

|                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ECLI             | ECLI:NL:RVS:2013:BY9249                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Datum uitspraak  | 23 januari 2013                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| Inhoudsindicatie | Bij besluit van 18 mei 2011 heeft de minister [wederpartij] een boete opgelegd van in totaal € 18.000,00, bestaande uit een boete van € 12.000,00 wegens drie overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) en een boete van € 6.000,00 wegens vier overtredingen van artikel 15, eerste lid, van de Wav. |

Volledige tekst

201206318/1/V6.

Datum uitspraak: 23 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 18 mei 2012 in zaak nr. 11/4085  
in het geding tussen:

[wederpartij],

en

de minister.

Procesverloop

Bij besluit van 18 mei 2011 heeft de minister [wederpartij] een boete opgelegd van in totaal € 18.000,00, bestaande uit een boete van € 12.000,00 wegens drie overtredingen van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) en een boete van € 6.000,00 wegens vier overtredingen van artikel 15, eerste lid, van de Wav.

Bij besluit van 3 november 2011 heeft de minister het door [wederpartij] daartegen gemaakte bezwaar gegrond verklaard voor zover het betreft de opgelegde boete wegens één overtreding van artikel 15, eerste lid, van de Wav, het besluit van 18 mei 2011 in zoverre herroepen en de boete vastgesteld op totaal € 16.500,00.

Bij uitspraak van 18 mei 2012 heeft de rechtbank het door [wederpartij] daartegen ingestelde

beroep gegrond verklaard, het besluit van 3 november 2011 vernietigd voor zover het betreft de opgelegde boetes wegens één overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav en één overtreding van artikel 15, eerste lid, van de Wav, het besluit van 18 mei 2011 in zoverre herroepen, bepaald dat de boete wordt vastgesteld op totaal € 11.000,00, 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. Bij brief van 25 juli 2012 heeft hij de gronden van het hoger beroep ingediend.

[wederpartij] heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 6 december 2012, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. M.R. Mol, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en [wederpartij] zijn verschenen.

#### Overwegingen

1. Gelet op artikel XXV van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving; Stb 2012, 462, is op dit geding de Wav van toepassing zoals deze wet luidde tot 1 januari 2013.

Ingevolge artikel 1, 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 15, eerste lid, draagt de werkgever die door een vreemdeling arbeid laat verrichten bij een andere werkgever er bij de aanvang van de arbeid door de vreemdeling onverwijld zorg voor dat de werkgever bij wie de arbeid feitelijk wordt verricht een afschrift van het document, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder 1° tot en met 3°, van de Wet op de identificatieplicht, van de vreemdeling ontvangt.

Ingevolge artikel 18, eerste lid, wordt het niet naleven van de artikelen 2, eerste lid, en 15 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 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, aanhef en onder a, is de hoogte van de boete die voor een overtreding kan worden opgelegd, indien begaan door een natuurlijk persoon, gelijk aan de geldsom van ten hoogste € 11.250,00.

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 2010 (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 Wet arbeid vreemdelingen' (hierna: de Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd.

Volgens artikel 2 wordt voor de werkgever als natuurlijk persoon bij een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav als uitgangspunt voor de berekening van de op te leggen boete gehanteerd: 0,5 maal het boetenormbedrag.

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.

In de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, op € 8.000,00 en voor overtreding van artikel 15, eerste lid, op € 1.500,00 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 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 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 L 18) 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 de 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 Bijlage VI van 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 de inspecteurs van de Arbeidsinspectie (thans de Inspectie SZW) op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 21 maart 2011 (hierna: het boeterapport) houdt, voor zover thans van belang, in dat ten tijde van een controle op 3 november 2010 in een bedrijfspand van [persoon A], gelegen aan de [locatie A] te Eindhoven, een verbouwing plaatsvond waarbij de vreemdeling van Bulgaarse nationaliteit, [de vreemdeling], is aangetroffen die arbeid verrichtte, bestaande uit stukadoorswerkzaamheden, terwijl daarvoor geen tewerkstellingsvergunning was afgegeven. Verder houdt het boeterapport in dat [wederpartij] de verbouwing uitvoerde op basis van een schriftelijke overeenkomst met [persoon A] en dat hij de vreemdeling op de werkzaamheden heeft ingezet. Voorts houdt het boeterapport in dat uit een op 11 november 2010 uitgevoerd administratief onderzoek is

gebleken dat [wederpartij] bij aanvang van de arbeid door de vreemdeling geen afschrift van een document, bedoeld in artikel 15, eerste lid, van de Wav, naar [persoon A] heeft verzonden.

3. De minister betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de vreemdeling de werkzaamheden zonder gezagsverhouding en als zelfstandige heeft uitgevoerd, zodat [wederpartij] niet vergunningplichtig was en geen sprake was van een overtreding van de artikelen 2, eerste lid, en 15, eerste lid, van de Wav. Volgens hem volgt uit het boeterapport en de daarbij gevoegde verklaringen in afdoende mate dat de vreemdeling de werkzaamheden onder het gezag van [wederpartij] heeft uitgevoerd en niet als zelfstandige werkzaam was.

3.1. In het arrest van 15 december 2005, C-151/04 en C-152/04, Nadin en Durré, ([www.curia.europe.eu](http://www.curia.europe.eu)) heeft het Hof van Justitie het volgende 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)."

3.2. Uit het boeterapport en de daarbij behorende verklaringen en het verhandelde ter zitting volgt het volgende. [wederpartij] bepaalde dagelijks, een dag van tevoren, welke werkzaamheden in het pand moesten worden verricht en wie er moesten komen werken. Zijn voorman, [naam voorman], zorgde ervoor dat iedereen, onder wie de vreemdeling, telefonisch werd opgeroepen. Op de dag zelf zei [voorman] vervolgens wie wat moest gaan doen. [wederpartij] leverde zelf het stucmateriaal. De vreemdeling maakte wel gebruik van zijn eigen gereedschap, zoals een mixer en kuip. [wederpartij] hield toezicht op de verrichte werkzaamheden en als hij er niet was, hielden [voorman] en [persoon B] toezicht. Als er iets niet goed was, namen [voorman] en/of [persoon B] de beslissing of het veranderd moest worden. In ernstige gevallen, nam [wederpartij] die beslissing. Als de vreemdeling verhinderd was, zorgde [wederpartij] voor vervanging.

Uit het vorenstaande volgt in voldoende mate dat de vreemdeling zijn werkopdrachten dagelijks van [wederpartij] kreeg, de vreemdeling zijn werkzaamheden volgens de aanwijzingen van [wederpartij] moest uitvoeren en onder diens verantwoordelijkheid werkte, [wederpartij] toezicht hield op de kwaliteit van de werkzaamheden van de vreemdeling en hij verder zorgde voor diens vervanging bij afwezigheid. In het licht van deze feiten en omstandigheden komt de Afdeling, anders dan de rechtbank heeft overwogen, tot het oordeel dat geen sprake was van het verrichten van arbeid zonder gezagsverhouding. Dat de vreemdeling als zelfstandige stond ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en beschikte over een VAR-verklaring van de Belastingdienst, geldig voor de periode 1 januari 2010 tot en met 31 december 2010, waarin stond vermeld dat de inkomsten uit zijn onderhouds- en renovatiewerkzaamheden als winst uit onderneming werden aangemerkt, leidt in het licht van de hiervoor geschetste feiten en omstandigheden niet tot de conclusie dat de vreemdeling zijn werkzaamheden als zelfstandige heeft uitgevoerd. Gelet hierop heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat [wederpartij] niet als vergunningplichtig werkgever in de zin van de Wav is aan te merken en de minister de boete wegens overtredingen van de artikelen 2, eerste lid, en 15, eerste lid, van de Wav niet heeft kunnen opleggen.

Het betoog slaagt.

4. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, overweegt de Afdeling ten aanzien van het beroep van [wederpartij], voor zover daarop na hetgeen hiervoor is overwogen nog moet worden beslist, als volgt.

5. [wederpartij] voert aan dat de minister ten onrechte niet tot matiging van de ter zake van de vreemdeling opgelegde boete wegens overtreding van artikel 15, eerste lid, van de Wav is overgegaan. Volgens hem is sprake van een verminderde mate van verwijtbaarheid nu de vreemdeling zijn identiteitsbewijs ten tijde van de controle bij zich had en aan de inspecteurs heeft getoond en hij ook zelf, voorafgaand aan de werkzaamheden, de identiteit van de vreemdeling heeft vastgesteld, zodat geen enkele twijfel bestond over de identiteit van de vreemdeling en niet is gehandeld in strijd met het doel en de strekking van de Wav.

5.1. Het gaat bij het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 15, 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 beboetbare feiten zijn vastgesteld. Deze beleidsregels zijn als zodanig niet onredelijk bevonden. 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.

5.2. De minister heeft in de door [wederpartij] aangevoerde omstandigheden terecht geen grond voor matiging van de boete gezien. In het kader van artikel 15, eerste lid, van de Wav rust op iedere werkgever de verplichting bij aanvang van de arbeid een afschrift van het document, bedoeld in die bepaling, dat zij van de vreemdeling heeft ontvangen, te verzenden aan de werkgever bij wie de arbeid wordt verricht. Met het nakomen van de verplichting wordt gewaarborgd dat de personen die door de uitleners zijn gestuurd ook daadwerkelijk de personen zijn die zich bij de inlener dan wel opdrachtgever presenteren. Onbestreden is dat [wederpartij] heeft nagelaten om bij de aanvang van de arbeid door de vreemdeling er onverwijld zorg voor te dragen dat [persoon A] een afschrift van het voormelde document heeft ontvangen, zodat de voornoemde bepaling is overtreden. [wederpartij] heeft niet aannemelijk gemaakt dat hij heeft getracht de overtreding te voorkomen, nu hetgeen hij in dit verband heeft aangevoerd geen betrekking heeft op de vorenbedoelde verplichting en hetgeen daarmee wordt gewaarborgd. Van het volledig ontbreken dan wel een verminderde mate van verwijtbaarheid is derhalve geen sprake.

De grond faalt.

6. Gelet op het voorgaande zal de Afdeling het inleidende beroep alsnog ongegrond

verklaren.

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 's-Hertogenbosch van 18 mei 2012 in zaak nr. 11/4085;

III. verklaart het in die zaak ingestelde beroep ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. R. van der Spoel, voorzitter, en mr. G. van der Wiel en mr. E. Steendijk, leden, in tegenwoordigheid van mr. F.S.N. Nasrullah-Oemar, ambtenaar van staat.

w.g. Van der Spoel w.g. Nasrullah-Oemar  
Voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 23 januari 2013

404.