhage.

De termijn daarvoor bedraagt zes weken en vangt aan op de dag na verzending van deze
uitspraak.

Afschrift verzonden op: **31 AUG. 2006**



RAAD VAN STATE	
6156	INGEKOMEN
B	12 OKT 2006
ZAAKNR.	7474
AAN: VI	
BEHANDELD: DD:	PAR:



Advocaten Lawyers

St. Ignatiusstraat 257
4817 XK Breda, NL
T +31 (0)76 523 93 80
F +31 (0)76 523 93 81
E info@corten.nl
I www.corten.nl

Stichting Dardengelden Corten
Rabobank: 1191.33.288
BIC-code: RABONL2U
IBAN: NL95RABO0119133288

Raad van State
Afdeling bestuursrechtspraak
Postbus 20019
2500 EA DEN HAAG

Tevens per fax (070) 365 13 80

Breda

Datum 12 oktober 2006

Inzake Keijzer/Advies

Uw referentie Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
procedurenummer 05/5140

Onze referentie 06 11 0016 pb/ang

PRO FORMA BEROEPSCHRIFT

Edelachtbare heer, vrouwe,

Hierbij stel ik als bepaaldelijk gevolmachtigde namens de heer [redacted] wonende te [redacted] aan de [redacted] tijdig beroep in tegen de uitspraak van de Sector bestuursrecht, team bestuursrecht van de rechtbank Breda d.d. 31 augustus 2006, waarbij het door eiser ingestelde beroep tegen het besluit van 22 november 2005 van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ongegrond is verklaard.

In het bestreden besluit heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat de heer [redacted] is aan te merken als de werkgever in de zin van de Wav. Daarbij is ten onrechte geen rekening gehouden met de toepasselijke Europees rechtelijke regelingen.

Tegen deze achtergrond had de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid niet de bevoegdheid om aan de heer [redacted] een boete op te leggen van € 20.000,00. Onder de gegeven omstandigheden is een dergelijke boete disproportioneel en in strijd met het evenredigheidsbeginsel.



Gelet op het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel had de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in redelijkheid niet tot haar besluit kunnen komen.

Ik verzoek u vriendelijk mij een redelijke termijn te stellen voor het indienen van de nadere gronden, waarop dit beroep berust.

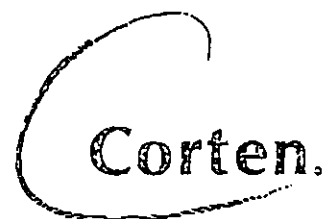
In afwachting van uw bericht.

Met de meeste hoogachting,

P.J.M. Boomaars
advocaat/gemachtigde

Bijlage: afschrift van de uitspraak van de rechtbank Breda, Sector bestuursrecht, team bestuursrecht d.d. 31 augustus 2006.

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
6776	
B	14 NOV 2006
ZAAKNR. <u>20060704</u>	
AAN:	<u>v6</u>
BEHANDELD: DD:	PAR:



Advocaten Lawyers

St. Ignatiusstraat 257
4817 RK Breda, NL
T +31 (0)76 523 93 80
F +31 (0)76 523 93 81
E info@corten.nl
I www.corten.nl

Slichting Dertengelden Corten
Rabobank: 1191-33-788
Bic-code: RABONL2U
IBAN: NL95RAG00119-33288

Raad van State
Afdeling bestuursrechtspraak
Posibus 20019
2500 EA DEN HAAG

Radha

Tevens per fax (070) 365 13 80

Breda

Datum 14 november 2006

Inzake /Advies

Uw referentie 'Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
procedurenummer 05/5140

Onzo referentie 06 11 0016 pb/ang

AANVULLEND BEROEPSCHRIFT

Edelachtbare heer, vrouwe,

heeft op 12 oktober 2006 tijdig beroep ingesteld tegen de uitspraak van de sector Bestuursrecht, team Bestuursrecht van de rechtbank Breda d.d. 31 augustus 2006.

Bij brief van 17 oktober 2006 is uitgenodigd om de gronden van zijn beroep aan te vullen.

Onder handhaving van zijn stellingen en argumenten uit de onderliggende stukken zal hij zijn standpunt hierbij nader toelichten. De onderliggende stukken van dienen hierbij uitdrukkelijk als woordelijk herhaald en ingelast te worden beschouwd.

Werkgeverschap

De aange getroffen vreemdelingen in het pand van te zijn door landgenoot benaderd om bepaalde werkzaamheden te verrichten.

heeft van opdracht gekregen om voor een bepaald bedrag werkzaamheden uit te voeren, bestaande uit stukadoors- en schilderwerkzaamheden.

Voor het benodigde gereedschap en materiaal heeft zelf gezorgd.

had met de aangetroffen vreemdelingen feitelijk noch juridisch enige band. Ook met de uitgevoerde werkzaamheden had geen enkele bemoeienis.

heeft zodoende de betrokken vreemdelingen geen arbeid laten verrichten.

De beoordelingscriteria van het begrip werkgever ex art. 2 WAV zijn de afgelopen jaren uitsluitend ontwikkeld in strafrecht. Dit soort zaken werd immers tot voor kort strafrechtelijk afgedaan.

Om te kunnen spreken van werkgeverschap als bedoeld in art. 2 WAV is in ieder geval vereist dat er enige relatie is tussen de betrokken Nederlander en de vreemdelingen en bovendien dat de Nederlander feitelijke bemoeienis moet hebben met de werkzaamheden.

Het gerechtshof te 's-Hertogenbosch, Economische kamer, heeft in dat opzicht aldus geoordeeld: *"twijfelt het hof aan de intensiteit en de aard van de bemoeienissen van verdachten met de werkzaamheden van de Poolse arbeidskrachten en heeft het hof niet de overtuiging gekregen dat hij als werkgever aan te merken was ten tijde van het onder 1 ten laste gelegde feit. Het hof is van oordeel dat de verdachte niet als werkgever in de zin van de Wet arbeidsvreemdelingen kan worden aangemerkt."* (parketnummer 20-003418/04).

Het werkgeverschap moet derhalve blijken uit de aard en de intensiteit van de bemoeienissen met de betrokken vreemdelingen en hun werkzaamheden. Welnu, daarvan is in onderhavige zaak geen sprake geweest. Zodoende kan niet worden aangemerkt als werkgever en valt hij zodoende niet onder het bereik van art. 2 WAV.

Voor het overtreden van art. 2 WAV is vanzelfsprekend meer nodig dan de enkele constatering dat vreemdelingen in het pand van werkzaamheden hebben verricht. Verder dan die constatering zijn de inspecteurs van de Arbeidsinspectie niet gekomen. Men heeft maar aangenomen dat in strijd is gehandeld met art. 2 WAV.

Onderzoek

De Arbeidsinspectie is opgedragen om de naleving van de Wet arbeidsvreemdelingen te controleren. Subject van onderzoek moet daarbij zijn of een entiteit kan worden gekwalificeerd als werkgever.

In deze kwestie zijn de vreemdelingen als getuigen gehoord. Deze getuigen hebben verklaard dat ze zijn benaderd door voornoemde landgenoot. Sommigen hebben verklaard dat ze beloond zouden worden door



Dit laatste is pertinent onjuist, hetgeen blijkt uit de verklaringen die door [redacted] zelf in het geding zijn gebracht.

De getuigenverklaringen zijn door de Arbeidsinspectie afgenomen zonder aanwezigheid van een beëdigd tolk. Er is kennelijk gebruik gemaakt van een telefonische tolkenlijn.

Het resultaat van deze methode is echter dat er gerede twijfels zijn over de getrouwheid van de afgelegde verklaringen. Ter nadere onderbouwing wordt -gemakshalve- verwezen naar de onderliggende stukken.

De getuigenverklaringen geven geen sluitend bewijs dat [redacted] is te kwalificeren als werkgever. Dat had onderzocht moeten worden.

Er is geen onderzoek gedaan naar overeenkomsten, contracten, E101-verklaringen, E111-verklaringen, verzekeringspapieren en dergelijke. Om de bewuste stukken is niet eens verzocht. Daar waar onderzoek geboden was, is deze simpelweg achterwege gebleven. De toezichthouders vonden dat kennelijk niet nodig.

De ingevulde standaard formulieren (de getuigenverklaringen) geven er blijk van dat er geen onderzoek is gedaan naar de mogelijkheid van zelfstandigen (zogenaamde zzp-ers) of dienstverlening ex art. 49 EG.

Die aspecten zijn niet onderzocht, hetgeen de staatssecretaris heeft erkend. Een dergelijk onderzoek was volgens de staatssecretaris niet geïnitieerd.

[redacted] ziet dat anders. Zeker gelet op het feit dat er sinds de toetreding van Polen bij de Europese Unie juridisch het nodige is gebeurd. Dit geldt zeker in relatie tot de eis van een tewerkstellingsvergunning.

In dat verband had op zijn minst onderzoek moeten worden gedaan of sprake is van een uitzondering als bedoeld in art. 3 en 4 van de WAV en de daarop gebaseerde besluiten. De Arbeidsinspectie heeft bij het onderzoek die wettelijke uitzonderingen niet voor ogen gehad. Ook dit is door de staatssecretaris erkend. De Arbeidsinspectie is in dat opzicht niet veel verder gekomen dan de enkele vaststelling dat er vreemdelingen werkzaam waren in het pand van [redacted] en dat daarvoor geen tewerkstellingsvergunning was afgegeven, zodat sprake was van art. 2 WAV. Deze vooringenomen houding mag niet gehonoreerd worden. Zeker niet nu er een zeer hoge boete van € 20.000,00 aan [redacted] is opgelegd.

Tewerkstellingsvergunningsplicht

Een tewerkstellingsvergunning is niet altijd vereist, zoals blijkt uit art. 3 en 4 van de Wet arbeidsvreemdelingen. De uitzonderingsbepalingen zijn onder meer gebaseerd op het Europese recht, zoals onder meer nader vormgegeven in de diverse uitspraken van het Europese hof.

In de onderliggende stukken heeft [] uitvoerig en gemotiveerd aangevoerd dat er in dezen sprake is van een uitzondering als bedoeld in art. 3 en 4 van de WAV, althans dat de Arbeidsinspectie had moeten onderzoeken dat er in dezen wellicht sprake zou zijn van een uitzondering.

Deze wettelijke uitzonderingsbepalingen op de eis van een tewerkstellingsvergunningsplicht zijn volgens de staatssecretaris onder meer gebaseerd op de Europeesrechtelijke vrijheden, zoals vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverlening.

Het staat Nederland niet vrij om voor deze vrijheden eigen nationale criteria aan te leggen. Evenmin is Nederland bevoegd om maatregelen te treffen die de uitoefening van deze Europeesrechtelijke vrijheden verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken.

De Nederlandse overheid is bevoegd om te controleren of sprake is van dienstverlening of van zelfstandigheid, maar net als bij Nederlandse werknemers en bij werknemers uit de oude lidstaten, mag die controle niet plaatsvinden door het eisen van een vergunning vooraf.

Uit het onderliggende dossier blijkt dat de Arbeidsinspectie uitsluitend heeft gecontroleerd aan de hand van een tewerkstellingsvergunning. Ter verdere onderbouwing wordt hierbij in het geding gebracht de brief van mr. Jorens, advocaat te Antwerpen, en tevens professor of Social Security Law (national en international) aan de Universiteit van Gent te België (productie 1). De inhoud van deze brief dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd.

Ook uit dit document van professor Jorens blijkt dat onderzocht had moeten worden of sprake is van dienstverlening of zelfstandigheid. Dat de staatssecretaris dat niet geïnitieerd vond, kan zo zijn, maar is in dezen niet redengevend. Het is overigens onbegrijpelijk dat de staatssecretaris een dergelijk standpunt huldigt. Zeker nu de staatssecretaris zelf medio november 2004 openlijk in diverse stukken heeft kenbaar gemaakt dat in bepaalde situaties de eis van een tewerkstellingsvergunning in strijd is met het communautaire recht. In het verlengde daarvan is de eis van een tewerkstellingsvergunningsplicht komen te vervallen in geval van zelfstandigheid en dienstverlening. Dit is mede gebeurd onder druk van de Europese Commissie.

Met ingang van 1 december 2005 is de eis van een tewerkstellingsvergunning komen te vervallen en daarvoor in de plaats is gekomen de eis van notificatie. Ook dit systeem kan niet door de Europese

beugel. Om die reden is de Europese Commissie een inbreukprocedure gestart tegen de Staat der Nederlanden. Volgens de Europese Commissie is immers ook deze eis van notificatie in strijd met het communautaire recht.

Het stond in 2004 al vast dat de eis van een tewerkstellingsvergunning in bepaalde situaties niet toelaatbaar is. Om die reden heeft de staatssecretaris aan de voorzitter der Staten Generaal toegezegd om de eis begin 2005 te laten vervallen in lijn van het Europese recht.

Uiteindelijk is die verandering pas tot stand gekomen op 1 december 2005 bij de invoering van het stelsel van notificatie.

Het kan niet anders worden geduid dat de Nederlandse overheid ten aanzien van de eis van een tewerkstellingsvergunning een vertragingstechniek heeft gehanteerd. Deze techniek van vertraging is niet te rijmen met de verplichting tot gemeenschapstrouw van art. 10 EG.

Zoals gezegd, met deze Europeesrechtelijke ontwikkelingen heeft de Arbeidsinspectie ten tijde van het onderzoek geen rekening gehouden. In dat verband is de Arbeidsinspectie niet verder gekomen dan de constatering dat deze personen vreemdelingen bleken te zijn in de zin van de Vreemdelingenwet 2000, zodat De Keijzer voor hen in het bezit diende te zijn van een tewerkstellingsvergunning.

Nu niet beschikte over een dergelijke vergunning, was kennelijk voor de Arbeidsinspectie het bewijs rond en konden en mochten de inspecteurs concluderen dat art. 2 WAV was overtreden.

Dit categorisch redeneren geeft blijk van een ontoelaatbare voor-ingenomenheid, hetgeen onder de gegeven feiten en omstandigheden niet mag worden geïgnoreerd.

Er kan niet worden geconcludeerd dat het besluit uit overwegingen van rechtszekerheid en goed bestuur, zorgvuldig en onafhankelijk tot stand is gekomen.

Om redenen als hiervoor genoemd, is van mening dat het bestreden besluit in strijd is genomen met het zorgvuldigheidsbeginsel en onvoldoende gemotiveerd is.

Boete

Tot voor kort werden dit soort zaken via het strafrecht afgedaan. Indien bewezen werd dat de betrokken Nederlander als werkgever was te kwalificeren, werd aan hem een boete opgelegd van ca. € 900,00 per vreemdeling.

Daarbij werd geen onderscheid gemaakt tussen een natuurlijk persoon of een rechtspersoon.



In de nieuwe regelgeving is deze boete verhoogd tot € 4.000,00 voor natuurlijke personen en € 8.000,00 voor rechtspersonen.

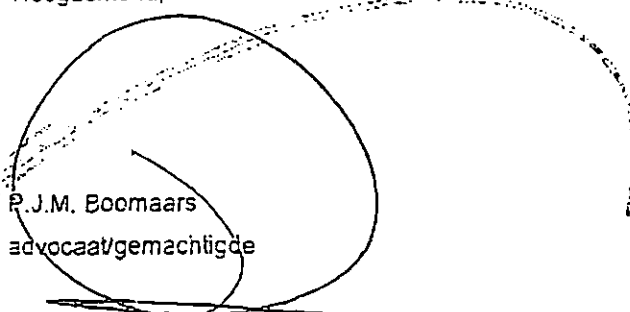
In de parlementaire behandeling, die geleid heeft tot deze bedragen, is reeds door de staatssecretaris aangegeven dat deze boete niet in verhouding staat met boetebedragen bij andere overtredingen. Voorts heeft de staatssecretaris in die discussie aangevoerd dat een boete van € 3.500,00 (in geval van rechtspersonen) redelijk is te noemen.

Hiermee geeft de staatssecretaris zelf aan dat een boete (zeker in geval van een privé-persoon) van € 4.000,00 per vreemdeling onevenredig is en niet in verhouding staat tot andere beboetbare feiten.

Ook op dit punt dient te bestreden uitspraak te stranden.

Met inachtneming van het vorenstaande verzoek ik u namens | het beroep gegrond te verklaren en de bestreden uitspraak te vernietigen en te bepalen dat het bestreden besluit in rechte geen stand kan houden en dat de daartegen gerichte beroepen gegrond zullen worden verklaard, dit met veroordeling van de staatssecretaris in de kosten die | in verband met de behandeling van dit beroep redelijkerwijs heeft moeten maken.

Hoogachtend,


P.J.M. Boomaars
advocaat/gemachtigde