

ECLI	ECLI:NL:RVS:2013:BY8564
Datum uitspraak	16 januari 2013
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 17 september 2010 heeft de minister [wederpartij] een boete van € 48.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) opgelegd.

Volledige tekst

201201869/1/V6.

Datum uitspraak: 16 januari 2013

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 12 januari 2012 in zaak nr.
11/1127 in het geding tussen:

[wederpartij], gevestigd te [woonplaats],

en

de minister.

Procesverloop

Bij besluit van 17 september 2010 heeft de minister [wederpartij] een boete van € 48.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) opgelegd.

Bij besluit van 2 maart 2011 heeft de minister het door [wederpartij] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 12 januari 2012 heeft de rechtbank het door [wederpartij] daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 2 maart 2011 vernietigd, het besluit van 17 september 2010 herroepen, de boete vastgesteld op in totaal € 16.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav ten aanzien van twee Ghanese vreemdelingen 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 11 september 2012, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. M. Znabet, werkzaam bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en [wederpartij], vertegenwoordigd door mr. T. Segers, advocaat te 's-Hertogenbosch, 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 2, eerste lid, is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Ingevolge artikel 18, 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 bestuurlijke boete op aan degene op wie de verplichtingen rusten, welke voortvloeien uit deze wet, voor zover het niet naleven daarvan is aangeduid als overtreding.

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 natuurlijk persoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 11.250.

Ingevolge het derde lid stelt de minister beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor 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 beboetbare feiten 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, 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, op € 8.000 gesteld per persoon per beboetbaar feit.

Ingevolge artikel 39, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag), thans, na wijziging, 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 Bijlage VI Lijst bedoeld in artikel 23 van de Toetredingsakte: overgangsmaatregelen 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 tussen, voor zover thans van belang, Bulgarije en Nederland (PB 1997 L 18), artikel 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, 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 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 45 van het VWEU, tijdelijk te beperken en 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 op ambtseid onderscheidenlijk ambtsbelofte door inspecteurs van de Arbeidsinspectie (hierna: de inspecteurs) opgemaakte boeterapport van 10 juni 2010 (hierna: het boeterapport) houdt in dat uit onderzoek in de administratie van [wederpartij] is gebleken dat vier vreemdelingen van Bulgaarse nationaliteit en twee vreemdelingen van Ghanese nationaliteit op 4 mei 2009 bij [bedrijf a] te [plaats] schoonmaakwerkzaamheden hebben verricht. Zij waren door [bedrijf b] ter beschikking gesteld van [wederpartij]. [wederpartij] heeft hen vervolgens ter beschikking gesteld van [bedrijf c] die hen ter beschikking heeft gesteld van [bedrijf a].

De rechtbank heeft de ten aanzien van de tewerkstelling van deze vreemdelingen opgelegde boete herroepen en de boete ten aanzien van de vreemdelingen van Ghanese nationaliteit zelfvoorzienend vastgesteld. In geschil is thans het herroepen van de boete ten aanzien van de vier Bulgaarse vreemdelingen (hierna: de vreemdelingen).

3. De minister betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de vreemdelingen niet zijn aan te merken als werknemers in de zin van artikel 39 van het EG-Verdrag omdat is gebleken dat zij geen vergoeding voor de door hen verrichte werkzaamheden hebben ontvangen. De rechtbank is volgens de minister derhalve ten onrechte tot het oordeel gekomen dat [wederpartij] artikel 2, eerste lid, van de Wav niet heeft overtreden, zodat hij haar ten onrechte een boete heeft opgelegd.

4. 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 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, 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 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, 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.

Zoals het Hof van Justitie eveneens heeft overwogen in onder meer voormeld arrest, vormt een beloning van de verrichte prestaties, eventueel van geringe hoogte, een wezenlijk kenmerk van een arbeidsverhouding in de zin van artikel 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 45 van het VWEU.

5. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 15 februari 2001 in zaak nr. 200001817/01, AB 2001, 194) dienen juist omdat het gaat om een punitieve sanctie, aan de bewijsvoering van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit strenge eisen te worden gesteld.

6. Uit de bij het boeterapport gevoegde, bij de inspecteurs afgelegde verklaringen van [gemachtigde] van [bedrijf a], van 26 oktober 2009, van [directeur] van [bedrijf c], van 28 oktober 2009, van [bestuurder] van [wederpartij], van 18 november 2009 en van [eigenaar] van [bedrijf b], van 7 december 2009, in onderling verband gelezen, blijkt dat de vreemdelingen de hiervoor onder 2. omschreven werkzaamheden hebben verricht. In geschil is of de vreemdelingen voor deze werkzaamheden een vergoeding zijn overeengekomen.

Uit de verklaring van [eigenaar bedrijf b] blijkt dat hij de werkzaamheden van de vreemdelingen heeft gefactureerd bij [wederpartij]. Op de factuur is vermeld "Honorarium voor de prestaties van onze medewerkers, Project [bedrijf c]". [bestuurder wederpartij] heeft dit bevestigd. Tevens heeft [eigenaar bedrijf b] verklaard dat hij met [wederpartij] een uurprijs van € 16,50 heeft afgesproken en dat hij het personeel € 7,00 betaalt. [eigenaar bedrijf b] heeft verder verklaard dat hij met de vreemdelingen heeft afgesproken dat zij eerst zouden werken, dat daarna een prijs zou worden afgesproken, maar dat hij hun nog niet heeft betaald. Bij de stukken zijn geen verklaringen van de vreemdelingen gevoegd. Evenmin blijkt uit andere gegevens dat de vreemdelingen recht hadden op een vergoeding voor de door hen verrichte werkzaamheden. Voorts is niet betwist dat de vreemdelingen niet daadwerkelijk zijn betaald. De enkele stelling van de minister dat de verrichte werkzaamheden normaliter tegen vergoeding geschieden is, mede gelet op hetgeen hiervoor onder 4. is overwogen, onvoldoende om te kunnen vaststellen dat de vreemdelingen in dit geval recht op een vergoeding hadden. Reeds omdat de minister niet aannemelijk heeft gemaakt dat aan het element 'vergoeding' is voldaan, kunnen de vreemdelingen niet als werknemers in de zin van artikel 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 45 van het VWEU worden aangemerkt. Gelet hierop kan [wederpartij] niet als werkgever worden aangemerkt. In het verlengde daarvan is ten aanzien van de werkzaamheden geen sprake van overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav, zodat de minister [wederpartij] derhalve ten onrechte een boete heeft opgelegd. De rechtbank is op goede gronden tot hetzelfde oordeel gekomen.

Het betoog faalt.

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

8. De minister dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. bevestigt de aangevallen uitspraak;

II. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [wederpartij] in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 944,00 (zegge: negenhonderdvierenveertig euro) is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand ;

III. bepaalt dat van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een griffierecht van € 466,00 (zegge: vierhonderdzesenzestig euro) wordt geheven.

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. L. Groenendijk, ambtenaar van staat.

w.g. Parkins-de Vin w.g. Groenendijk

voorzitter ambtenaar van staat
Uitgesproken in het openbaar op 16 januari 2013

164.