

ECLI	ECLI:NL:RVS:2012:BY4463
Datum uitspraak	28 november 2012
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 13 oktober 2010 heeft de minister [appellant] een boete van € 64.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201202915/1/V6.

Datum uitspraak: 28 november 2012

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant], wonend te [woonplaats], vennoot van [de vennootschap], gevestigd te [plaats],
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank Groningen van 7 februari 2012 in zaak nr. 11/682 in het
geding tussen:

[appellant]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister).

Procesverloop

Bij besluit van 13 oktober 2010 heeft de minister [appellant] een boete van € 64.000,00
opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen
(hierna: de Wav).

Bij besluit van 26 mei 2011 heeft de minister het door [appellant] daartegen gemaakte
bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 7 februari 2012 heeft de rechtbank het door [appellant] daartegen ingestelde
beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 16 oktober 2012, waar [appellant],
vertegenwoordigd door mr. G. Meijer, advocaat te Veendam, en de minister,
vertegenwoordigd door mr. J.J.A. Huisman, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken

en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Overwegingen

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, 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, 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 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 het tweede lid gelden de ter zake van deze wet gestelde beboetbare feiten ten opzichte van elke persoon, met of ten aanzien van wie een beboetbaar feit is begaan.

Ingevolge artikel 19d, eerste lid, aanhef en onder a, is de hoogte van de boete die voor een beboetbaar feit 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 beboetbare feiten 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 artikel 5 bestaat de totale bij een boetebeschikking op te leggen boete, ingeval sprake is van meer beboetbare feiten, uit de som van de per beboetbaar feit berekende boetebedragen. Volgens de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, op € 8.000,00 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 VII "Lijst bedoeld in artikel 23 van de Toetredingsakte: overgangsmaatregelen, Roemenië", 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, Roemenië en Nederland (PB 1997 L 18), 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 Roemenië, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepassen om de toegang van Roemeense onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen. Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge voormelde Bijlage VII 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).

2. Het door inspecteurs van de Arbeidsinspectie (thans: de Inspectie SZW) op ambtseid onderscheidenlijk ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 27 augustus 2010 houdt in dat acht vreemdelingen van Roemeense nationaliteit (hierna: de vreemdelingen) in de periode van 21 april 2009 tot en met 4 mei 2009, althans gedeelten daarvan, in de [onderneming] te [plaats], gemeente [...], arbeid hebben verricht, bestaande uit het inplanten en snoeien van gewassen onderscheidenlijk het wieden van onkruid. Het boeterapport houdt voorts in dat [onderneming] de vreemdelingen heeft ingeleend van de vennootschap en dat voor de door de vreemdelingen in voormelde periode verrichte arbeid aan de vennootschap noch [onderneming] tewerkstellingsvergunningen zijn afgegeven.

3. [appellant] betoogt dat, zakelijk weergegeven, de rechtbank niet heeft onderkend dat de minister ten onrechte is uitgegaan van de juistheid van de bij het boeterapport gevoegde verklaringen van de vreemdelingen [vreemdeling A], [vreemdeling B], [vreemdeling C] en [vreemdeling D] (hierna: de gehoorde vreemdelingen) en de verklaring van [vertegenwoordiger], wettelijk vertegenwoordiger van [onderneming]. [appellant] voert daartoe aan dat tussen hem en [vertegenwoordiger] een geschil is ontstaan over de te verrichten betalingen, waarna [vertegenwoordiger] hem ten overstaan van de vreemdelingen heeft afgeschilderd als een profiteur en oplichter. Gelet hierop en omdat de vreemdelingen wilden voorkomen dat zij als gevolg van het door de Arbeidsinspectie ingestelde onderzoek zelf problemen zouden ondervinden, hebben [vertegenwoordiger] en de gehoorde vreemdelingen alle reden gehad om in strijd met de waarheid te verklaren, aldus [appellant].

3.1. [appellant] heeft niet geconcretiseerd over welke voor de boeteoplegging relevante aspecten [vertegenwoordiger] en de gehoorde vreemdelingen niet de waarheid zouden hebben gesproken. Voorts heeft de gemachtigde van [appellant] ter zitting van de Afdeling niet de juistheid betwist van de bij het boeterapport gevoegde verklaringen die zien op de vraag of de vreemdelingen de onder 2 omschreven arbeid als zelfstandigen hebben verricht. Dat [appellant], naar zijn gemachtigde ter zitting heeft bevestigd, zich distantieert van de negatieve wijze waarop de gehoorde vreemdelingen zich over hem hebben uitgelaten, leidt in het licht van het vorenstaande niet tot het oordeel dat de rechtbank ten onrechte is uitgegaan van de juistheid van deze verklaringen en die van [vertegenwoordiger]. Het betoog faalt.

4. [appellant] betoogt voorts dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de vreemdelingen de onder 2 omschreven arbeid als zelfstandigen hebben verricht. Hij voert daartoe aan dat de vreemdelingen hebben gefactureerd aan de vennootschap, die op haar beurt heeft gefactureerd aan [onderneming]. De vreemdelingen hebben volgens [appellant] zelf afspraken gemaakt over de prijs en de omstandigheden waaronder zij de arbeid zouden verrichten. Zij hebben de arbeid voorts zonder gezagsverhouding en voor eigen rekening en

risico verricht, aldus [appellant].

4.1. 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 (hierna: het Hof) onder verwijzing naar het arrest van het Hof 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 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)."

4.2. Gelet op voormelde jurisprudentie van het Hof is voor de beantwoording van de vraag of de vreemdelingen de arbeid als zelfstandigen hebben verricht, bepalend of sprake is van activiteiten die zonder gezagsverhouding zijn uitgeoefend, waarbij de vraag of de arbeid onder eigen verantwoordelijkheid worden uitgeoefend een rol speelt en voorts de feitelijke situatie van belang is.

4.3. Uit de verklaringen van [vertegenwoordiger] en de gehoorde vreemdelingen - zoals deels weergegeven in de aangevallen uitspraak - blijkt dat, anders dan [appellant] betoogt, de vreemdelingen de arbeid onder gezag van [vertegenwoordiger], diens vrouw of werknemers van [onderneming] hebben verricht. Daar komt bij dat [appellant] zelf heeft verklaard dat [vertegenwoordiger] toezicht hield op en leiding gaf aan de vreemdelingen. Uit voormelde verklaringen blijkt voorts dat de vreemdelingen niet hun eigen werktijden en uurtarief bepaalden. Verder komen de door de vreemdelingen ontvangen beloningen van € 5,00 per uur niet overeen met een marktconforme vergoeding voor zelfstandigen. Gelet op het vorenstaande heeft de rechtbank terecht, met inachtneming van het onder 4.2 weergegeven toetsingskader, geoordeeld dat de vreemdelingen de arbeid niet als zelfstandigen hebben verricht. Dat de vreemdelingen hebben gefactureerd aan [appellant] en in de onder 2 genoemde periode stonden ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel, is - gezien in het licht van de feitelijke situatie waarin zij de arbeid hebben verricht - onvoldoende om tot een ander oordeel te kunnen leiden. Het betoog faalt.

5. [appellant] betoogt voorts dat de rechtbank niet heeft onderkend dat hij niet is aan te merken als werkgever van de vreemdelingen in de zin van de Wav, aangezien hij in opdracht werkte van de vreemdelingen en hen slechts ondersteunde in het realiseren van hun tewerkstelling bij [onderneming].

5.1. In het bij het boeterapport gevoegde uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel is onder het kopje "bedrijfsomschrijving" van de vennootschap onder meer vermeld: uitzendbureau en arbeidsbemiddeling. Uit de verklaringen van de gehoorde vreemdelingen, [vertegenwoordiger] en [appellant] blijkt voorts dat de vennootschap ten tijde van de tewerkstelling van de vreemdelingen als uitzendbureau opereerde, hetgeen steun vindt in de bij het boeterapport gevoegde facturen. Daaruit blijkt immers dat de vreemdelingen aan [appellant] factureerden op basis van het onder 4.3 vermelde uurtarief. [appellant], op zijn beurt, factureerde aan [onderneming]. Gelet hierop heeft de vennootschap de vreemdelingen in de uitoefening van haar bedrijf bij [onderneming] arbeid laten verrichten en heeft de rechtbank terecht overwogen dat de vennootschap en haar vennoten werkgever zijn van de vreemdelingen in de zin van de Wav. Het betoog faalt.

6. [appellant] betoogt verder dat de rechtbank niet heeft onderkend dat, zelfs indien voor de

door de vreemdelingen verrichte arbeid een tewerkstellingsvergunning was vereist, [onderneming] daarover had moeten beschikken. De minister had, aldus [appellant], derhalve niet aan hem maar aan [onderneming] een boete moeten opleggen. De minister heeft dit echter nagelaten, hetgeen heeft geleid tot rechtsongelijkheid, aldus [appellant].

6.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 28 juli 2010 in zaak nr. 201000631/1/V6) is het aan de minister om te bepalen aan wie een boete wordt opgelegd. Dat aan [onderneming] geen boete is opgelegd, betekent niet zonder meer dat het opleggen van een boete aan [appellant] leidt tot rechtsongelijkheid. Nu, zoals hiervoor onder 5.1 is overwogen, [appellant] vergunningplichtig werkgever is van de vreemdelingen en voor de door hen verrichte arbeid geen tewerkstellingsvergunningen zijn afgegeven, heeft de minister [appellant] terecht beboet. De minister heeft ter zitting onweersproken gesteld dat hij ook aan [onderneming] een boete heeft opgelegd. De minister heeft voorts gesteld dat hij deze boete heeft gematigd omdat, zoals is vermeld op p. 2 van het boeterapport, [vertegenwoordiger] namens [onderneming] op eigen initiatief de Arbeidsinspectie heeft ingelicht over de tewerkstelling van de vreemdelingen en de omstandigheden waaronder dit heeft plaatsgevonden. Gelet hierop kan niet worden staande gehouden dat de matiging van de aan [onderneming] opgelegde boete heeft geleid tot rechtsongelijkheid. Het betoog faalt.

7. [appellant] betoogt voorts dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de opgelegde boete onevenredig hoog is en dat deze moet worden gematigd. Hij voert daartoe, onder verwijzing naar het onder 3 weergegeven betoog, aan dat de rechtbank teveel waarde heeft gehecht aan de verklaringen van [vertegenwoordiger] en de gehoorde vreemdelingen en dat de rechtbank er ten onrechte geen rekening mee heeft gehouden dat de vreemdelingen slechts gedurende twee weken arbeid hebben verricht. Daar komt bij dat, aldus [appellant], hij door de boetoplegging failliet is gegaan, is aangewezen op een uitkering en derhalve niet in staat is de boete te betalen.

7.1. 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.

7.2. Reeds gelet op hetgeen onder 3.1 is overwogen, leidt het betoog van [appellant] dat de rechtbank teveel waarde heeft gehecht aan de verklaringen van [vertegenwoordiger] en de gehoorde vreemdelingen, niet tot het oordeel dat de opgelegde boete moet worden gematigd. Reeds omdat de vreemdelingen arbeid hebben verricht van meer dan marginale

aard, biedt ook de duur van de werkzaamheden geen grond voor matiging van de opgelegde boete. Volgens vaste jurisprudentie (zie 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. Reeds omdat [appellant] niet met controleerbare gegevens heeft gestaafd dat hij door de opgelegde boete onevenredig is getroffen, bestaat ook in zoverre geen aanleiding de boete te matigen. Het betoog faalt.

8. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

9. 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. 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.