

ECLI	ECLI:NL:RVS:2011:BU3148
Datum uitspraak	2 november 2011
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 23 september 2009 heeft de minister de vennootschap een boete opgelegd van € 16.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201010103/1/V6.

Datum uitspraak: 2 november 2011

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante] (hierna: de vennootschap), gevestigd te Hoenzadriel, gemeente Maasdriel,

tegen de uitspraak van de rechtbank Arnhem van 28 september 2010 in zaak nr. 10/1027 in het geding tussen:

de vennootschap

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 23 september 2009 heeft de minister de vennootschap een boete opgelegd van € 16.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 12 februari 2010 heeft de minister het daartegen door de vennootschap gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 28 september 2010, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het daartegen door de vennootschap ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de vennootschap bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 21 oktober 2010, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 2 december 2010. Deze brieven zijn aangehecht.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 31 maart 2011, waar de vennootschap,

vertegenwoordigd door J. van Namen, bijgestaan door mr. P.J.M. Boomaars, advocaat te Breda, en de minister, vertegenwoordigd door mr. W.F. Jacobson, 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 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, eerste lid, voor zover thans van belang, wordt 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 het tweede lid gelden de ter zake van deze wet gestelde beboetbare feiten ten opzichte van elk persoon, met of ten aanzien van wie een beboetbaar feit is begaan.

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) 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 Wav' (hierna: de Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd.

Volgens artikel 4 bestaat de totale bij een boetebeschikking op te leggen boete, ingeval er sprake is van meer beboetbare feiten, uit de som van de per beboetbaar feit berekende boetebedragen.

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

Ingevolge artikel 39, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag), thans, na wijziging, artikel 45, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU), is het verkeer van

werknemers binnen de Gemeenschap vrij.

Ingevolge artikel 43, eerste alinea, van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 49, eerste alinea, van het VWEU, 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, voor zover thans van belang, omvat de vrijheid van vestiging de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en uitoefening daarvan.

Ingevolge Bijlage VI Lijst bedoeld in artikel 23 van de Toetredingsakte: Bulgarije (hierna: Bijlage VI), onderdeel 1, 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, Bulgarije en Nederland, artikel 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 45 van het VWEU, 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 Bulgarije, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepassen om de toegang van Bulgaarse onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen.

De huidige lidstaten mogen dergelijke maatregelen blijven toepassen tot het einde van het vijfde jaar na de datum van toetreding van Bulgarije.

Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge voormelde Bijlage VI het recht op het vrij verkeer van werknemers, zoals neergelegd in artikel 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 45 van het VWEU, tijdelijk te beperken en heeft door voortzetting van de overgangsperiode de vergunningplicht ingevolge de Wav tot 1 januari 2012 gehandhaafd (Kamerstukken II 2008/09, 29 407, nr. 98).

In het arrest van 15 december 2005, C-151/04 en C-152/04, Nadin en Durré, (www.curia.europa.eu) heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EG van 20 november 2001, C-268/99, Jany e.a., (www.curia.europa.eu) in punt 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)."

2.2. Het door een inspecteur van de Arbeidsinspectie op ambtseed opgemaakte boeterapport van 30 juli 2009 (hierna: het boeterapport) houdt in dat [vreemdeling A] en [vreemdeling B], beiden van Bulgaarse nationaliteit (hierna gezamenlijk: de vreemdelingen), op 22 september 2008 in de onderneming van de vennootschap arbeid hebben verricht, bestaande uit het snijden en sorteren van champignons, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen zijn verleend. Het boeterapport houdt voorts in dat uit feiten en omstandigheden naar voren is gekomen dat geen sprake was van het verrichten van arbeid als zelfstandigen.

In de bij het boeterapport gevoegde verklaring van de vreemdelingen van 6 januari 2009 is,

voor zover thans van belang, vermeld:

'Wij zijn het eerst bij [werkgever A] gaan werken. Hij was ons eerste contact in de regio. [werkgever A] heeft het tarief van € 14,00 per uur bepaald per persoon. Er is een mondelinge afspraak gemaakt. (...) Daarna zijn wij via [werkgever A] bij zijn broer [werkgever B] gaan werken in de champignonpluk. Wij werden altijd gebeld door [werkgever A], dan hoorden wij of wij bij hem of zijn broer [werkgever B] moesten werken. [werkgever A] kende nog een collega genaamd [werkgever C], via [werkgever A] hebben wij één dag gewerkt bij [werkgever C], daarna niet meer.'

In het bij het boeterapport gevoegde aanvullend getuigenverhoor van [vreemdeling A] van 12 januari 2009 is, voor zover thans van belang, vermeld:

'U vraagt mij of ik een kopie inschrijving Kamer van Koophandel, BTW-verklaring en VAR-verklaring aan de klanten [werkgever A], [werkgever B] en [werkgever C] heb gegeven. Uiteraard, anders word ik niet toegelaten bij deze bedrijven. Mijn [boekhouder], stelt samen met mij de facturen op. (...) Als wij bij [werkgever A] werkten in de champignonpluk, werkten wij samen, mijn vrouw en ik, in één cel. [werkgever A] en zijn vrouw controleerden het werk. Als wij in een grote cel werkten kwam het andere Nederlandse personeel meewerken om het werk af te krijgen. Bij [werkgever B] gaat het heel anders omdat daar de cellen veel groter zijn. Daar werken wij samen met het Nederlandse en Poolse personeel. (...) Bij [werkgever C] zijn de cellen veel kleiner. De [vrouw] van [werkgever C], controleerde ons. Ik heb maar één dag voor [werkgever C] gewerkt omdat de Polen die normaliter voor [werkgever C] werkten een feestdag hadden. [werkgever C] heeft [werkgever A] gevraagd of hij twee mensen van hem kon lenen. [werkgever A] heeft ons toen naar [werkgever C] gebracht met zijn eigen auto. (...) Dit is eenmalig geweest omdat [werkgever C] voldoende mensen heeft om voor hem te werken.'

In de bij het boeterapport gevoegde verklaring van J. van Namen van 11 maart 2009 is, voor zover thans van belang, vermeld:

'Mijns inziens hebben zij gewoon mogen werken als zelfstandigen. Ik heb achteraf pas gezien dat op hun VAR-verklaring vermeld stond: loon uit dienstbetrekking. Op 22 september 2008 hebben zij volledig zelfstandig gewerkt. Zij stonden samen alleen in één cel champignons te plukken. (...) Ik heb de opdracht gegeven tot middelchampignons plukken. (...) Ik had voor 22 september te weinig plukkers. Ik had maar voor één dag werk, zodoende heb ik hem ingehuurd. (...) Hij moest beginnen totdat het klaar was en heeft daarna de rekening gestuurd.'

2.3. De vennootschap betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat de vreemdelingen de werkzaamheden als zelfstandigen hebben verricht.

Hiertoe voert de vennootschap aan dat de vreemdelingen sinds april 2008 vennoten zijn van [bedrijf] en dat [bedrijf] de mondelinge opdracht tot champignonplukken van [werkgever C] heeft aanvaard en uitgevoerd. Bij een dergelijke overeenkomst tot opdracht is de opdrachtnemer gehouden gevolg te geven aan de aanwijzingen omtrent de uitvoering van de opdracht en controleert de opdrachtgever de werkzaamheden van de opdrachtnemer, aldus de vennootschap. Dat de vrouw van [werkgever C] de werkzaamheden van de vreemdelingen heeft gecontroleerd, impliceert volgens de vennootschap dat de vreemdelingen zelf verantwoordelijk waren voor de kwaliteit daarvan. Ook blijkt uit de verklaring van [vreemdeling A] dat de vreemdelingen tevens [werkgever A] en [werkgever B] als opdrachtgevers hadden, zo voert de vennootschap aan. Volgens haar blijkt uit het boeterapport niet dat, anders dan de rechtbank heeft overwogen, de vreemdelingen op

verzoek van [werkgever A] voor één dag bij de vennootschap hebben gewerkt, maar slechts dat hij de vreemdelingen heeft vervoerd. Voorts acht de vennootschap voor de beoordeling van de al dan niet zelfstandige aard van de werkzaamheden, anders dan de rechtbank, niet relevant of die een specialistisch karakter hebben en beschikken de vreemdelingen overigens over gespecialiseerde kwaliteiten voor het plukken van champignons. De vreemdelingen hebben volgens de vennootschap de werkzaamheden niet samen met haar vaste personeel en niet ter aanvulling op, maar ter vervanging van, dat personeel verricht. Voorts heeft de Belastingdienst op 24 april 2008 aan [bedrijf] een vaststelling belastingplicht afgegeven waarbij het bedrijf is aangemerkt als ondernemer, en gold de door de Belastingdienst afgegeven Verklaring arbeidsrelatie vaststelling belastingplicht loon uit dienstbetrekking (hierna: de VAR-loon) voor [vreemdeling A] slechts tot het moment van de oprichting van [bedrijf], aldus de vennootschap. Tot slot voert zij aan dat de rechtbank ten onrechte het voeren van een handelsnaam, de inschrijving van [bedrijf] in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (hierna: het handelsregister), het hebben van eigen briefpapier, het factureren op dat briefpapier en het hebben van een bankrekening bij een Nederlandse bank niet heeft meegewogen in haar oordeel.

2.3.1. Gelet op de onder 2.1. vermelde jurisprudentie van het HvJ EG, is voor de beantwoording van de vraag of de werkzaamheden door de vreemdelingen als zelfstandigen zijn verricht, bepalend of sprake is van activiteiten die zonder gezagsverhouding zijn uitgeoefend, waarbij de vraag of de werkzaamheden onder eigen verantwoordelijkheid worden uitgeoefend een rol speelt en voorts de feitelijke situatie van belang is.

2.3.2. Gelet op het boeterapport en de daarbij behorende bijlagen heeft de rechtbank terecht, met inachtneming van het onder 2.3.1. weergegeven toetsingskader, overwogen dat de vreemdelingen de werkzaamheden in een gezagsverhouding en derhalve niet als zelfstandigen hebben verricht.

Hiertoe is van belang dat de werkzaamheden van de vreemdelingen een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de vennootschap vormden en dat de vreemdelingen het vaste personeel hebben vervangen. Gelet hierop is niet goed voorstelbaar dat zij die werkzaamheden, anders dan het vaste personeel, niet in een gezagsverhouding hebben verricht. Verder heeft de vrouw van [werkgever C] de werkzaamheden van de vreemdelingen gecontroleerd en heeft [werkgever A] een bepalende rol in de tewerkstelling van de vreemdelingen bij de vennootschap gespeeld. In dit verband heeft [vreemdeling A] verklaard dat [werkgever C] aan [werkgever A] heeft gevraagd of hij twee mensen van hem kon lenen en dat [werkgever A] de vreemdelingen naar de onderneming van de vennootschap heeft vervoerd. [werkgever C] heeft voorts ter zitting bij de rechtbank verklaard dat [werkgever A] een kameraad is die de avond vóór de tewerkstelling van de vreemdelingen bij hem op visite is geweest en mensen kende om de werkzaamheden uit te voeren. Tevens is in aanmerking genomen dat, blijkens de onder 2.2. weergegeven verklaringen [werkgever A] de hoogte van de beloning van de vreemdelingen heeft bepaald en dat zij uurloon betaald hebben gekregen. Weliswaar hebben de vreemdelingen ook bij [werkgever A] en [werkgever B] gewerkt maar die tewerkstelling verliep altijd via [werkgever A]. Tot slot is niet gebleken dat de vreemdelingen bedrijfsmatige investeringen hebben gedaan en dat zij een ondernemingsrisico liepen.

Onder voormelde omstandigheden noopt hetgeen de vennootschap voor het overige heeft aangevoerd, ook indien van de juistheid daarvan moet worden uitgegaan, niet tot het oordeel dat de vreemdelingen in dit geval de werkzaamheden als zelfstandigen hebben verricht.

Het betoog faalt.

2.4. De vennootschap betoogt voorts dat de rechtbank heeft miskend dat de boete voor matiging in aanmerking komt.

Hiertoe voert zij ten eerste aan dat de overtreding haar niet te verwijten is aangezien zij heeft gecontroleerd dat [bedrijf] was ingeschreven in het handelsregister, [bedrijf] volgens de Belastingdienst als Nederlandse onderneming btw-plichtig was, de vreemdelingen op gebruikelijke tijden hebben gewerkt en het overeengekomen uurtarief van de vreemdelingen van € 14,00 exclusief btw per uur niet ongebruikelijk is in de branche.

Hiertoe voert zij ten tweede aan dat de boeteoplegging de continuïteit van de onderneming ernstig in gevaar heeft gebracht, waar niet aan af doet dat de boete grotendeels is voldaan. In beroep heeft de vennootschap in dit verband een verklaring van 18 maart 2010 van haar fiscaal adviseur J. van de Schans met de winst- en verliesrekening van de onderneming over 2009 overgelegd.

2.4.1. Het gaat bij het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav om de aanwending van een bevoegdheid van de minister. De minister moet bij de aanwending van deze bevoegdheid de hoogte van de boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Ingevolge de verplichting hem opgelegd in artikel 19d, derde lid, van de Wav heeft de minister beleidsregels vastgesteld waarin de boetebedragen voor de overtredingen zijn vastgesteld. Deze beleidsregels zijn door de Afdeling als zodanig niet onredelijk bevonden (zie onder meer de uitspraak van 23 juni 2010 in zaak nr. [200908558/1/V6](#)). Ook bij de toepassing van deze beleidsregels en de daarin vastgestelde boetebedragen dient de minister in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is.

De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuur met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.

2.4.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 12 maart 2008 in zaak nr. [200704906/1](#)) wordt in situaties waarin sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid van boeteoplegging 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.

2.4.3. Gezien de onder 2.3.2 geschetste feitelijke omstandigheden bestaat geen grond voor het oordeel dat de vennootschap verontschuldigbaar in de veronderstelling verkeerde, dat de vreemdelingen de werkzaamheden als zelfstandigen verrichten. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling (onder meer de uitspraak van de Afdeling van 12 maart 2008 in zaak nr. [200704914/1](#) (pdf, 935 kB)) leidt de omstandigheid dat de werkgever zich voorafgaand aan de tewerkstelling van de vreemdelingen ervan heeft vergewist dat deze als eenmanszaken in het handelsregister stonden ingeschreven, op zich niet tot matiging van de opgelegde boete. De door de Belastingdienst afgegeven vaststelling belastingplicht behelsde een voorlopig

oordeel, zodat deze voorlopige vaststelling reeds hierom geen aanleiding kon vormen voor de vennootschap om redelijkerwijs te veronderstellen dat de vreemdelingen de werkzaamheden in dit geval als zelfstandigen zouden verrichten. Daargelaten of de VAR-loon slechts gold tot de oprichting van [bedrijf], heeft [werkgever C] voorts blijkens de onder 2.2. weergegeven verklaringen, de door [vreemdeling A] overgelegde VAR-loon verkeerd gelezen aangezien hij niet heeft onderkend dat deze loon uit dienstbetrekking betrof, hoewel dit daarin uitdrukkelijk is vermeld. Dat de vreemdelingen op gebruikelijke tijden hebben gewerkt blijkt evenmin uit voormelde verklaringen, aangezien de vreemdelingen moesten werken tot de werkzaamheden klaar waren. De enkele stelling dat een marktconforme financiële vergoeding is betaald, biedt onvoldoende grond voor het oordeel dat de vennootschap aannemelijk heeft gemaakt dat zij al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtreding van de Wav te voorkomen. De rechtbank heeft terecht geconcludeerd dat geen sprake is van het ontbreken, dan wel een verminderde mate van verwijtbaarheid. Het betoog faalt in zoverre.

2.4.4. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling (onder meer de uitspraak van 29 oktober 2008 in zaak nr. 200802872/1) bestaat geen reden tot matiging van de opgelegde boete over te gaan indien de beboete werkgever niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij door de opgelegde boete onevenredig wordt getroffen. Ter zitting is door de vennootschap toegelicht dat de boete inmiddels geheel is voldaan. De vennootschap heeft haar stelling, dat de continuïteit van de onderneming door betaling van de boete in gevaar is, niet met recente financiële gegevens of bescheiden gestaafd. Reeds daarom kan het betoog van de vennootschap niet slagen.

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. H.G. Lubberdink, voorzitter, en mr. A.W.M. Bijloos en mr. H.G. Sevenster, leden, in tegenwoordigheid van mr. S.J.H. Cassé, ambtenaar van staat.

w.g. Lubberdink w.g. Cassé
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 2 november 2011

588.