

ECLI	ECLI:NL:RVS:2012:BW6380
Datum uitspraak	23 mei 2012
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 15 september 2009 heeft de minister [appellant] een boete van € 4.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201107492/1/V6.

Datum uitspraak: 23 mei 2012

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant], wonend te Den Helder,

tegen de uitspraak van de rechtbank Alkmaar van 9 juni 2011 in zaak nr. 10/550 in het geding tussen:

[appellant]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 15 september 2009 heeft de minister [appellant] een boete van € 4.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 13 januari 2010 heeft de minister het door [appellant] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 9 juni 2011, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het door [appellant] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 11 juli 2011, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

[appellant] heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 2 februari 2012, waar de minister,

vertegenwoordigd door mr. M. Znabet, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, is 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, 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, van de Wav is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Ingevolge artikel 18, eerste lid, 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 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 € 11.250,00.

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

Volgens artikel 2 wordt 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 boetenormbedrag gehanteerd.

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

2.2. Het door inspecteurs (hierna: de inspecteurs) van de Arbeidsinspectie (thans: de Inspectie SZW) op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 24 augustus 2009 (hierna: het boeterapport) houdt in dat op 30 maart 2009 is geconstateerd dat [vreemdeling], van Iraakse nationaliteit (hierna: de vreemdeling), arbeid heeft verricht in de winkel van [appellant], gevestigd te Den Helder, bestaande uit het bijhouden van de winkelvoorraad, zonder dat daarvoor een tewerkstellingsvergunning is verleend. Het boeterapport vermeldt voorts dat [appellant] heeft verklaard dat hij ten tijde van de controle in een ziekenhuis was, omdat zijn vrouw op elk moment kon bevallen en dat hij daarom de vreemdeling had gevraagd in de winkel te staan.

2.3. [appellant] betoogt, samengevat weergegeven, dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de minister hem terecht als werkgever in de zin van de Wav heeft

aangemerkt. Hij voert daartoe aan dat in arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) een stijgende lijn is waar te nemen wat betreft de rechten van zogeheten derdelanders. Bij doortrekking hiervan is te verwachten dat deze niet EU-onderdanen aanspraak kunnen maken op het burgerschap van de Europese Unie. [appellant] beoogt kennelijk te betogen dat indien de vreemdeling voormeld burgerschap zou bezitten, hij zelf niet zou worden aangemerkt als werkgever in de zin van de Wav. [appellant] verwijst voorts naar Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (PB L 168/24) (hierna: de richtlijn) en betoogt dat hulpverlening niet onder het verbod van tewerkstelling van de richtlijn valt en dat hij, nu hij in zijn winkel door een legaal verblijvende derdelander is geholpen, daarom niet beboet mag worden.

Voorts betoogt hij dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat arbeid verricht binnen de privésfeer valt onder de reikwijdte van de Wav. Hij stelt dat de vreemdeling slechts op de winkel heeft gepast en dat daarom geen sprake is van arbeid in de zin van de Wav.

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) volgt dat diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever is en dat deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk is voor en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagverhouding is daarbij niet relevant. Het feit dat in opdracht of ten dienste van de betrokken persoon arbeid wordt verricht is voor het feitelijk werkgeverschap reeds voldoende (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, blz. 2).

2.3.2. Het boeterapport vermeldt dat de inspecteurs ten tijde van de controle hebben waargenomen dat de vreemdeling aantekeningen maakte terwijl hij in de koeling keek en de vreemdeling de inspecteurs meedeelde dat hij de voorraad van de winkel inventariseerde. Uit de bij het boeterapport gevoegde verklaring van de vreemdeling blijkt dat hij om 12.00 uur op de dag van de controle was begonnen met werken in de winkel om enkele uren te helpen. Uit deze omstandigheden volgt dat de vreemdeling de werkzaamheden niet in de privésfeer aan het verrichten was. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 11 juli 2007 in zaak nr. [200700303/1 \(pdf, 769 kB\)](#)), doen de aard, omvang en duur van de werkzaamheden voor de kwalificatie als werkgever in de zin van de Wav niet terzake. De rechtbank heeft derhalve terecht overwogen dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gezet dat de vreemdeling arbeid voor [appellant] heeft verricht en [appellant] als werkgever in de zin van de Wav is aan te merken.

Dat de vreemdeling alleen zou hebben geholpen en [appellant] hem hiervoor niet zou hebben betaald, leidt niet tot een ander oordeel. Zoals volgt uit hetgeen de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 14 februari 2007 in zaak nr. [200604884/1](#)), is betaling geen vereiste voor de kwalificatie als werkgever in de zin van de Wav.

De rechtbank heeft voorts terecht overwogen dat de verwijzing van [appellant] naar verscheidene arresten van het Hof en de richtlijn, niet tot een ander oordeel leiden, nu uit geen van de door [appellant] genoemde arresten volgt dat derdelanders die geen gezinsleden hebben die het burgerschap van de Europese Unie bezitten, op gelijke voet aanspraken kunnen maken op rechten als onderdanen van lidstaten en de richtlijn ziet op een andere situatie dan de situatie van [appellant], nu de vreemdeling niet een illegaal verblijvende derdelander is. Voorts volgt uit het arrest van het Hof van 10 februari 2011, C-307/09 tot en met C-309/09 (Vicoplus e.a.; www.curia.europa.eu) juist dat zelfs onderdanen van lidstaten

van de Europese Unie onder omstandigheden vergunningplichtig zijn.
Het betoog faalt.

2.4. [appellant] betoogt voorts dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de minister terecht geen aanleiding heeft gezien om de boete te matigen. Hij voert hiertoe aan dat hij niet in strijd met het doel en de strekking van de Wav heeft gehandeld en wijst erop dat, indien hij de vreemdeling in dienst had willen nemen, hij voor de vreemdeling zonder meer een tewerkstellingsvergunning had kunnen verkrijgen en derhalve slechts sprake is van het niet voldoen aan een formaliteit. [appellant] betoogt voorts dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het beroep op het evenredigheidsbeginsel niet kan slagen, nu de werkzaamheden van beperkte duur waren en de vreemdeling slechts een paar artikelen op een kladblaadje heeft geschreven. Voorts is sprake van verminderde verwijtbaarheid omdat hij onder grote spanning stond nadat hij te horen had gekregen dat zijn vrouw in het ziekenhuis was opgenomen. Ten slotte betoogt hij dat de opgelegde boete onevenredig hoog is gelet op zijn financiële situatie.

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. Zoals de Afdeling heeft overwogen (uitspraak van 1 juli 2009 in zaak nr. 200807994/1/V6), leidt de omstandigheid dat voor de vreemdeling een tewerkstellingsvergunning is vereist, maar deze niet is aangevraagd, reeds tot het oordeel dat [appellant] in strijd met de doelstellingen van de Wav heeft gehandeld, omdat hierdoor de daartoe bevoegde instantie - het UWV WERKbedrijf - niet heeft kunnen beoordelen of voor de tewerkstelling van de vreemdeling prioriteitgenietend arbeidsaanbod aanwezig was en of de arbeidsvoorwaarden, arbeidsverhoudingen of arbeidsomstandigheden zich tegen de beoogde tewerkstelling verzetten. De rechtbank heeft derhalve terecht overwogen dat de

minister hierin terecht geen grond voor matiging van de boete heeft gezien. De gestelde omstandigheid dat [appellant] een tewerkstellingsvergunning voor de vreemdeling zou hebben gekregen, wat daar ook van zij, kan niet tot een ander oordeel leiden, reeds omdat uit het boeterapport blijkt dat hij ten tijde van de controle geen tewerkstellingsvergunning voor de vreemdeling had aangevraagd. Het aanvragen van een tewerkstellingsvergunning en het afwachten van de verlening daarvan is, anders dan [appellant] betoogt, niet slechts een formaliteit, zodat het betoog hieromtrent faalt.

De omstandigheden dat de werkzaamheden van beperkte duur waren en, zoals [appellant] stelt, in feite sprake is van een vriendendienst, hebben op zichzelf en in onderling verband bezien, geen uitzonderlijk karakter op grond waarvan van de beleidsregels zou moeten worden afgeweken. Evenmin leiden voormelde omstandigheden tot het oordeel dat verwijtbaarheid volledig ontbreekt dan wel de overtreding in verminderde mate verwijtbaar is. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de omstandigheid dat sprake was van een noodsituatie omdat [appellant] naar het ziekenhuis moest omdat zijn vrouw op elk moment kon bevallen, op zichzelf onvoldoende is om een verminderde mate van verwijtbaarheid aan te nemen of anderszins tot matiging te leiden. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 24 oktober 2007 in zaak nr. 200702308/1) kan het begaan van een overtreding van de Wav niet worden aangemerkt als een redelijk alternatief voor gestelde bedrijfsmatige problemen.

Dat [appellant] niet bewust de Wav heeft overtreden, brengt 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.

2.4.4. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling (onder meer de uitspraak van 21 maart 2012, in zaak nr. 200804654/1/V6), bestaat reden tot matiging van de opgelegde boete indien op basis van de door de beboete werkgever overgelegde financiële gegevens moet worden geoordeeld dat hij door de opgelegde boete onevenredig wordt getroffen.

Uit de in beroep door [appellant] overgelegde stukken blijkt niet dat de onderneming in 2009, het jaar dat de boete aan hem is opgelegd, verliesgevend was. Nu [appellant] voorts geen stukken heeft overgelegd die op de periode daarna zien, heeft de rechtbank terecht overwogen dat [appellant] niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij onevenredig wordt getroffen door de opgelegde boete. Daarbij heeft de rechtbank terecht in aanmerking genomen dat er een betalingsregeling is getroffen.

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. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. D. Roemers en mr. E. Steendijk, leden, in tegenwoordigheid van mr. M.J.C. Beerse, ambtenaar van staat.

w.g. Parkins-de Vin w.g. Beerse

voorzitter ambtenaar van staat
Uitgesproken in het openbaar op 23 mei 2012
382-692.