

ECLI	ECLI:NL:RVS:2013:BZ3402
Datum uitspraak	6 maart 2013
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 14 september 2010 heeft de minister [appellante] een boete van € 72.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201205610/1/V6.

Datum uitspraak: 6 maart 2013

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te Middenmeer, gemeente Wieringermeer, waarvan de vennoten zijn [vennoot A], wonend te Middenmeer, en [vennoot B], wonend te Hoorn,

tegen de uitspraak van de rechtbank Alkmaar van 26 april 2012 in zaak nr. 11/1130 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 14 september 2010 heeft de minister [appellante] een boete van € 72.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 25 maart 2011 heeft de minister het daartegen door [appellante] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 26 april 2012 heeft de rechtbank het daartegen door [appellante] ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 8 januari 2013, waar [appellante], vertegenwoordigd door vennoot [vennoot B], bijgestaan door mr. C.W. Simonis, advocaat te Naaldwijk, en de minister, vertegenwoordigd door mr. W.F. Jacobson, werkzaam bij het

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 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, 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, 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 het tweede lid gelden de ter zake van deze wet gestelde overtredingen ten opzichte van elke persoon, met of ten aanzien van wie een overtreding is begaan.

Ingevolge artikel 19d, eerste lid, aanhef en onder b, is de hoogte van de 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 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 5 bestaat de totale bij een boetebeschikking op te leggen boete, ingeval er 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, van de Wav gesteld op € 8.000,00 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 (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, Bulgarije 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 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).

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 ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 30 juli 2010 (hierna: het boeterapport) houdt in dat uit een controle van de administratie van [uitzendbureau], gevestigd te 's-Gravenhage, op 15 oktober 2009 is gebleken dat negen vreemdelingen van Bulgaarse nationaliteit in de periode van 1 januari 2009 tot en met 14 oktober 2009 voor [appellante] werkzaamheden hebben verricht, bestaande uit het draaien van de toppen van paprikaplanten, zonder dat hiervoor tewerkstellingsvergunningen waren verleend.

3. [appellante] betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat de vreemdelingen als zelfstandigen werkzaamheden hebben verricht. Hiertoe voert zij aan dat een gezagsverhouding tussen [appellante] en de vreemdelingen ontbreekt, de aanwijzingen die zij aan de vreemdelingen gaf geen werkinstructies waren, maar slechts zagen op de coördinatie van het werk, de werktijden niet door haar werden bepaald, de vreemdelingen gebruik maakten van hun eigen gereedschap, de vreemdelingen hun werkzaamheden factureerden aan [uitzendbureau], ingeschreven stonden in het handelsregister van de Kamer van Koophandel en beschikten over zowel VAR-verklaringen als btw-nummers. Voorts voert zij aan dat [uitzendbureau], gelet op de overeenkomst van opdracht gesloten tussen [uitzendbureau] en [appellante], niet als uitzendbureau maar als bemiddelingsbureau optrad.

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 bij het boeterapport gevoegde verklaringen van de vreemdelingen en de verklaring van de wettelijk vertegenwoordiger van [uitzendbureau], C. Ayyildiz (hierna: Ayyildiz), houden in dat de vreemdelingen werkinstructies ontvingen van [appellante] en dat [appellante] en [uitzendbureau] controleerden of het werk goed gedaan werd. In de overeenkomst van aanneming van werk van 20 februari 2009 tussen [appellante] en [uitzendbureau] (hierna: de overeenkomst) is opgenomen dat [uitzendbureau] verantwoordelijk is voor het gereedkomen van het werk. Tevens is vastgelegd dat de werkzaamheden volgens aanwijzingen van de leidinggevende van [appellante] dienen plaats te vinden. Het standpunt van [appellante] dat geen werkinstructies werden gegeven maar slechts toezicht werd gehouden op de oogstploeg en aanwijzingen werden gegeven in het kader van coördinatie kan, gezien de vermelde verklaringen en de inhoud van de genoemde overeenkomst, derhalve geen stand houden. Voorts blijkt uit de verklaringen van Ayyildiz en de vreemdelingen, alsmede uit de urenregistraties gevoegd bij het boeterapport, dat de vreemdelingen vrijwel hetzelfde aantal uren werkten en dat de werktijden door [uitzendbureau] en [appellante] werden bepaald. Dat de vreemdelingen beschikten over VAR-verklaringen, btw-nummers en ingeschreven stonden in het handelsregister van de Kamer van Koophandel brengt in het licht van de hiervoor vermelde feiten en omstandigheden niet met zich dat tussen [appellante] en de vreemdelingen gedurende het verrichten van de werkzaamheden geen gezagsverhouding heeft bestaan. Dat [uitzendbureau] geen uitzendbureau maar een bemiddelingsbureau zou zijn is in dit verband niet van belang nu uit het voorgaande blijkt dat de vreemdelingen onder gezag van zowel [uitzendbureau] als [appellante] hebben gewerkt. Derhalve heeft de rechtbank terecht overwogen dat de vreemdelingen niet zijn aan te merken als zelfstandigen.

Het betoog faalt.

4. [appellante] betoogt verder dat de rechtbank heeft miskend dat de boete voor matiging in aanmerking komt wegens het ontbreken van verwijtbaarheid. Hiertoe voert zij aan dat zij er alles aan heeft gedaan om overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav te voorkomen en dat zij uit de VAR-verklaringen van de vreemdelingen mocht afleiden dat zij zelfstandigen waren. Voorts voert [appellante] aan dat de hoogte van de boete niet evenredig is en dat zij niet in strijd met de doelstellingen van de Wav heeft gehandeld, omdat de tewerkstelling van de vreemdelingen het legaal arbeidsaanbod niet heeft verdrongen en zij uit de overtredingen geen profijt heeft getrokken.

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 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.

4.2. Het door [appellante] in haar hogerberoepschrift naar voren gebrachte samenstel van omstandigheden biedt geen grond voor het oordeel dat de rechtbank de boete diende te matigen. De omstandigheid dat [appellante] zich voorafgaand aan de tewerkstelling van de vreemdelingen ervan heeft vergewist dat deze over VAR-verklaringen beschikten, leidt niet tot een verminderde mate van verwijtbaarheid en derhalve tot matiging van de opgelegde boete. De VAR-verklaringen doen er immers niet aan af dat, zoals hiervoor onder 3.2. is overwogen, uit de feitelijke situatie blijkt dat de vreemdelingen de werkzaamheden niet als zelfstandigen hebben uitgevoerd. Een belangrijke doelstelling van de Wav is, zoals volgt uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen (Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 3, blz. 1), het voorkomen van verdringing van legaal arbeidsaanbod. Nu [appellante] niet beschikte over geldige tewerkstellingsvergunningen voor de vreemdelingen en de vreemdelingen gedurende lange tijd werkzaamheden ten behoeve van [appellante] verrichtten, kan het betoog dat de doelstellingen van de Wav niet zijn geschonden geen standhouden. Gelet op de ernst van de overtreding treft ook het betoog van [appellante], dat zij van de overtreding geen financieel voordeel heeft genoten en de hoogte van de boete onevenredig is, geen doel. Hierbij is van belang dat de hoogte van de boete in overeenstemming is met de Tarieflijst.

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. A.B.M. Hent en mr. J.J. van Eck, 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 6 maart 2013

164-766.