

ECLI	ECLI:NL:RVS:2012:BY7340
Datum uitspraak	27 december 2012
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 4 februari 2011 heeft de minister [wederpartij] een boete van € 4.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201200606/1/V6.

Datum uitspraak: 27 december 2012

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister),
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 6 december 2011 in zaak nr. 11/3906 in
het geding tussen:

[wederpartij], handelend onder de naam [...], wonend te [woonplaats],

en

de minister.

Procesverloop

Bij besluit van 4 februari 2011 heeft de minister [wederpartij] een boete van € 4.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 20 juli 2011 heeft de minister het daartegen door [wederpartij] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 6 december 2011 heeft de rechtbank het daartegen door [wederpartij] ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd, het besluit van 20 mei (lees: 4 februari) 2011 herroepen en bepaald dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. 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 16 augustus 2012, waar de minister,

vertegenwoordigd door mr. J.J.A. Huisman en mr. M.R. Mol, beiden werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en [wederpartij], vertegenwoordigd door mr. J.P. Sanchez Montoto, advocaat te Wassenaar, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Ingevolge artikel 1, eerste lid, 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 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 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 bestuurlijke 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) wordt bij de berekening van een bestuurlijke 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 2 wordt voor de werkgever als natuurlijk persoon bij een gedraging in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav als uitgangspunt voor de berekening van de op te leggen boete 0,5 maal het boetenormbedrag gehanteerd.

Volgens de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav op € 8.000,00 per persoon per beboetbaar feit gesteld.

De beleidsregels boeteoplegging Wav 2010, die ook op dit geding van toepassing zijn, zijn, voor zover thans van belang, gelijkloidend.

Op 12 september 1963 is een overeenkomst, waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Economische Gemeenschap (hierna: de Gemeenschap) en de Republiek Turkije, ondertekend. Deze is namens de Gemeenschap gesloten, goedgekeurd en

bevestigd bij besluit 64/732/EEG van de Raad van de Gemeenschap (hierna: de Raad) van 23 december 1963 (PB 1964, 217) (hierna: de Associatieovereenkomst).

Op 23 november 1970 is een Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst (hierna: het Aanvullend Protocol) ondertekend. Het is namens de Gemeenschap gesloten, goedgekeurd en bevestigd bij verordening (EEG) nr. 2760/72 van de Raad van 19 december 1972 (PB L 293). Voor het Europese deel van het Koninkrijk der Nederlanden is het protocol op 1 januari 1973 in werking getreden.

Ingevolge artikel 41, eerste lid, van het Aanvullend Protocol voeren de Overeenkomstsluitende partijen onderling geen nieuwe beperkingen in met betrekking tot de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.

Op 1 januari 1973 was de tewerkstelling van vreemdelingen in Nederland geregeld in de Wet arbeidsvergunning vreemdelingen 1964 (Stb. 1964, 72; hierna: de Wav 1964).

Ingevolge artikel 2 van de Wav 1964 is het vreemdelingen verboden krachtens overeenkomst tegen betaling, al dan niet in geld, in dienst van een ander arbeid te verrichten zonder vergunning.

Ingevolge artikel 12 van de Wav 1964 is het verboden arbeid, tot het verrichten waarvan een vergunning als in artikel 2 van de Wav 1964 bedoeld vereist is, te doen verrichten door een vreemdeling, die niet in het bezit is van een zodanige vergunning.

2. Het door een inspecteur van de Arbeidsinspectie (hierna: de inspecteur) op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 14 december 2010 houdt in dat de inspecteur op basis van het op ambtsead onderscheidenlijk ambtsbelofte opgemaakte proces-verbaal van bevindingen (hierna: het proces-verbaal) van 16 augustus 2010 van ambtenaren van politie Amsterdam-Amstelland (RPAA), district 5, wijkteam Bos en Lommer (hierna: de ambtenaren van politie), heeft vastgesteld dat een vreemdeling van Turkse nationaliteit (hierna: de vreemdeling) arbeid verrichtte bestaande uit het kneden, plat slaan en in de oven stoppen van deeg, terwijl voor hem geen tewerkstellingsvergunning was afgegeven.

3. De minister betoogt dat de rechtbank ten onrechte het Aanvullend Protocol van toepassing heeft geacht op de onderhavige situatie. Daarmee heeft zij miskend dat de vrijheid van vestiging noch die van dienstverrichting in deze zaak in het geding is. Aangezien [wederpartij] reeds in Nederland is gevestigd en niet is gesteld of gebleken dat hij bij het uitoefenen van zijn recht op vestiging bij binnenkomst in Nederland beperkingen heeft ondervonden en evenmin sprake is van het tijdelijk verrichten van economische activiteiten door een in Turkije gevestigde onderneming in Nederland, valt de situatie die thans aan de orde is niet onder de materiële werkingssfeer van artikel 41, eerste lid, van het Aanvullend Protocol, aldus de minister.

3.1. Het Hof van Justitie heeft in het arrest van 21 oktober 2003, C-317/01 en C-369/01, Abatay e.a. (www.curia.europa.eu) in de punten 107 en 108 het volgende overwogen.

Al kan volgens vaste rechtspraak het recht van vrije dienstverrichting door een dienstverrichter worden ingeroepen tegenover de staat waarin hij is gevestigd, die diensten moeten wel worden verricht ten behoeve van personen die in een andere lidstaat zijn gevestigd (zie arresten van 10 mei 1995, Alpine Investments, C-384/93, Jurispr. Blz. I-1141, punt 30, en 11 juni 2000, Carpenter, C-60/00, Jurispr. Blz. I-6279, punt 30).

Hieruit volgt dat een Duitse vervoersonderneming zich niet op artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol kan beroepen, wanneer de ontvanger van de vervoersdienst in Duitsland

gevestigd is.

In punt 117 heeft het Hof van Justitie het volgende overwogen.

Gezien al het voorgaande moet aan de verwijzende rechter worden geantwoord dat artikel 41, lid 1, van het aanvullend protocol en artikel 13 van besluit nr. 1/80 aldus moeten worden uitgelegd:

(...)

- artikel 41, lid 1, kan niet alleen door een in Turkije gevestigde onderneming die diensten verricht in een lidstaat, maar ook door de werknemers van een dergelijke onderneming worden ingeroepen om zich te verzetten tegen een nieuwe beperking die op het vrij verrichten van diensten wordt aangebracht; deze bepaling kan daarentegen niet worden ingeroepen door een in een lidstaat gevestigde onderneming, wanneer degenen ten behoeve van wie de diensten worden verricht, in dezelfde lidstaat gevestigd zijn;

3.2. Hieruit volgt dat artikel 41, eerste lid, van het Aanvullend Protocol niet kan worden ingeroepen door een in een lidstaat gevestigde onderneming, wanneer degenen ten behoeve van wie de diensten worden verricht, in dezelfde lidstaat zijn gevestigd. Hierom kan [wederpartij] zich, reeds omdat zijn onderneming in Nederland is gevestigd en hij zijn dienstverlening binnen Nederland verricht, niet met succes op artikel 41 van het Aanvullend Protocol beroepen. Anders dan in de uitspraak van de Afdeling van 2 februari 2011 in zaak nr. 201002877/1/V6 is in de onderhavige zaak geen sprake van internationaal dienstenverkeer tussen Turkije en Nederland. De rechtbank heeft het besluit van 20 juli 2011 derhalve ten onrechte in strijd met artikel 41 van het Aanvullend Protocol geacht. Reeds hierom slaagt het betoog van de minister.

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 beroep tegen het besluit van 20 juli 2011 beoordelen in het licht van de daartegen in eerste aanleg voorgedragen beroepsgronden, voor zover daarop, na hetgeen hiervoor is overwogen, nog moet worden beslist.

5. [wederpartij] heeft in beroep betoogd dat de boete is opgelegd in strijd met Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (PB L 168/24) (hierna: de richtlijn), aangezien de vreemdeling in een verblijfsprocedure is verwickeld die hij in Nederland mag afwachten en hij derhalve niet illegaal in Nederland verblijft.

5.1. Punt 4 van de considerans van de richtlijn houdt in dat de richtlijn voorziet in minimumnormen en het staat de lidstaten bijgevolg vrij strengere sancties en maatregelen vast te stellen of te behouden en werkgevers strengere verplichtingen op te leggen.

Volgens punt 36 van de considerans van de richtlijn kan de Gemeenschap, overeenkomstig het in artikel 5 van het Verdrag neergelegde subsidiariteitsbeginsel, maatregelen nemen, aangezien de doelstelling van deze richtlijn, namelijk de bestrijding van illegale immigratie door maatregelen tegen tewerkstelling als aantrekkende factor, niet voldoende door de lidstaten kan worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang en de gevolgen van deze richtlijn beter door de Gemeenschap kan worden verwezenlijkt. Overeenkomstig het in hetzelfde artikel neergelegde evenredigheidsbeginsel, gaat deze richtlijn niet verder dan wat nodig is om deze doelstelling te verwezenlijken.

Artikel 1 van de richtlijn verbiedt, met het oog op de bestrijding van illegale immigratie, de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, met het oog waarop in de richtlijn gemeenschappelijke minimumnormen inzake sancties en maatregelen worden vastgesteld die in de lidstaten worden toegepast op werkgevers die dat verbod overtreden.

Volgens artikel 2, aanhef en onder c, van de richtlijn is tewerkstelling het verrichten van activiteiten die bestaan uit om het even welke vorm van arbeid of werk die door nationale wetgeving of overeenkomstig gevestigde praktijk is geregeld, voor of onder leiding en/of toezicht van een werkgever.

5.2. [wederpartij] heeft zijn stelling, dat de vreemdeling ten tijde van de controle niet illegaal in Nederland verbleef, niet gestaafd. Nu de vreemdeling blijkens het proces-verbaal op 16 augustus 2010 ten overstaan van de ambtenaren van politie heeft bevestigd dat hij illegaal in Nederland verbleef en uit het uittreksel uit de Basisvoorziening Vreemdelingenketen (hierna: de BVV) volgt dat de vreemdeling eerst op de datum van de controle in de BVV is opgenomen, is niet aangetoond dat de vreemdeling op 16 augustus 2010 niet illegaal in Nederland verbleef. Het betoog faalt reeds hierom.

6. [wederpartij] heeft in beroep voorts betoogd dat de vreemdeling een vriend van hem is die af en toe in zijn zaak komt. De vreemdeling is nimmer betaald voor de geringe werkzaamheden die hij op de dag van de controle heeft verricht. Gelet hierop en op de omstandigheid dat hij voor de exploitatie van zijn onderneming gebruik maakt van voldoende legaal arbeidsaanbod, bestaat aanleiding de boete te matigen, aldus [wederpartij].

6.1. 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, 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.

6.2. De vreemdeling heeft op 16 augustus 2010 het volgende ten overstaan van de ambtenaren van politie verklaard: "Ik werk hier zeven dagen per week en begin om zes uur 's ochtends tot een uur of twaalf. Dan heb ik pauze en dan kom ik later op de dag weer om brood te bakken. Ik werk ook voor de andere zaak van mijn baas. Het restaurant is [naam].

Gelet op deze verklaring kunnen de door de vreemdeling verrichte werkzaamheden, anders dan [wederpartij] stelt, niet louter als marginaal en bijkomstig worden gekwalificeerd en evenmin als een vriendendienst. Dat [wederpartij] voor het overige van legaal arbeidsaanbod

gebruik maakt, wat daarvan ook zij, laat onverlet dat hij de vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning arbeid heeft laten verrichten. Onder deze omstandigheden bestaat geen aanleiding om de opgelegde boete te matigen. Het betoog faalt.

7. De Afdeling zal het inleidende beroep alsnog ongegrond verklaren.

8. 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 6 december 2011 in zaak nr. 11/3906;

III. verklaart het in die zaak ingestelde beroep ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. H. Troostwijk, voorzitter, en mr. H.G. Sevenster en mr. A.B.M. Hent, leden, in tegenwoordigheid van mr. C.M. Woestenburg-Bertels, ambtenaar van staat.

w.g. Troostwijk w.g. Woestenburg-Bertels
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 27 december 2012

501.