

ECLI	ECLI:NL:RVS:2012:BY4417
Datum uitspraak	28 november 2012
Inhoudsindicatie	Bij onderscheiden besluiten van 7 april 2010 heeft de minister [wederpartij sub 1] onderscheidenlijk [wederpartij sub 2] een boete opgelegd van € 56.000,00 onderscheidenlijk € 72.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201200996/1/V6.

Datum uitspraak: 28 november 2012

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 28 december 2011 in zaken nrs.
10/5901 en 10/5904 in de gedingen tussen:

1. [wederpartij sub 1], gevestigd te [plaats],
2. [wederpartij sub 2], gevestigd te [plaats],

en

de minister.

Procesverloop

Bij onderscheiden besluiten van 7 april 2010 heeft de minister [wederpartij sub 1] onderscheidenlijk [wederpartij sub 2] een boete opgelegd van € 56.000,00 onderscheidenlijk € 72.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij onderscheiden besluiten van 2 november 2010 heeft de minister de daartegen door [wederpartij sub 1] en [wederpartij sub 2] (hierna tezamen: de vennootschappen) gemaakte bezwaren ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 28 december 2011 heeft de rechtbank de door de vennootschappen daartegen ingestelde beroepen gegrond verklaard, de besluiten van 2 november 2010 vernietigd, de besluiten van 7 april 2010 herroepen, bepaald dat de aan [wederpartij sub 2]

(lees: [wederpartij sub 1]) opgelegde boete wordt vastgesteld op € 14.000,00, dat de aan [wederpartij sub 1] (lees: [wederpartij sub 2]) opgelegde boete wordt vastgesteld op € 18.000,00 en dat deze uitspraak in de plaats treedt van de vernietigde besluiten. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de minister hoger beroep ingesteld.

De vennootschappen hebben een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 16 oktober 2012, waar de vennootschappen, vertegenwoordigd door hun [eigenaren] en mr. M. Groen, advocaat te Amsterdam, en de minister, vertegenwoordigd door mr. J.J.A. Huisman, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

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 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 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 2008 (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 artikel 5 bestaat de totale bij een boetebeschikking op te leggen boete, ingeval er sprake is van meer overtredingen, uit de som van de per overtreding 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 overtreding.

2. Het door inspecteurs van de Arbeidsinspectie (thans: de Inspectie SZW) op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 3 februari 2010, kenmerk 520901527/01, houdt in dat in de periode van 1 april 2009 tot 1 september 2009, althans gedeelten daarvan, zeven vreemdelingen van Nepalese, Pakistaanse onderscheidenlijk Roemeense nationaliteit ten behoeve van [wederpartij sub 1] arbeid hebben verricht, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen zijn afgegeven. Het door inspecteurs van de Arbeidsinspectie op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 4 februari 2010, kenmerk 520901628/02, houdt in dat in de periode van 1 april 2009 tot 1 september 2009, althans gedeelten daarvan,

negen vreemdelingen van Nepalese, Pakistaanse onderscheidenlijk Chinese nationaliteit ten behoeve van [wederpartij sub 2] arbeid hebben verricht, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen zijn afgegeven. Eén van deze negen vreemdelingen, [vreemdeling A], is tevens één van de zeven vreemdelingen die ten behoeve van [wederpartij sub 1] arbeid heeft verricht.

3. De minister betoogt dat de rechtbank de opgelegde boetes ten onrechte heeft gematigd met 75%. Hij voert daartoe aan dat de rechtbank ten onrechte in aanmerking heeft genomen dat de vennootschappen voor de in totaal vijftien onder 2 bedoelde vreemdelingen (hierna: de vreemdelingen) loonbelasting en premies hebben ingehouden en afgedragen. De minister voert voorts aan dat het - ook bij arbeid van bijkomende aard - de verantwoordelijkheid is van een werkgever in de zin van de Wav om bij aanvang van de arbeid na te gaan of de voorschriften van die wet worden nageleefd. Dat de vennootschappen na de controle door de Arbeidsinspectie alsnog tewerkstellingsvergunningen hebben aangevraagd, welke zij hebben verkregen na de door het UWV WERKbedrijf verrichte, versoepelde toets, bedoeld in paragraaf 24 van het Delegatie- en uitvoeringsbesluit Wav, doet daar volgens de minister niet aan af. De rechtbank heeft, aldus de minister, in dit verband ten onrechte verwezen naar de uitspraak van de Afdeling van 10 augustus 2011 in zaak nr. 201102634/1/V6, aangezien in dat geval het geheel van feiten en omstandigheden aanleiding gaf tot matiging van de boete. De minister voert verder aan dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de continuïteit van de vennootschappen wordt bedreigd door de opgelegde boetes, aangezien de overgelegde financiële gegevens slechts zien op 2008 en 2009 en de vennootschappen daarmee derhalve onvoldoende inzicht hebben geboden in hun financiële draagkracht. Daar komt bij dat, aldus de minister, de vennootschappen de boetes nog niet hebben betaald en geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om een betalingsregeling te treffen.

3.1. 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, ingevolge artikel 5:46, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, 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. 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 in de beleidsregels opgenomen boetenormbedragen als uitgangspunt.

3.2. De minister betoogt terecht dat de omstandigheid dat de vennootschappen voor de vreemdelingen loonbelasting en premies hebben ingehouden en afgedragen, geen grond

biedt voor matiging van de boetes. Dat de vennootschappen daarmee hebben voldaan aan verplichtingen die op grond van andere wetten op hen rusten, laat immers onverlet dat zij niet hebben voldaan aan de voor hen als werkgever uit de Wav voortvloeiende verplichtingen. Nu de vreemdelingen gedurende een periode - variërend van enkele weken tot enkele maanden - enkele tientallen tot enkele honderden uren ten behoeve van de vennootschappen hebben gewerkt, hebben zij niet slechts marginale arbeid verricht. Gelet hierop en in aanmerking genomen de hiervoor onder 3 bedoelde, eigen verantwoordelijkheid van de vennootschappen, betoogt de minister terecht dat ook de bijkomende aard van de door de vreemdelingen verrichte arbeid geen grond biedt voor matiging van de boetes.

De rechtbank heeft eveneens ten onrechte in aanmerking genomen dat, indien de vennootschappen tijdig tewerkstellingsvergunningen hadden aangevraagd, het UWV WERKbedrijf deze zou beoordelen met inachtneming paragraaf 24 van het Delegatie- en uitvoeringsbesluit Wav en dat het gelet daarop niet onaannemelijk is dat de gevraagde vergunningen zouden zijn verleend. Dat het UWV WERKbedrijf in dit geval een versoepelde toets heeft verricht, laat onverlet dat ook dan eerst op het moment van de verlening van de tewerkstellingsvergunningen kan worden geconcludeerd dat de tewerkstelling van de desbetreffende vreemdelingen conform de regelgeving is en niet in strijd met de doelstellingen van de Wav. In het licht hiervan biedt ook de omstandigheid dat aan de vennootschappen na de controle alsnog tewerkstellingsvergunningen zijn verleend, op zichzelf geen grond voor matiging van de boete.

De Afdeling heeft in de onder 3 bedoelde uitspraak van 10 augustus 2011 niet slechts in aanmerking genomen dat de door de beboete werkgever in te dienen aanvraag om een tewerkstellingsvergunning diende te worden beoordeeld aan de hand van een versoepelde toets en dat de minister deze aanvraag heeft ingewilligd. De Afdeling heeft in die zaak ook van belang geacht dat de betrokken vreemdeling een stagiair was die geen loon ontving, geen arbeidscontract had met de stageverschaffende organisatie en marginale arbeid verrichtte. De in die zaak beboete werkgever was pas na de aankomst van de betrokken vreemdeling in Nederland op de hoogte geraakt van haar Senegalese nationaliteit, terwijl er voor hem geen aanleiding bestond om daarnaar voorafgaand aan de stage verdergaand onderzoek te doen. Hij had bovendien onverwijld bij diverse instanties getracht te achterhalen aan welke wettelijke vereisten het verblijf en de stage van de vreemdeling moesten voldoen. De minister betoogt terecht dat dit samenstel van omstandigheden zich in de thans voorliggende zaak niet voordoet.

3.3. Bij een beroep op financiële omstandigheden bestaat volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling (zie onder meer de uitspraak van 21 maart 2012 in zaak nr. 200804654/1/V6) 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.

Vooropgesteld wordt dat, anders dan de minister stelt, de door de vennootschappen overgelegde gegevens niet slechts zien op 2008 en 2009. In beroep zijn de jaarrekeningen over 2010 alsook de voorlopige gegevens over 2011 overgelegd. Uit de verstreekte financiële gegevens blijkt dat [wederpartij sub 2] in 2008, 2009 en 2010 verliezen heeft geleden van onderscheidenlijk € 175,57, € 8.007,43 en € 48.997,00 en dat zij in het eerst half jaar van 2011 een winst heeft behaald van € 996,00. Uit die gegevens blijkt voorts dat [wederpartij sub 1] in 2008, 2009 en 2010 verliezen heeft geleden van onderscheidenlijk € 36.056,00, € 9.078,72 en € 4.523,25 en dat zij in het eerste half jaar van 2011 een winst heeft behaald van € 17.814,00. [wederpartij sub 2] had in 2008 en 2009 een eigen vermogen van € 17.824,43

onderscheidenlijk € 9.817,00 en in 2010 en het eerste half jaar van 2011 een negatief eigen vermogen van € 39.180,00 onderscheidenlijk € 38.184,00. [wederpartij sub 1] had in deze jaren een negatief eigen vermogen van onderscheidenlijk € 18.055,54, € 27.134,25, € 31.657,00 en € 13.844,00.

Gelet op de verhouding tussen enerzijds de door de vennootschappen behaalde resultaten, hun eigen vermogen en de orde van grootte van de kostenposten en anderzijds de hoogte van de opgelegde boetes, heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat de vennootschappen door de boeteoplegging onevenredig worden getroffen. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat uit de overgelegde gegevens blijkt dat de financiële positie van de vennootschappen reeds voor de boeteoplegging slecht was, hetgeen volgens hen is te wijten aan de recessie. De meest recente gegevens laten bovendien zien dat zowel [wederpartij sub 2] als [wederpartij sub 1] winstgevend waren in het eerste half jaar van 2011.

De rechtbank heeft ten onrechte overwogen dat, zelfs indien de vennootschappen een betalingsregeling zouden hebben getroffen, zij de maandelijkse termijnen niet zouden kunnen voldoen. De vennootschappen hadden ten tijde van de aangevallen uitspraak immers nog geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een dergelijke regeling te treffen. De gemachtigde van de vennootschappen heeft ter zitting desgevraagd bevestigd dat inmiddels een betalingsregeling is getroffen. De door de vennootschappen overgelegde gegevens bieden geen grond voor het oordeel dat de maandelijks te betalen bedragen zodanig hoog zijn dat de vennootschappen daardoor genoopt zijn hun bedrijfsactiviteiten te staken.

Gelet op het vorenstaande is de rechtbank ten onrechte tot de conclusie gekomen dat de vennootschappen door de opgelegde boetes onevenredig worden getroffen.

4. Het betoog van de minister slaagt. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling de inleidende beroepen alsnog ongegrond verklaren.

5. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

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 Amsterdam van 28 december 2011 in zaken nrs. 10/5901 en 10/5904;

III. verklaart de in die zaken ingestelde beroepen ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. R. van der Spoel en mr. A.B.M. Hent, leden, in tegenwoordigheid van mr. L. Groenendijk, ambtenaar van staat.

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

Uitgesproken in het openbaar op 28 november 2012

164-670.