

|                  |                                                                                                                                                                                                                                      |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ECLI             | ECLI:NL:RVS:2013:BZ3992                                                                                                                                                                                                              |
| Datum uitspraak  | 13 maart 2013                                                                                                                                                                                                                        |
| Inhoudsindicatie | Bij besluit van 6 januari 2011 heeft de minister aan de voormalig vennoten van [V.O.F.] een boete van in totaal € 32.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav). |

Volledige tekst

201206710/1/V6.

Datum uitspraak: 13 maart 2013

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant], voormalig vennoot van de [V.O.F.], wonend te [woonplaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 4 juni 2012 in zaak nr. 11/3353 in het geding tussen:

[appellant]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 6 januari 2011 heeft de minister aan de voormalig vennoten van [V.O.F.] een boete van in totaal € 32.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 7 juni 2011 heeft de minister het daartegen door, voor zover thans van belang, [appellant] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 4 juni 2012 heeft de rechtbank het daartegen door, voor zover thans van belang, [appellant] ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd, het besluit van 6 januari 2011 herroepen in zoverre dat de boete wordt vastgesteld op € 20.000,00 en bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 19 februari 2013, waar [appellant], vertegenwoordigd mr. J.P. Sanchez Montoto, advocaat te Wassenaar, en de minister, vertegenwoordigd door mr. S. Smit, 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 2, eerste lid, is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

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 artikel 19d, 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 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.

2. Het door een inspecteur van de Arbeidsinspectie (thans: de Inspectie SZW) op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 21 oktober 2010 houdt in dat [vreemdeling], van Turkse nationaliteit op 18 juni 2010 achter de toonbank in de horecagelegenheid van [V.O.F.] arbeid verrichtte. Het boeterapport houdt verder in dat de vreemdeling op 12 augustus 2010 wederom arbeid in de horecagelegenheid van [V.O.F.] verrichtte. Voorts is een vreemdeling van Bulgaarse nationaliteit aangetroffen, die arbeid verrichtte bestaand uit het snijden van groenten. Voor de door de vreemdelingen verrichte werkzaamheden was geen tewerkstellingsvergunning afgegeven. Het boeterapport houdt tot slot in dat uit feiten en omstandigheden naar voren is gekomen dat de vreemdeling de arbeid niet als zelfstandige heeft verricht.

3. Tussen partijen is niet in geschil dat de vreemdeling de op 18 juni 2010 en 12 augustus 2010 door de inspecteurs waargenomen arbeid heeft verricht.

4. Ter zitting heeft [appellant] zijn klacht, dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat hij geen geslaagd beroep op artikel 41, eerste lid, van het Aanvullend Protocol bij de Associatieovereenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Republiek

Turkije kan doen, ingetrokken.

[appellant] heeft ter zitting voorts zijn klacht ingetrokken, dat de rechtbank de boete ten onrechte slechts met € 12.000,00 tot € 20.000,00 heeft verminderd.

5. [appellant] betoogt onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 9 december 2009 in zaak nr. 200902645/1/V6 dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de vreemdeling niet als zelfstandige, maar als werknemer van [V.O.F.] diende te worden aangemerkt. Aangezien de vreemdeling sinds 26 april 2010 als vennoot van de onderneming in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel (hierna: het Handelsregister) was ingeschreven en hij jaarlijks een vaste winstuitkering ontving, kan hij niet anders dan als medevennoot worden beschouwd. Onder deze omstandigheden was de minister niet bevoegd om de boete op te leggen, aldus [appellant].

5.1. De Afdeling heeft in voormelde uitspraak van 9 december 2009 overwogen dat blijkens de memorie van toelichting bij de artikelen 1 en 2 van de Wav (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 13) diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten, vergunningplichtig werkgever is en dat deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk is voor en aanspreekbaar is op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding is daarbij niet relevant. Dat in opdracht of ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht is voor het feitelijk werkgeverschap reeds voldoende. Iedereen die een ander in het kader van een ambt, beroep of bedrijf arbeid laat verrichten is werkgever. Uiteraard beperkt het verbod van de wet zich tot die situaties waarin arbeid voor een ander wordt verricht. Als de arbeid door de vreemdeling zelf voor eigen rekening en risico wordt verricht en het product vervolgens openbaar ter verkoop wordt aangeboden, is er geen vergunningplichtige werkgever aan te wijzen, aldus de memorie van antwoord (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, blz. 2).

5.2. De rechtbank heeft gemotiveerd uiteengezet dat en waarom de minister de vreemdeling in dit geval terecht als werknemer en niet als zelfstandige heeft aangemerkt. Zo heeft de rechtbank overwogen dat de feitelijke situatie doorslaggevend is voor beantwoording van de vraag of de vreemdeling als werknemer of als zelfstandige moet worden aangemerkt. Vervolgens heeft de rechtbank bij haar beoordeling betrokken dat de enkele inschrijving in het Handelsregister onvoldoende is om aan te nemen dat de vreemdeling als vennoot functioneerde, dat de vreemdeling geen geld in de onderneming had ingebracht, dat er geen vennootschapsovereenkomst was opgesteld, de vreemdeling nog in een proefperiode zat en geen toegang had tot de boekhouding, [appellant] de bestellingen deed, het personeel aannam en voor de betaling van facturen en het personeel zorgde en de werktijden van de vreemdeling bepaalde.

Gelet op deze door [appellant] niet bestreden feiten, heeft de rechtbank terecht overwogen dat de vreemdeling de werkzaamheden als werknemer, en niet als zelfstandige, heeft verricht. De verwijzing naar voormelde uitspraak van 9 december 2009 baat [appellant] niet, omdat in die zaak, anders dan in de onderhavige, die vreemdeling geld in de onderneming had gestoken, hij de manager van de bakkerij was, hij de leiding over het personeel had en hen aanwijzingen gaf.

6. [appellant] betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte geen proceskostenvergoeding heeft vastgesteld voor de in bezwaar gemaakte kosten.

6.1. De rechtbank heeft het besluit van 6 januari 2011 herroepen in zoverre dat de boete wordt vastgesteld op € 20.000,00. Gelet hierop en aangezien [appellant] in zijn bezwaarschrift

heeft verzocht om vergoeding van de in bezwaar gemaakte kosten, had de rechtbank de minister dienen te veroordelen in deze kosten.

Het betoog slaagt in zoverre. Anders dan [appellant] betoogt is het bedrag dat op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor vergoeding in aanmerking komt niet € 874,00, maar € 472,00 (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift, wegingsfactor 1).

7. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd voor zover de rechtbank de minister niet heeft veroordeeld in de door [appellant] in bezwaar gemaakte kosten. De aangevallen uitspraak dient voor het overige te worden bevestigd.

8. De minister dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

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 4 juni 2012 in zaak nr. 11/3353 voor zover de rechtbank de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid niet heeft veroordeeld in de door [appellant] in bezwaar gemaakte kosten;

III. bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;

IV. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [appellant] in verband met de behandeling van het bezwaar en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 708,00 (zegge: zevenhonderdacht euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Aldus vastgesteld door mr. H. Troostwijk, voorzitter, en mr. A.B.M. Hent en mr. J.J. van Eck, 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 13 maart 2013

501.