

ECLI	ECLI:NL:RVS:2012:BY4428
Datum uitspraak	28 november 2012
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 31 augustus 2010 heeft de minister [wederpartij] een boete opgelegd van € 48.000,00 wegens overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) .

Volledige tekst

201208501/1/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 17 juli 2012 in zaak nr. 11/1152 in het geding tussen:

[wederpartij], gevestigd te [plaats],

en

de minister.

Procesverloop

Bij besluit van 31 augustus 2010 heeft de minister [wederpartij] een boete opgelegd van € 48.000,00 wegens overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) .

Bij besluit van 28 januari 2011 heeft de minister het door [wederpartij] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 17 juli 2012 heeft de rechtbank het door [wederpartij] daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en het besluit van 31 augustus 2010 herroepen. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de minister hoger beroep ingesteld.

[wederpartij] heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 30 oktober 2012, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. J.J.A. Huisman, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken

en Werkgelegenheid, en [wederpartij], vertegenwoordigd door haar [directeur], bijgestaan door mr. H. Dogan, advocaat te Amsterdam en A. Elliyasa, tolk, 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 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 overgangperiode 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. Het door inspecteurs van de Arbeidsinspectie op ambtseed onderscheidenlijk ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 12 juli 2010 houdt 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 [bedrijf A]. [bedrijf A] had het leveren en aanbrengen van het wapenstaal voor dit project in onderaanneming uitbesteed aan [bedrijf B], die op haar beurt de vlechtwerkzaamheden had uitbesteed aan [wederpartij].

3. De minister betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de vreemdelingen de werkzaamheden als zelfstandigen hebben verricht. Hiertoe voert hij aan dat, samengevat weergegeven, uit de feiten en omstandigheden vermeld in het boeterapport en de daarbij gevoegde verklaringen van de vreemdelingen naar voren komt dat de vreemdelingen de werkzaamheden onder gezag van [wederpartij] hebben verricht.

3.1. Gelet op de onder 1 vermelde jurisprudentie van het Hof van Justitie, is voor beantwoording van de vraag of de werkzaamheden door de vreemdelingen in de hoedanigheid van zelfstandige zijn uitgevoerd, 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.

3.2. Met inachtneming van het hiervoor weergegeven toetsingskader dient, gelet op het boeterapport en de bijbehorende bijlagen, te worden geoordeeld dat de vreemdelingen de werkzaamheden niet als zelfstandigen hebben verricht. De door [wederpartij] met de vreemdelingen gesloten onderaannemingsovereenkomsten maken dit niet anders. In deze overeenkomsten ontbreekt een totale aanneemsom en de door de vreemdelingen te

verrichten werkzaamheden zijn slechts in zeer algemene termen omschreven. Bovendien waren de vreemdelingen blijkens hun verklaringen niet of nauwelijks op de hoogte van het bestaan van deze overeenkomsten, dan wel de inhoud ervan. Voorts heeft [wederpartij] niet aannemelijk gemaakt dat de vreemdelingen werden betaald op basis van de door hen gevlochten kilo's betonijzer, nu een registratie hiervan ontbreekt. Dat, zoals [wederpartij] ter zitting bij de Afdeling heeft gesteld, zij een dergelijke registratie wel heeft bijgehouden maar heeft weggegooid nadat de facturen waren betaald, komt in dezen voor haar eigen risico. Er is derhalve geen aantoonbare relatie tussen de door de vreemdelingen geleverde prestatie en de door hen ontvangen beloning. Ten slotte wordt van belang geacht dat één vreemdeling uitdrukkelijk heeft verklaard dat hij weliswaar is ingeschreven als zelfstandige, maar eigenlijk in dienst is van [wederpartij]. Dat alle vreemdelingen wel beschikten over de benodigde bescheiden om te werken als zelfstandige, biedt, gelet op het voorgaande, onvoldoende grond voor het oordeel dat zij de werkzaamheden ook in die hoedanigheid hebben verricht. De rechtbank heeft derhalve ten onrechte overwogen dat de vreemdelingen de werkzaamheden als zelfstandigen hebben verricht. Hieruit volgt dat de minister bevoegd was [wederpartij] een boete op te leggen wegens overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wav.

Het betoog slaagt.

4. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het besluit van 28 januari 2011 beoordelen in het licht van de daartegen in beroep voorgedragen beroepsgronden, voor zover die, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, nog bespreking behoeven.

5. [wederpartij] betoogt dat de minister ten onrechte geen aanleiding heeft gezien de boete te matigen. Hiertoe voert zij aan dat de vreemdelingen marktconform zijn betaald, de Belastingdienst niet is benadeeld en zij door de boete, gelet op haar financiële situatie, onevenredig wordt getroffen.

5.1. 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.

Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling (onder meer de uitspraak van 21 maart 2012, in zaak nr. 200804654/1/V6) is uitgangspunt dat reden bestaat 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.

5.2. De omstandigheid dat, naar gesteld, de tewerkstelling van de vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunningen [wederpartij] geen financieel voordeel heeft opgeleverd, doet op zichzelf niet af aan de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. Verder laat de stelling van [wederpartij] dat zij niet in strijd met fiscale regelgeving heeft gehandeld, onverlet dat zij niet heeft voldaan aan de voor haar als werkgever uit de Wav voortvloeiende verplichtingen. Ten slotte is in het besluit van 28 januari 2011 op basis van de door [wederpartij] overgelegde financiële gegevens geconcludeerd dat zij door de opgelegde boete niet onevenredig wordt getroffen. Hetgeen [wederpartij] in beroep heeft aangevoerd, leidt niet tot het oordeel dat de minister de boete om deze reden had behoren te matigen.

Het betoog faalt.

6. Het beroep is ongegrond.

7. 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 17 juli 2012 in zaak nr. 11/1152;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. A.B.M. Hent en mr. J.J. van Eck, 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.