

ECLI	ECLI:NL:RVS:2010:BM4974
Datum uitspraak	19 mei 2010
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 2 oktober 2008 heeft de minister de vennootschap een boete opgelegd van € 8.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

200908721/1/V6.

Datum uitspraak: 19 mei 2010

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], wonend te [woonplaats] (hierna: [Bakkerij]), vennoot van de voormalige vennootschap onder firma [Bakkerij] (hierna: de vennootschap), waarvan de andere vennoot was [vennoot B], wonend te [woonplaats] (Turkije),

tegen de uitspraak van de rechtbank Breda (hierna: de rechtbank) van 21 oktober 2009 in zaak nrs. 09/977 en 09/1609 in het geding tussen:

de vennootschap

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister).

1. Procesverloop

Bij besluit van 2 oktober 2008 heeft de minister de vennootschap een boete opgelegd van € 8.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit, verzonden op 17 maart 2009, heeft de minister het daartegen door de vennootschap en haar vennoten gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 21 oktober 2009, verzonden op 27 oktober 2009, heeft de rechtbank, voor zover thans van belang, het daartegen door de vennootschap ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [Bakkerij] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 13 november 2009, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De zaak is door een meervoudige kamer van de Afdeling verwezen naar een enkelvoudige.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 13 april 2010, waar [Bakkerij], vertegenwoordigd door mr. R. Cats, advocaat te Maastricht, en de minister, vertegenwoordigd door mr. R.E. van der Kamp, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Op dit geding is de Wav van toepassing zoals die wet luidde tot de inwerkingtreding van de wet van 25 juni 2009 (Stb. 2009, 265) op 1 juli 2009.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, aanhef en onderdeel b, 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 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 het derde lid, aanhef en onder 1° wordt voor de toepassing van het eerste lid met een rechtspersoon gelijkgesteld de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.

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 2008 (hierna: de beleidsregels) worden bij de berekening van een boete als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, van de Wav voor alle beboetbare feiten als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de 'Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen' (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. Het op ambtseed door inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 30 juli 2008 houdt in dat de vennootschap op 29 mei 2008 omstreeks 01:50 uur een vreemdeling van Turkse nationaliteit (hierna: de vreemdeling) in haar bakkerij arbeid heeft laten verrichten, bestaande uit kneedwerkzaamheden, zonder dat hiervoor een tewerkstellingsvergunning was verleend en deze wel was vereist.

2.3. [Bakkerij] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de vennootschap artikel 2, eerste lid, van de Wav heeft overtreden. Daartoe voert zij aan dat de vreemdeling slechts anderhalf uur op proef werkzaam was. Volgens haar is het in strijd met het beginsel van gelijke behandeling dat het, anders dan bij een werknemer van Nederlandse nationaliteit, met een vreemdeling van buiten de Europese Unie niet is toegestaan een proeftijd van twee maanden overeen te komen. Voorts had de vreemdeling in zijn paspoort een toelatingssticker voor Duitsland, zodat hij ingevolge de Overeenkomst ter uitvoering van het tussen de regeringen van de staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek op 14 juni 1985 te Schengen gesloten akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen (hierna ook: de Schengenuitvoeringsovereenkomst) legaal in Nederland mocht werken. Daarnaast mocht hij ingevolge deze overeenkomst in ieder geval werk zoeken, zodat het aanvragen van een tewerkstellingsvergunning slechts een formaliteit zou zijn geweest, aldus [Bakkerij].

2.3.1. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 1 en 2 van de Wav (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 13) blijkt dat diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever is en dat deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk is voor en aanspreekbaar is 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 (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, blz. 2).

Tussen partijen staat vast dat de vreemdeling kneedwerkzaamheden heeft uitgevoerd in opdracht en ten dienste van de vennootschap. De minister heeft zich op grond hiervan terecht op het standpunt gesteld dat de vennootschap de vreemdeling arbeid heeft laten verrichten in de zin van de Wav. Dat de vreemdeling deze werkzaamheden slechts anderhalf uur op proef heeft verricht, wat hier ook van zij, leidt niet tot een ander oordeel.

Voorts bestaat geen grond voor het oordeel dat de handhaving van de boete in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling, reeds omdat het voor een werkgever mogelijk is een tewerkstellingsvergunning aan te vragen voor een arbeidsovereenkomst met een vreemdeling van buiten de Europese Unie waarin een proeftijd van twee maanden is overeengekomen. De omstandigheid dat het aanvragen van een tewerkstellingsvergunning slechts een formaliteit zou zijn geweest, doet er niet aan af dat de vennootschap geen zodanige aanvraag heeft ingediend, voordat zij de vreemdeling te werk stelde.

Ten slotte brengt de gestelde toelating van de vreemdeling in Duitsland, wat hier ook van zij, niet met zich dat hij ingevolge de Schengenuitvoeringsovereenkomst gerechtigd zou zijn zonder tewerkstellingsvergunning in Nederland arbeid te verrichten. De vreemdeling kan aan deze overeenkomst slechts het recht ontleenen zich vrij in het Schengengebied te verplaatsen.

De rechtbank heeft terecht overwogen dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de vennootschap artikel 2, eerste lid, van de Wav heeft overtreden.

Het betoog faalt.

2.4. Voorts betoogt [Bakkerij] dat de rechtbank ten onrechte geen grond heeft gevonden voor het oordeel dat de minister de door hem gehandhaafde boete op nihil had moeten stellen, dan wel had moeten matigen. Daartoe voert zij aan dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat, samengevat weergegeven, de minister zich terecht op het standpunt heeft

gesteld dat de overtreding de vennootschap volledig te verwijten is. De vennootschap heeft geprobeerd alle voor haar geldende regels na te leven en heeft de Wav derhalve niet opzettelijk overtreden, aldus [Bakkerij]. Voorts voert zij aan dat de rechtbank niet heeft onderkend dat uit de door de vennootschap bij de rechtbank overgelegde financiële stukken blijkt dat onverkorte handhaving van de boete tot het faillissement van de onderneming zou leiden.

2.4.1. Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling (onder meer de uitspraken van 11 juli 2007 in zaak nr. 200607461/1 (pdf, 183 kB), 12 maart 2008 in zaak nr. 200704906/1, 3 juni 2009 in zaak nr. 200803230/1/V6, 17 juni 2009 in zaak nr. 200806748/1/V6, 16 september 2009 in zaak nr. 200900632/1/V6) vloeit het volgende voort.

De minister heeft in redelijkheid de in de beleidsregels opgenomen boetenormbedragen kunnen vaststellen, zodat hij deze bij de vaststelling van de hoogte van de boete als uitgangspunt dient te nemen. Gelet op de aard van het te nemen besluit zal de minister bij de besluitvorming in het concrete geval echter ook het in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht dienen te nemen. Dit betekent dat de minister zich bij het vaststellen van de hoogte van een boete moet afvragen of de uit de boetenormbedragen voortvloeiende boete, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig is aan het door de wetgever beoogde doel. Tot de omstandigheden van het geval behoren in ieder geval de aard en de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Wanneer het toepassen van het boetenormbedrag niet evenredig is, is matiging van dit bedrag passend en geboden.

Artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van rechten van de mens en fundamentele vrijheden, dat op het opleggen van boete als waarom het hier gaat van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid dient te toetsen of de door de minister in het concrete geval opgelegde boete in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.

Indien de rechter van oordeel is dat dit niet het geval is en hij op die grond het besluit vernietigt, neemt hij bij het zelf bepalen van de hoogte van de boete de boetenormbedragen eveneens als uitgangspunt.

2.4.2. Zoals blijkt uit hetgeen de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer uitspraak van 29 juli 2009 in zaak nr. 200808107/1/V6) brengt het ontbreken van opzet op zichzelf niet met zich dat de boete dient te worden gematigd, nu voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav, opzet geen vereiste is.

2.4.3. Voorts heeft de rechtbank onder verwijzing naar de hiervoor in 2.4.1. vermelde uitspraak van de Afdeling van 12 maart 2008 terecht overwogen dat in situaties waarin sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid van boeteoplegging wordt afgezien. Hiertoe dient de werkgever aannemelijk te maken dat hij al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtreding te voorkomen. Een verminderde mate van verwijtbaarheid kan aanleiding geven de opgelegde boete te matigen.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 3 oktober 2007 in zaak nr. 200701639/1) is het de eigen verantwoordelijkheid van een werkgever in de zin van de Wav om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of aan de voorschriften van die wet wordt voldaan. De vennootschap had derhalve dienen te controleren of de vreemdeling gerechtigd was in Nederland zonder tewerkstellingsvergunning arbeid te verrichten voordat zij deze te werk stelde, ook op proef. Tussen partijen staat vast dat de vennootschap op dat moment geen zodanige controle heeft verricht.

De rechtbank heeft gelet hierop terecht overwogen dat, samengevat weergegeven, de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de overtreding de vennootschap volledig te verwijten is.

2.4.4. Ten slotte heeft de rechtbank terecht overwogen dat, samengevat weergegeven, de vennootschap, door overlegging in beroep van een winst- en verliesrekening over het eerste half jaar van 2009, haar financiële positie onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt en aldus niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij door de handhaving van de opgelegde boete onevenredig is getroffen.

2.4.5. De rechtbank heeft, gelet op het vorenoverwogene, terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat de minister de door hem gehandhaafde boete op nihil had moeten stellen, dan wel had moeten matigen.

Het betoog 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. D. Roemers, lid van de enkelvoudige kamer, in tegenwoordigheid van mr. L. Groenendijk, ambtenaar van Staat.

w.g. Roemers w.g. Groenendijk
lid van de enkelvoudige kamer ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 19 mei 2010

164-485.