

ECLI	ECLI:NL:RVS:2009:BH4663
Datum uitspraak	4 maart 2009
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 9 juni 2006 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan [appellante] (hierna: de maatschap) een boete van € 24.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

200803634/1.

Datum uitspraak: 4 maart 2009

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats], waarvan de maten zijn [maat sub 1] en [maat sub 2], beiden wonend te [woonplaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank Arnhem van 10 april 2008 in zaak nr. 07/2865 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 9 juni 2006 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan [appellante] (hierna: de maatschap) een boete van € 24.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 5 juni 2007 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) het daartegen door de maatschap gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 10 april 2008, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank Arnhem (hierna: de rechtbank) het daartegen door de maatschap ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de maatschap bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 20 mei 2008, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief

van 3 juli 2008. Deze brieven zijn aangehecht.
De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 10 november 2008, waar de maatschap, vertegenwoordigd door [maat sub 1], bijgestaan door mr. P.J.M. Boomaars, advocaat te Breda, en de minister, vertegenwoordigd door mr. R.A. van der Oord, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef, onderdeel b en onder 1°, van de Wav wordt onder werkgever verstaan degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid 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, aanhef en onder a, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, niet van toepassing met betrekking tot 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.

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

Ingevolge artikel 18a, eerste lid, kunnen beboetbare feiten worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.

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 rechtspersoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 45.000,00.

Ingevolge het derde lid stelt de minister beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de beboetbare feiten worden vastgesteld.

Volgens artikel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2007 (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 de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, op € 8.000,00 per persoon per beboetbaar feit gesteld.

2.2. Uit het op ambtsbelofte door inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 21 april 2006 (hierna: het boeterapport), dat aan het besluit van 9 juni 2006 ten grondslag is gelegd, blijkt dat [vreemdeling sub 1], van [...] nationaliteit, en [vreemdeling sub 2] en [vreemdeling sub 3], beiden van [...] nationaliteit, op 30 september 2005 op de percelen gelegen achter het woonhuis gelegen aan de [locatie] te [plaats] arbeid verrichtten

bestaande uit het plukken van appels, terwijl hiervoor geen tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven.

2.3. De maatschap betoogt dat op basis van het boeterapport geenszins kan worden vastgesteld dat de vreemdeling sub 1 op haar perceel arbeid heeft verricht. Volgens de maatschap heeft de rechtbank in dit verband niet onderkend dat sprake is geweest van onzorgvuldig onderzoek. De identiteit van die vreemdeling is niet aan de hand van een geldig en origineel identiteitsdocument vastgesteld en voorts is volgens de maatschap in het proces-verbaal van bevindingen van 28 november 2005 vermeld dat de vreemdeling sub 1 is komen aanrennen naar het perceel van de maatschap. Volgens de maatschap betekent dit dat de vreemdeling sub 1 eerst op andermans terrein was. Bovendien blijkt uit het boeterapport dat zij de vreemdeling sub 1 geen opdracht heeft gegeven om op haar perceel werkzaamheden te verrichten, aldus de maatschap.

2.3.1. Uit het inlichtingen- en verhoorformulier, dat als bijlage 2 aan het boeterapport is gehecht, blijkt dat de vreemdeling sub 1 ten overstaan van een inspecteur van de Arbeidsinspectie heeft verklaard dat hij sinds 26 september 2005 appels plukte bij de maatschap, dat hij € 4,50 per uur betaald zou krijgen en dat hij van [maat sub 1] de opdracht had gekregen om appels te plukken. Blijkens dat formulier heeft het verhoor plaatsgevonden door tussenkomst van een tolk in de Arabische taal. Zowel de vreemdeling sub 1 als de inspecteur hebben dat formulier ondertekend.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 10 augustus 2005 in zaak nr. 200409705/1), mag de minister in beginsel uitgaan van de juistheid van een ten overstaan van een opsporingsambtenaar afgelegde en ondertekende verklaring. Dit is slechts anders indien sprake is van bijzondere omstandigheden die nopen tot afwijking van dit uitgangspunt.

Aangezien de vreemdeling sub 1 blijkens voormeld inlichtingen- en verhoorformulier zelf heeft verklaard dat hij bij de maatschap werkzaam was, bestaat geen aanleiding voor twijfel of hij daadwerkelijk op het perceel van de maatschap arbeid verrichtte, bestaande uit het plukken van appels.

De stelling dat uit het op ambtsbelofte opgemaakte proces-verbaal van bevindingen van 28 november 2005 blijkt dat de vreemdeling sub 1 naar het perceel van de maatschap was komen aanrennen, hetgeen betekent dat hij eerst op andermans perceel was, berust op een onjuiste lezing van dat proces-verbaal. Dat de vreemdeling sub 1, volgens dat proces-verbaal, vanuit de fruitboomgaard op het bedrijfsterrein van de maatschap was aan komen rennen, biedt geen aanwijzing voor het oordeel dat hij op een ander perceel dan dat van de maatschap werkzaam was.

De stelling dat de identiteit van de vreemdeling sub 1 niet op juiste wijze is vastgesteld, omdat deze aan de hand van een zogenoemd V-nummer is gecontroleerd, kan evenmin leiden tot een ander oordeel. Deze stelling berust op een onjuiste lezing van het boeterapport. In dat rapport staat vermeld dat de identiteit van de vreemdeling sub 1 is vastgesteld door de Politie Gelderland-Zuid, sectie Vreemdelingenrecherche, en daarin wordt vervolgens zijn V-nummer vermeld.

Ook de stelling van de maatschap dat zij de vreemdeling sub 1 geen opdracht heeft gegeven om op haar perceel werkzaamheden te verrichten, kan niet leiden tot het ermee beoogde resultaat. Zoals de rechtbank onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 11 juli 2007 zaak nr. 200700303/1 terecht heeft overwogen, wordt ook het enkel mogelijk maken van het verrichten van arbeid en het niet verhinderen daarvan, aangemerkt als het laten verrichten van arbeid. Bovendien heeft de vreemdeling sub 1, volgens voormeld inlichtingen-

en verhoorformulier, verklaard dat hij van [maat sub 1] opdracht had gekregen om appels te plukken.

Het betoog ten aanzien van de vreemdeling sub 1 faalt.

2.4. De maatschap betoogt voorts dat de minister niet bevoegd was om voor de door de vreemdelingen sub 2 en 3 verrichte werkzaamheden een boete op grond van artikel 2 van de Wav op te leggen. Deze vreemdelingen verrichtten arbeid als zelfstandigen, voor welke werkzaamheden op verdragsrechtelijke gronden niet over een tewerkstellingsvergunning hoefde te worden beschikt, aldus de maatschap.

2.4.1. Ingevolge artikel 39, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag) is het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap vrij.

Ingevolge artikel 43, eerste alinea, voor zover in deze zaak van belang, zijn in het kader van de volgende bepalingen beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden.

Ingevolge de tweede alinea van dit artikel, voor zover in deze zaak van belang, omvat de vrijheid van vestiging, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan.

Ingevolge Bijlage XII Lijst bedoeld in artikel 24 van de Toetredingsakte: Polen (hierna: Bijlage XII), onderdeel 2, punt 1, is wat betreft het vrij verkeer van werknemers en het vrij verrichten van diensten dat gepaard gaat met tijdelijk verkeer van werknemers als bedoeld in artikel 1 van Richtlijn 96/71/EG tussen, voor zover thans van belang, Polen en Nederland, artikel 39 van het EG-Verdrag slechts volledig van toepassing onder voorbehoud van de overgangsregelingen van de punten 2 tot en met 14.

Ingevolge punt 2, voor zover thans van belang, zullen de huidige lidstaten, in afwijking van de artikelen 1 tot en met 6 van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot het einde van het tweede jaar na de datum van toetreding van Polen, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepassen om de toegang van Poolse onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen.

Nederland heeft ingevolge voormelde Bijlage XII de mogelijkheid om het recht op het vrij verkeer van werknemers zoals neergelegd in artikel 39 van het EG-Verdrag tijdelijk te beperken en heeft door voortzetting van de overgangsperiode de vergunningplicht ingevolge de Wav tot 1 mei 2007 gehandhaafd (Kamerstukken II 2003/04, 29 407, nr. 1 e.v.).

In Bijlage XII is tussen Polen en Nederland geen overgangsregeling getroffen voor het vrij verkeer van vestiging.

In het arrest het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) van 15 december 2005 in de zaken nrs. C-151/04 en C-152/04 (Nadin en Durré; Jur. 2005, p. I-11203) heeft het HvJ EG onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EG van 20 november 2001 in zaak nr. C-268/99 (Jany e.a., AB 2001, 413) in rechtsoverweging 31 overwogen:

"31. Aangezien het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding in de zin van artikel 39 EG-Verdrag is, dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt, moet als een werkzaamheid anders dan in loondienst in de zin van artikel 43 EG-Verdrag worden aangemerkt, de activiteit die een persoon zonder gezagsverhouding uitoefent (zie arrest van 20 november 2001, Jany e.a., C-268/99, Jurispr. blz. I-8615, punt 34 en de aangehaalde rechtspraak)."

2.4.2. Gelet op de hiervoor weergegeven rechtsoverweging van het arrest van het HvJ EG van 15 december 2005, is voor beantwoording van de vraag of de werkzaamheden door de vreemdelingen als zelfstandigen zijn uitgevoerd, bepalend of sprake is van activiteiten die zonder gezagsverhouding zijn uitgeoefend, waarbij een rol speelt of de werkzaamheden onder eigen verantwoordelijkheid zijn uitgeoefend en voorts de feitelijke situatie van belang is.

2.4.3. Volgens het boeterapport heeft [maat sub 1] verklaard dat de vreemdelingen sub 2 en 3 arbeid verrichtten als zelfstandigen. Volgens de minister was sprake van het laten verrichten van arbeid anders dan als zelfstandigen, omdat onder meer uit de verklaringen van de vreemdelingen sub 2 en 3 blijkt dat zij geen schriftelijke overeenkomst hadden met de maatschap, zij samen met ander personeel van de maatschap werkten, dat zij de maatschap € 12,00 per uur factureerden, dat een zekere Hek en [maat sub 1] hun vertelden wat zij moesten doen, de opdrachten gaven en toezicht hielden op hun werk en dat zij geen investeringen hadden gedaan voor machines of gereedschappen.

2.4.4. De maatschap heeft uittreksels uit het Handelsregister overgelegd, waarin staat dat de vreemdelingen sub 2 en 3 op 24 mei 2005 onderscheidenlijk de eenmanszaken [zaaknaam sub 1] en [zaaknaam sub 2] hebben opgericht. De maatschap heeft voorts overeenkomsten van opdracht tussen onderscheidenlijk [zaaknaam sub 1] en de maatschap en [zaaknaam sub 2] en de maatschap overgelegd, waarin is vermeld dat de vreemdelingen sub 2 en 3 als zelfstandig ondernemer voor eigen rekening en risico werkzaam zijn op het gebied van de maatschap, zij verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit van het werk en het naleven van de gemaakte afspraken, zij indien nodig zelf zorgen voor hulpmaterialen voor het uitvoeren van de werkzaamheden, zij vrij zijn werkzaamheden naar eigen inzicht in te richten en uit te voeren, respectievelijk in te laten richten en uit te laten voeren en zij een vergoeding van € 4400,00 exclusief BTW ontvangen voor het verrichten van de werkzaamheden. De maatschap heeft tot slot facturen van [zaaknaam sub 1] en [zaaknaam sub 2] overgelegd.

2.4.5. De in 2.4.4. vermelde bescheiden bieden onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat de vreemdelingen sub 2 en 3 de werkzaamheden als zelfstandigen hebben uitgevoerd. De enkele inschrijving van voormelde eenmanszaken in het Handelsregister betekent niet dat de vreemdelingen ook feitelijk arbeid verrichtten als zelfstandigen. In voormelde overeenkomsten is opgenomen dat de vreemdelingen sub 2 en 3 de opdracht hebben aangenomen om fruit te oogsten en te sorteren en om bomen te planten. De rechtbank heeft terecht overwogen dat die overeenkomsten een dusdanig globale omschrijving van de te verrichten werkzaamheden bevatten, dat deze werkzaamheden redelijkerwijs niet zonder nadere aanwijzingen en/of toezicht kunnen zijn verricht. De door de maatschap overgelegde facturen zijn wat bewoordingen en bedragen betreft niet in verband te brengen met de opdracht zoals deze in voormelde overeenkomsten is neergelegd, zodat daaruit evenmin kan worden afgeleid dat de vreemdelingen sub 2 en 3 bij [maat sub 1] feitelijk arbeid hebben verricht als zelfstandigen. De rechtbank heeft evenzeer terecht bij haar beoordeling betrokken dat, gelet op de feiten zoals deze zijn weergegeven in het boeterapport, de omstandigheden waaronder de vreemdelingen sub 2 en 3 de werkzaamheden hebben verricht niet verschiden van de omstandigheden waaronder de overige zes aangetroffen personen - die, naar vaststaat, werknemers van [maat sub 1] waren - hun werkzaamheden hebben verricht, zodat niet aannemelijk is dat de vreemdelingen sub 2 en 3 zonder enige gezagsverhouding met betrekking tot de keuze van de activiteiten en onder eigen verantwoordelijkheid de in de overeenkomsten beschreven werkzaamheden hebben uitgevoerd.

Het betoog, dat de vreemdelingen sub 2 en 3 arbeid verrichtten als zelfstandigen, faalt.

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

2.6. 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. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. A.W.M. Bijloos en mr. D. Roemers, leden, in tegenwoordigheid van mr. P.A. de Vink, ambtenaar van Staat.

w.g. Parkins-de Vin w.g. De Vink
voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 4 maart 2009

154-501.