

ECLI	ECLI:NL:RVS:2013:BZ2524
Datum uitspraak	27 februari 2013
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 1 juli 2011 heeft de minister [appellant] een boete van € 8.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201206047/1/V6.

Datum uitspraak: 27 februari 2013

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant], wonend te [plaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 21 mei 2012 in zaak nr. 11/9081 in het geding tussen:

[appellant]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 1 juli 2011 heeft de minister [appellant] een boete van € 8.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 21 oktober 2011 heeft de minister het daartegen door [appellant] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 21 mei 2012 heeft de rechtbank het daartegen door [appellant] ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

[appellant] heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 8 januari 2013, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. W.F. Jacobson, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en

Werkgelegenheid, is 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, 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 18, eerste lid, 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 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 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 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, op € 8.000,00 per persoon per overtreding gesteld.

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 VII Lijst bedoeld in artikel 23 van de Toetredingsakte: overgangsmaatregelen Roemenië (hierna: Bijlage VII), 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 (PB 1997 L 18) van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten tussen, voor zover thans van belang, Roemenië en Nederland, 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 Roemenië, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepassen om de toegang van Roemeense 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 Roemenië.

Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge voormelde Bijlage VII 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).

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 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 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 (thans: de Inspectie SZW) op ambtseed opgemaakte boeterapport van 26 april 2011 (hierna: het boeterapport) houdt in dat [vreemdeling A] en [vreemdeling B], beiden van Roemeense nationaliteit, op 11 maart 2011 bij [appellant] maaltijden hebben bereid en uitgeserveerd zonder dat hiervoor tewerkstellingsvergunningen waren verleend.

3. [appellant] betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat [vreemdeling A] en [vreemdeling B] de werkzaamheden als zelfstandigen hebben verricht. Hiertoe voert hij aan dat de ondernemingen van de vreemdelingen staan geregistreerd in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en dat zij werkzaamheden verrichtten voor meer dan één opdrachtgever.

3.1. Gelet op de onder 1. weergegeven jurisprudentie van het Hof van Justitie, is voor beantwoording van de vraag of de werkzaamheden door de vreemdelingen in de hoedanigheid van zelfstandigen 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. De als bijlage bij het boeterapport gevoegde verklaring van [vreemdeling A] houdt in dat hij als hulpkok voor [appellant] werkte, dat de kok van [appellant] toezicht hield op zijn werkzaamheden en bepaalde hoe het werk gedaan moest worden, dat hij de pannen en messen van het restaurant gebruikte, dat [appellant] zijn werkgever was en de werktijden bepaalde, dat hij € 10,00 per uur ontving en één opdrachtgever had, te weten [appellant]. [vreemdeling B] heeft verklaard dat hij € 17,50 exclusief btw per uur verdiende, dat hij werd

gebeld door [appellant] als er gewerkt moest worden, dat hij samen met het andere personeel voor [appellant] werkte en het schort van het restaurant droeg. Voorts heeft de gemachtigde van de wettelijk vertegenwoordiger van [appellant] op 31 maart 2011 ten overstaan van de inspecteurs verklaard dat [appellant] toezicht hield op de werkzaamheden van de vreemdelingen, de werktijden bepaalde, bepaalde wanneer het werk gedaan moest worden en, indien nodig, de vreemdelingen corrigeerde.

Gelet hierop heeft de rechtbank terecht en op goede gronden overwogen dat de vreemdelingen de werkzaamheden onder gezag van [appellant] en derhalve niet als zelfstandigen hebben verricht. De rechtbank heeft voorts terecht overwogen dat de omstandigheid dat de vreemdelingen stonden ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel nog niet betekent dat zij de werkzaamheden als zelfstandigen hebben verricht. Of de vreemdelingen voor een of meer opdrachtgevers hebben gewerkt is in dit verband evenmin van doorslaggevend belang.

Het betoog faalt.

4. [appellant] betoogt verder dat de rechtbank heeft miskend dat sprake is van het ontbreken van verwijtbaarheid dan wel van verminderde verwijtbaarheid. [appellant] voert hiertoe aan dat de regelgeving van de Wav dermate gecompliceerd is dat hij niet kan worden geacht er geheel van op de hoogte te zijn. Voorts voert hij aan dat [vreemdeling B] inmiddels over een VAR-verklaring beschikt en dat het gepast was geweest als de minister een waarschuwing had gegeven dan wel een gematigde boete had opgelegd.

4.1. 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, 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 (uitspraak van de Afdeling van 28 november 2012 in zaak nr. 201203733/1/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.

4.2. Het door [appellant] in zijn hogerberoepschrift aangevoerde samenstel van omstandigheden biedt geen grond voor het oordeel dat de opgelegde boete gematigd diende te worden. Hierbij is het volgende van belang.

Het is de eigen verantwoordelijkheid van een werkgever om in het kader van de Wav, bij aanvang van de werkzaamheden door vreemdelingen na te gaan of de voorschriften van die wet worden nageleefd, zodat de gevolgen van de onbekendheid met de verplichtingen van de Wav geheel voor rekening en risico van [appellant] dienen te komen. Voor zover

[appellant] betoogt dat de van belang zijnde wet- en regelgeving dermate ingewikkeld is dat van hem niet kan worden verwacht dat hij hiervan geheel op de hoogte is, had het wegens die omstandigheid op zijn weg gelegen hierover nadere informatie in te winnen. Voorts laat de omstandigheid dat [vreemdeling B] over een VAR-verklaring beschikt onverlet dat [appellant] niet heeft voldaan aan de uit de Wav voor hem als werkgever voortvloeiende verplichtingen, zodat dit niet kan leiden tot matiging van de opgelegde boete. Tevens biedt de Wav geen wettelijke grondslag voor het geven van een waarschuwing. De Afdeling neemt bij het vorenstaande mede in aanmerking dat de Arbeidsinspectie eerder een controle bij [appellant] heeft verricht met betrekking tot door [vreemdeling B] verrichte werkzaamheden, zodat van [appellant] mocht worden verwacht dat hij extra oplettendheid zou betrachten de Wav niet te overtreden. De rechtbank heeft derhalve terecht overwogen dat geen grond bestaat voor het oordeel dat de boete gematigd had moeten worden. Het betoog faalt.

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

6. 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. H.G. Lubberdink, voorzitter, en mr. M.G.J. Parkins-de Vin, en mr. A.B.M. Hent, leden, in tegenwoordigheid van mr. L. Groenendijk, ambtenaar van staat.

w.g. Lubberdink w.g. Groenendijk
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 27 februari 2013

164-766.