

ECLI	ECLI:NL:RVS:2012:BY4414
Datum uitspraak	28 november 2012
Inhoudsindicatie	Bij besluiten van 20 en 21 september 2010 heeft de minister aan het college, [appellante sub 2] en [appellante sub 3] ieder een boete opgelegd van € 48.000,00 wegens overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201113477/1/V6.

Datum uitspraak: 28 november 2012

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. het college van gedeputeerde staten van de provincie Noord-Holland (hierna: het college),
2. [appellante sub 2], gevestigd te [plaats],
3. [appellante sub 3], gevestigd te [plaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank Breda van 17 november 2011 in zaak nrs. 11/2017, 11/2182, 11/2729 in het geding tussen:

het college, [appellante sub 2] en [appellante sub 3]

en

de minister.

Procesverloop

Bij besluiten van 20 en 21 september 2010 heeft de minister aan het college, [appellante sub 2] en [appellante sub 3] ieder een boete opgelegd van € 48.000,00 wegens overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij onderscheiden besluiten van 24 februari 2011 heeft de minister de door het college, [appellante sub 2] en [appellante sub 3] daartegen gemaakte bezwaren ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 17 november 2011 heeft de rechtbank de door het college, [appellante sub 2] en [appellante sub 3] daartegen ingestelde beroepen ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben [appellante sub 3], [appellante sub 2] en het college hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 5 juli 2012, waar zijn verschenen [appellante sub 3], vertegenwoordigd door de bij haar werkzame A.J.M. van Es en J.G.M. van Nuland, en [appellante sub 2], vertegenwoordigd door de bij haar werkzame mr. M. van Brussel, beide bijgestaan door mr. D. van Tilborg, advocaat te Breda. Tevens zijn verschenen het college, vertegenwoordigd door de bij de provincie Noord-Holland werkzame R.A. Bakker, bijgestaan door mr. F.P. Heijnen, advocaat te Amsterdam, en de minister, vertegenwoordigd door mr. J.J.A. Huisman, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Overwegingen

1. 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 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 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 bestuurlijke 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 artikel 19d, derde lid, stelt de minister beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de overtredingen worden vastgesteld.

Volgens artikel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2008 (hierna: de beleidsregels) wordt 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: 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.

Ingevolge 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 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 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (PB 1997 L18) 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 2011/12, 29 407, nr. 132).

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: het Hof van Justitie) onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie 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 [thans: artikel 45 van het VWEU] 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. De door inspecteurs van de Arbeidsinspectie op ambtseed onderscheidenlijk ambtsbelofte opgemaakte boeterapporten van 12 juli 2010 houden in dat op 9 oktober 2009 op een bouwlocatie in Aalsmeer zes vreemdelingen van Bulgaarse nationaliteit zijn aangetroffen, terwijl zij betonijzer aan het vlechten waren, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen waren verleend. De werkzaamheden maakten deel uit van een project bestaande uit een wegomlegging van de provinciale weg N-201, dat door de provincie Noord-Holland was uitbesteed aan [appellante sub 2]. [appellante sub 2] had het leveren en aanbrengen van het wapenstaal voor dit project in onderaanneming uitbesteed aan [appellante sub 3], die op haar beurt de vlechtwerkzaamheden had uitbesteed aan [bedrijf].

3. Het college, [appellante sub 2] en [appellante sub 3] betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de vreemdelingen de werkzaamheden niet als zelfstandigen hebben verricht. Hiertoe voeren zij aan dat, samengevat weergegeven, uit de met de vreemdelingen gesloten onderaannemingsovereenkomsten en de feitelijke situatie volgt dat de vreemdelingen de werkzaamheden zonder gezagsverhouding hebben verricht.

3.1. Bij uitspraak van heden in het door [bedrijf] ingestelde hoger beroep tegen de haar opgelegde boete (zaak nr. 201208501/1/V6) is geoordeeld dat de vreemdelingen de werkzaamheden niet als zelfstandige hebben verricht. Hetgeen het college, [appellante sub 2] en [appellante sub 3] hebben aangevoerd, geeft geen aanleiding voor een ander oordeel.

De betogen falen.

4. Het college, [appellante sub 2] en [appellante sub 3] betogen dat de rechtbank hen ten onrechte heeft aangemerkt als werkgever in de zin van de Wav. Hiertoe voeren zij aan dat de door de vreemdelingen verrichte werkzaamheden niet tot hun kernactiviteiten behoren. [appellante sub 2] en [appellante sub 3] voeren verder aan dat de rechtbank niet heeft onderkend dat zij geen invloed konden uitoefenen op de tewerkstelling van de vreemdelingen. Het college voert aan dat artikel 45 van het VWEU eraan in de weg staat dat het college als werkgever in de zin van de Wav wordt aangemerkt, nu de vreemdelingen in verhouding tot het college niet voldoen aan de eisen voor Europees werknemerschap.

4.1. Het Hof van Justitie heeft onder meer in het arrest van 30 maart 2006, C-10/05, Mattern en Cikotic (www.curia.europa.eu), overwogen dat een werknemer in de zin van artikel 45 van het VWEU, is een ieder die reële en daadwerkelijke arbeid verricht, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn en dat het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding in de zin van artikel 45 van het VWEU is dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.

4.2. 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).

4.3. Onbestreden is dat de vreemdelingen de in de boeterapporten beschreven werkzaamheden hebben verricht. Verder is onbestreden dat het college [appellante sub 2] de opdracht heeft gegeven tot uitvoering van het project in welk kader deze werkzaamheden hebben plaatsgevonden, dat [appellante sub 2] een deel van de werkzaamheden in onderaanneming weer heeft uitbesteed aan [appellante sub 3] en dat zij de vlechtwerkzaamheden weer heeft uitbesteed aan [bedrijf]. Hieruit volgt dat de werkzaamheden in opdracht van het college, [appellante sub 2] en [appellante sub 3] zijn verricht, zodat aan de hiervoor onder 4.2 weergegeven maatstaf is voldaan. Zoals volgt uit hetgeen de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in de uitspraak van 2 februari 2011 in zaak nr. 201006692/1/V6) is voor de vaststelling of een beboete persoon terecht als werkgever is aangemerkt, niet relevant of de verrichte werkzaamheden verband houden met zijn bedrijfsvoering. Het betoog van [appellante sub 2] en [appellante sub 3] dat zij geen invloed konden uitoefenen op de tewerkstelling van de vreemdelingen, faalt, reeds omdat, zo blijkt uit de bij de boeterapporten gevoegde verklaringen, personeel van zowel [appellante sub 2] als [appellante sub 3] regelmatig op de bouwplaats aanwezig was. Voorts volgt uit hetgeen de Afdeling eerder heeft overwogen (in de uitspraak van 11 juli 2012 in zaak nr. 201111314/1/V6) dat de omstandigheid dat de arbeidsverhouding tussen een beboete persoon en vreemdelingen die in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav arbeid hebben verricht, niet voldoet aan de in 4.1 vermelde kenmerken, niet betekent dat de minister niet bevoegd is om tot boeteoplegging over te gaan, indien deze beboete persoon wel voldoet aan de de hiervoor onder 4.2 weergegeven maatstaf doordat in opdracht of ten behoeve van hem arbeid is verricht.

De betogen falen.

5. [appellante sub 2] en [appellante sub 3] betogen dat de rechtbank haar oordeel over de beroepsgronden dat de vreemdelingen de werkzaamheden als zelfstandigen hebben verricht en dat zij niet als werkgever in de zin van de Wav kunnen worden aangemerkt, onvoldoende heeft gemotiveerd en hiermee in strijd heeft gehandeld met het motiveringsbeginsel. Gelet op hetgeen hiervoor onder 3.1 en 4.3 is overwogen, kan dit betoog niet leiden tot gegrondverklaring van het hoger beroep.

6. Het college, [appellante sub 2] en [appellante sub 3] betogen dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de minister door slechts vijf van de zes vreemdelingen te horen, niet in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel heeft gehandeld. Hiertoe voeren zij aan dat uit de verklaring van de vreemdeling die niet is gehoord, had kunnen blijken dat de minister ten onrechte ervan uit is gegaan dat de vreemdelingen niet als zelfstandige werkzaam waren. Volgens hen was de minister gehouden alle vreemdelingen te horen en was hij, nu hij dit niet heeft gedaan, ten aanzien van de niet gehoorde vreemdeling niet bevoegd een boete op te leggen.

6.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 23 juli 2008 in zaak nr. 200708231/1), bestaat geen wettelijke verplichting alle aanwezigen als getuige te horen. Nu vijf van de zes vreemdelingen zijn gehoord en de niet gehoorde vreemdeling zich niet in een andere situatie bevond, heeft de rechtbank terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat het onderzoek onzorgvuldig of onvolledig is geweest.

Het betoog faalt.

7. Uit het voorgaande volgt dat de minister bevoegd was boetes op te leggen wegens overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wav.

8. Het college, [appellante sub 2] en [appellante sub 3] betogen dat de rechtbank ten onrechte geen aanleiding heeft gezien voor matiging van de boetes. Hiertoe voeren zij aan dat de overtredingen hun niet, dan wel in mindere mate, kunnen worden verweten.

[appellante sub 2] en [appellante sub 3] voeren aan dat zij alle documenten van de vreemdelingen hebben gecontroleerd en zij, nu de vreemdelingen beschikten over alle benodigde bescheiden om als zelfstandige te werken, ervan mochten uitgaan dat zij aan de kwalificatie van zelfstandige voldeden.

Het college voert in dit verband aan dat met de uitvoerders van het project contractuele afspraken zijn gemaakt om onder meer overtredingen van de Wav te voorkomen. Hiertoe wijst het college op artikelen in de met [appellante sub 2] gesloten uitvoeringsovereenkomst (hierna: de uitvoeringsovereenkomst), zoals artikel 8, vijfde lid, waarin is bepaald dat de uitvoerend aannemer verplicht is al datgene te doen wat naar de aard van de uitvoeringsovereenkomst door de wet, de eisen van redelijkheid en billijkheid of het gebruik wordt gevorderd, en artikel 11, eerste lid, waarin is bepaald dat de uitvoerend aannemer bevoegd is onderdelen van de uitvoeringswerkzaamheden door zelfstandige hulppersonen te laten verrichten, maar hij voor die onderdelen niettemin ten volle verantwoordelijk blijft. Dat deze bepalingen werden nageleefd, blijkt, zo stelt het college, uit de door [appellante sub 2] en [appellante sub 3] uitgevoerde controles op naleving van de Wav. Meer dan het opnemen van dergelijke 'catch all'-bepalingen in uitvoeringsovereenkomsten kan van de provincie Noord-Holland volgens het college niet worden verlangd. Het is ondoenlijk om alle wetten die mogelijk bij dit soort projecten zouden kunnen worden overtreden, in dergelijke bepalingen uitdrukkelijk te vermelden, aldus het college.

8.1. 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.

In situaties waarin sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid wordt 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.

8.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 22 maart 2006 in zaak nr. 200509111/1), is het de eigen verantwoordelijkheid van een werkgever in de zin van de Wav om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of de voorschriften van die wet worden nageleefd. Dat [appellante sub 2] en [appellante sub 3] de identiteit van de vreemdelingen hebben gecontroleerd en hebben geconstateerd dat de vreemdelingen in het bezit waren van de benodigde bescheiden voor het werken als zelfstandige, maakt niet dat de overtreding hun in verminderde mate kan worden verweten, nu deze elementen voor de beoordeling of sprake is van zelfstandigheid niet doorslaggevend zijn. Het had op de weg van [appellante sub 2] en [appellante sub 3] gelegen om bij twijfel over de toepasselijke regelgeving hierover navraag te doen bij UWV Werkbedrijf. Van het ontbreken dan wel een verminderde mate van verwijtbaarheid is in hun geval derhalve geen sprake.

De bepalingen in de uitvoeringsovereenkomst waarop het college een beroep heeft gedaan, zijn te algemeen van aard om een verminderde mate van verwijtbaarheid aan te nemen, nu hierin geen concrete afspraken zijn gemaakt ter voorkoming van overtreding van de voorschriften van de Wav. Niet valt in te zien dat dit niet had gekund. Voorts is op de bouwlocatie evenmin steekproefsgewijs gecontroleerd op naleving van de Wav. De verwijzing naar de controles van [appellante sub 2] en [appellante sub 3] aldaar kan het college niet baten, reeds omdat deze controles, zoals hiervoor is overwogen, onvoldoende waren. Onder deze omstandigheden bestaat geen grond voor het oordeel dat de overtredingen het college niet of in mindere mate kunnen worden verweten.

De betogen falen.

9. De hoger beroepen zijn ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

10. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

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. C.J. Borman en mr. E. Steendijk, leden, in tegenwoordigheid van mr. H.W. Groeneweg, ambtenaar van staat.

w.g. Parkins-de Vin w.g. Groeneweg
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 28 november 2012

565.