

ECLI	ECLI:NL:RVS:2012:BY2531
Datum uitspraak	7 november 2012
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 20 oktober 2010 heeft de minister [appellante] een boete van € 8.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201202298/1/V6.

Datum uitspraak: 7 november 2012

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats],
appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank Middelburg van 19 januari 2012 in zaak nr. 11/111 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 20 oktober 2010 heeft de minister [appellante] een boete van € 8.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 3 januari 2011, heeft de minister het daartegen door [appellante] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 19 januari 2012 heeft de rechtbank het daartegen door [appellante] ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 2 augustus 2012, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. A.R. Schuurmans, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, is verschenen.

Overwegingen

1. 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 overtreding 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 overtreding.

Ingevolge het tweede lid gelden de ter zake van deze wet gestelde overtredingen ten opzichte van elk persoon, met of ten aanzien van wie een overtreding is begaan.

Ingevolge artikel 19d, eerste lid, voor zover thans van belang, is de hoogte van de boete, die voor een overtreding 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 overtredingen 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 overtredingen 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, van de Wav op € 8.000,00 per persoon per overtreding gesteld.

De Beleidsregels boeteoplegging Wav 2008, die ook op dit geding van toepassing zijn, zijn, voor zover thans van belang, gelijkluidend.

2. Het op ambtseed door een inspecteur van de Arbeidsinspectie (hierna: de inspecteur) opgemaakte boeterapport van 27 augustus 2010 houdt in dat de inspecteur na een administratieve controle in de administratie van [appellante], die op 27 juli 2010 is gehouden, heeft vastgesteld dat [vreemdeling], van Bulgaarse nationaliteit, in de periode van februari 2009 tot en met juli 2009 als schoonmaakster voor [appellante] arbeid heeft verricht, terwijl daarvoor niet over een tewerkstellingsvergunning werd beschikt.

3. Het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav is 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.

4. Hetgeen [appellante] in hoger beroep naar voren heeft gebracht dat een loutere herhaling vormt van hetgeen zij in bezwaar en beroep heeft aangevoerd, leidt niet tot een ander oordeel dan waartoe de rechtbank is gekomen. Daartoe is redengevend dat de rechtbank gemotiveerd heeft uiteengezet dat en waarom die gronden niet slagen en het betoog van [appellante] in hoger beroep geen gemotiveerde betwisting daarvan vormt.

5. [appellante] betoogt dat de eis dat onderdanen van Bulgarije over een tewerkstellingsvergunning moeten beschikken om rechtsgeldig in Nederland arbeid te mogen verrichten in strijd is met artikel 45 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU), zodat toepassing van de beleidsregels niet aan de orde komt.

5.1. Ingevolge artikel 45, eerste lid, van het VWEU, is het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap vrij.

Ingevolge 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 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 45 van het VWEU, tijdelijk te beperken en heeft door voortzetting van de overgangsperiode de vergunningplicht ingevolge de Wav tot 1 januari 2014 gehandhaafd (Kamerstukken II 2011-2012, 29 407, nr. 132).

5.2. De werkzaamheden van de vreemdeling hebben tussen maart en juli 2009 - derhalve gedurende voormelde overgangsperiode - plaatsgevonden, zodat het in het onderhavige geval stellen van de eis van een tewerkstellingsvergunning zich, gelet op de door Nederland getroffen overgangsmaatregelen, met het bepaalde in artikel 45 van het VWEU verdraagt.

Het betoog faalt.

6. [appellante] betoogt dat de rechtbank het door haar gedane beroep op het gelijkheidsbeginsel, waarbij zij heeft verwezen naar het geval van de vennootschap, gevestigd te [plaats], ten onrechte niet heeft gehonoreerd. In bedoeld geval betrof het dezelfde vreemdeling in vrijwel hetzelfde tijdvak en is in de zienswijze van het [bedrijf] hetzelfde betoog naar voren gebracht als in de onderhavige zaak. In die zaak is de opgelegde boete tot € 6.000,00 gematigd. De haar opgelegde boete dient derhalve ook tot dat bedrag te worden gematigd, aldus [appellante].

6.1. De rechtbank heeft overwogen dat niet is gebleken dat de minister gelijke gevallen verschillend heeft behandeld en dat de minister in beroep afdoende heeft onderbouwd waarom hij in het geval van het [bedrijf] tot een lagere boete heeft besloten. [appellante] heeft volgens de rechtbank niet aannemelijk gemaakt dat de daartoe redengevende omstandigheid ook in haar geval aan de orde is.

6.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 17 september 2009 in zaak nr. [200806602/1/V1 \(pdf, 533 kB\)](#)), vergt het gelijkheidsbeginsel een consistent en dus doordacht bestuursbeleid. Het veronderstelt dat het bestuur welbewust richting geeft en derhalve een algemene gedragslijn volgt bij zijn optreden in individuele vergelijkbare gevallen. Het bewaken van de consistentie van het eigen optreden is bij uitstek de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur.

6.3. De minister heeft in beroep naar voren gebracht dat in het geval van het [bedrijf] uit de verklaring van de wettelijk vertegenwoordiger in die zaak is gebleken dat zij de arbeidsovereenkomst met de vreemdeling voortijdig heeft beëindigd, zodra zij erachter kwam dat de vreemdeling niet zonder tewerkstellingsvergunning mocht werken. Dat wordt bevestigd door de loonafschriften en uit de gegevens uit [...], waaruit blijkt dat slechts tot en met juli 2009 is verloond. De minister heeft ter zitting bij de Afdeling naar voren gebracht dat het [bedrijf] de arbeidsovereenkomst met de vreemdeling heeft overgelegd, waaruit blijkt dat de overeenkomst liep tot oktober 2009, terwijl de laatste betaling in juli 2009 aan de vreemdeling is geschied. Gelet op de inspanningen die het [bedrijf] heeft verricht om de arbeidsovereenkomst voortijdig te beëindigen, hetgeen zij heeft onderbouwd met de arbeidsovereenkomst, heeft de minister aanleiding gezien om de opgelegde boete in die zaak te matigen. In het onderhavige geval zijn die inspanningen niet verricht en heeft [appellante] geen arbeidsovereenkomst overgelegd ter staving van het betoog dat ook zij de arbeidsovereenkomst met de vreemdeling heeft beëindigd op het moment dat haar bekend werd dat de vreemdeling hier te lande niet zonder tewerkstellingsvergunning mocht werken, aldus de minister.

6.4. [appellante] heeft voldoende elementen genoemd om haar beroep op het gelijkheidsbeginsel te ondersteunen. Derhalve ligt het op de weg van de minister om aannemelijk te maken dat deze gevallen rechtens niet gelijk, althans vergelijkbaar, zijn.

Gegeven de door [appellante] overgelegde loonstroken, waaruit blijkt dat de vreemdeling tot 31 juli 2009 bij [appellante] in dienst is geweest, hetgeen dezelfde einddatum is als die bij het [bedrijf], en in aanmerking genomen dat door de minister niet is weersproken dat [appellante] commanditair vennoot van het [bedrijf] is, alsmede dat de vreemdeling op basis van de arbeidsovereenkomst met [appellante] werkte in [bedrijf], is in beginsel aannemelijk dat op het moment dat de arbeidsrelatie met de vreemdeling door het [bedrijf] werd beëindigd, omdat zij niet zonder vergunning mocht werken, de arbeidsovereenkomst met de vreemdeling om dezelfde reden door [appellante] werd beëindigd. De minister is er niet in geslaagd om aannemelijk te maken dat niettemin van een rechtens gelijk, dan wel vergelijkbaar geval, geen sprake is.

Het betoog slaagt. De aan [appellante] opgelegde boete komt derhalve voor eenzelfde matiging in aanmerking als die in de zaak van het [bedrijf] heeft plaatsgevonden.

7. [appellante] betoogt tot slot dat de haar opgelegde boete voorts dient te worden gematigd omdat zowel aan haar als aan het [bedrijf] een boete is opgelegd, en zij, als commanditair vennoot, dubbel wordt bestraft. Zij wordt ter zake van hetzelfde feitencomplex twee maal in haar vermogen geraakt, aldus [appellante].

7.1. Uit het als bijlage bij het boeterapport gevoegde uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat de vennootschap, gevestigd te [plaats], de bestuurder en enig aandeelhouder van [appellante] is. Hoewel de minister niet heeft weersproken dat [appellante] commanditair vennoot van het [bedrijf] is, heeft [appellante] niet gestaafd wie de overige vennoten van dat café zijn, wie bestuurder is en welke aandeelhouders er zijn. [appellante] heeft daarom niet aannemelijk gemaakt dat beide boetes volledig ten laste van het vermogen van [appellante] komen. Onder deze omstandigheden bestaat geen aanleiding om de boete vanwege het in 7. vermelde betoog onevenredig te achten aan de doelstellingen van de Wav.

Het betoog faalt.

8. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 3 januari 2011 alsnog gegrond verklaren en dat besluit vernietigen. De Afdeling zal op na te melden wijze in de zaak voorzien. Het besluit van 20 oktober 2010 zal worden herroepen. De Afdeling zal bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit.

9. De minister dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Middelburg van 19 januari 2012 in zaak nr. 11/111;

III. verklaart het in die zaak ingestelde beroep gegrond;

IV. vernietigt het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 januari 2011, met kenmerk WBJA/JA-WAV/2010/24015/BOB;

V. herroept het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 20 oktober 2010, met kenmerk 071026572/03;

VI. bepaalt dat het bedrag van de boete voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [appellante] wordt vastgesteld op € 6.000,00 (zegge: zes duizend euro);

VII. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit;

VIII. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [appellante] in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.311,00 (zegge: dertienhonderdelf euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

IX. gelast dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [appellante] het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 768,00 (zegge: zevenhonderdachtenzestig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. R. van der Spoel, voorzitter, en mr. A.B.M. Hent en mr. E. Steendijk, leden, in tegenwoordigheid van mr. C.M. Woestenburg-Bertels, ambtenaar van staat.

w.g. Van der Spoel w.g. Woestenburg-Bertels
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 7 november 2012

501.