

ECLI	ECLI:NL:RVS:2013:BZ7652
Datum uitspraak	10 april 2013
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 21 september 2010 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 64.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201207739/1/V6.

Datum uitspraak: 10 april 2013

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], waarvan de vennoten zijn [vennoot A] en [vennoot B], gevestigd te Roermond, tegen de uitspraak van de rechtbank Roermond van 26 juni 2012 in zaak nr. 11/1431 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 21 september 2010 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 64.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 14 september 2011 heeft de minister het door [appellante] daartegen gemaakte bezwaar voor zover dat betrekking heeft op de [vreemdeling A] en [vreemdeling B] gegrond verklaard, in zoverre het besluit van 21 september 2010 herroepen, de hoogte van de boete vastgesteld op € 48.000,00 en het bezwaar voor het overige ongegrond verklaard.

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

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

[appellante] heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 21 februari 2013, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. M.J.A.M. Muijres, advocaat te Venlo, en de minister, vertegenwoordigd door mr. W.F. Jacobson, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Overwegingen

1. 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 Unie vrij.

Ingevolge artikel 56, eerste alinea, van het VWEU, zijn in het kader van de volgende bepalingen de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.

Ingevolge artikel 57, laatste alinea, van het VWEU, voor zover thans van belang, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke die staat aan zijn eigen onderdanen oplegt.

Ingevolge Bijlage VI "Lijst bedoeld in artikel 23 van de Toetredingsakte (PB 2005 L 157): overgangsmaatregelen Bulgarije", 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 (hierna: de richtlijn; 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 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 (hierna: de verordening) 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.

Ingevolge Bijlage VII "Lijst bedoeld in artikel 23 van de Toetredingsakte: overgangsmaatregelen Roemenië", 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 de richtlijn tussen, voor zover thans van belang, Roemenië 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 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 Bijlagen VI en VII 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).

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 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 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 3, eerste lid, aanhef en onder c, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die behoort tot een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie, dan wel bij een algemene maatregel van bestuur aangewezen categorie van werkzaamheden verricht.

Ingevolge artikel 18 wordt het niet naleven van artikel 2, eerste lid, als beboetbaar feit 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 een beboetbaar feit.

Ingevolge artikel 19d, eerste lid, aanhef en onder b, is de hoogte van de boete die voor een beboetbaar feit 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 beboetbare feiten worden vastgesteld.

Ingevolge artikel 1e, eerste lid, van het Besluit uitvoering Wav, voor zover thans van belang, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wav, niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland arbeid verricht in dienst van een werkgever die buiten Nederland is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie, mits:

- a. de vreemdeling gerechtigd is als werknemer van deze werkgever de arbeid te verrichten in het land alwaar de werkgever gevestigd is,
- b. de werkgever de arbeid in Nederland voor de aanvang daarvan schriftelijk aan de Centrale organisatie voor werk en inkomen (hierna: de CWI) heeft gemeld, onder overlegging van een verklaring en bewijsstukken als bedoeld in het tweede lid, en
- c. er geen sprake is van dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

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 4 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 op € 8.000,00 per persoon per beboetbaar feit gesteld.

2. Het door de inspecteurs van de Arbeidsinspectie (thans: de Inspectie SZW) op ambtseer onderscheidenlijk ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 16 juli 2010 houdt, voor zover thans van belang, in dat bij een bezoek van de Inspectie SZW aan de Electrabuurt in Maastricht op 20 mei 2009 is geconstateerd dat twee vreemdelingen, van Roemeense nationaliteit, in een pand gelegen aan de [locatie] arbeid hebben verricht, bestaande uit het vanuit een emmer opbrengen van gips op een wand en het stukadoren van deze wand. Op 5 juni 2009 zijn die vreemdelingen in de Electrabuurt opnieuw werkend aangetroffen. Voorts is uit administratief onderzoek bij de hoofdaannemer van het desbetreffende bouwproject, [hoofdaannemer], op 4 juni 2009 gebleken dat er nog vier andere vreemdelingen, van Roemeense en Bulgaarse nationaliteit, op voormeld project voor [appellante] werkzaamheden hebben verricht. Voor de vreemdelingen waren geen tewerkstellingsvergunningen afgegeven, aldus het boeterapport.

3. Het betoog van [appellante] dat de rechtbank ten onrechte niet is ingegaan op haar beroepsgrond dat het besluit van 14 september 2011 er geen blijk van geeft dat een volledige heroverweging heeft plaatsgevonden faalt reeds omdat die beroepsgrond niet is voorzien van een daarop toegespitste onderbouwing.

4. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat in de gedingstukken en het verhandelde ter zitting onvoldoende steun kan worden gevonden voor het betoog van [appellante] dat de vreemdelingen in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening van [bedrijf], gevestigd te Bulgarije, ten dienste van haar werkzaamheden hebben verricht. Volgens [appellante] blijkt uit de zich in het dossier bevindende stukken dat de situatie van grensoverschrijdende dienstverlening zich heeft voorgedaan. Daarbij wijst zij in het bijzonder op de tussen haar en [bedrijf] gesloten aannemingsovereenkomst. Verder wijst zij erop dat zij diverse facturen van [bedrijf] heeft ontvangen, dat zij die facturen heeft voldaan en dat de desbetreffende werkzaamheden zijn genotificeerd bij het UWV Werkbedrijf.

4.1. [appellante] heeft zich in hoger beroep niet gekeerd tegen de overweging van de rechtbank dat uit het boeterapport en de daarbij gevoegde verklaringen voldoende aannemelijk is geworden dat de vreemdelingen in de van belang zijnde periode voor [appellante] stukadoorswerkzaamheden hebben verricht alsmede dat de minister [appellante] terecht als werkgever heeft aangemerkt. Verder heeft [appellante] zowel ter zitting bij de rechtbank als bij de Afdeling bevestigd dat zij zich niet richt tegen de boeteoplegging ten aanzien van [vreemdeling C].

Zoals volgt uit artikel 1e, eerste lid, aanhef, van het Besluit uitvoering Wav, dient te worden getoetst of [appellante] aannemelijk heeft gemaakt dat de overige vijf vreemdelingen in de

van belang zijnde periode in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening van [bedrijf] ten dienste van haar werkzaamheden hebben verricht.

4.2. Bij het boeterapport is als bijlage een notificatieformulier van 8 mei 2009 gevoegd waarin is vermeld dat [bedrijf] - voor zover hier van belang - voor vier vreemdelingen heeft genotificeerd dat in de periode tussen 8 mei en 5 juni 2009 werkzaamheden voor [appellante] zullen worden verricht in de Electrabuurt in Maastricht. Voor [vreemdeling D] is blijkens het notificatieformulier niet genotificeerd.

Aangaande de notificatie van voormelde werkzaamheden heeft de minister onderzoek gedaan in Bulgarije. Desgevraagd heeft de eigenaar van [bedrijf] op 26 januari 2010 schriftelijk verklaard dat hij [appellante] niet kent, dat hij niet weet wie de eigenaar dan wel bestuurder ervan is en wat voor maatschappelijk doel zij heeft. De eigenaar heeft voorts verklaard dat hij geen rechtsbetrekking met een vertegenwoordiger van [appellante] heeft gehad en geen werknemers uit naam van de onderneming heeft tewerkgesteld. Voorts heeft het Bulgaarse ministerie van Arbeid en Sociaal Beleid bij brief van 20 augustus 2009 verklaard dat [bedrijf], als bedrijf, actief is in de kwekerijsector. Uit een bij die brief gevoegde bijlage volgt dat géén van de vier vreemdelingen in de periode tussen 1 januari 2008 en 16 maart 2010 bij [bedrijf] in dienst is geweest.

Aangezien de aannemingsovereenkomsten van 8 mei en 2 juni 2009 tussen [appellante] en [bedrijf] evenmin staven dat [bedrijf] voormelde vier vreemdelingen in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening bij [appellante] heeft tewerkgesteld, is niet aannemelijk dat de in artikel 1e, eerste lid, aanhef, van het Besluit uitvoering Wav beschreven situatie van grensoverschrijdende dienstverlening zich ten tijde van belang heeft voorgedaan.

Het betoog faalt.

5. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte geen aanleiding heeft gezien de opgelegde boete te matigen. Volgens [appellante] is de overtreding haar in verminderde mate te verwijten, omdat zij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op International Business Exchange (hierna: IBE) - naar gesteld de tussenpersoon -, zij een aannemingsovereenkomst heeft gesloten en zij [bedrijf] heeft betaald. Voorts wijst zij er in dit kader op dat [hoofdaannemer] een zogenoemde compliance-controle heeft uitgevoerd en zij de werkzaamheden heeft genotificeerd. Ten slotte wijst zij erop dat haar onderneming een klein bedrijf in de bouwsector is, [hoofdaannemer] zich als een van de grote opdrachtgevers uit de zakelijke relatie heeft teruggetrokken en dat insolventiemaatregelen nagenoeg onvermijdelijk zijn.

5.1. 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, zoals thans neergelegd in 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 als zodanig niet onredelijk (zie onder meer de 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.

5.2. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling (onder meer uitspraak van 3 oktober 2007 in zaak nr. 200701639/1) is het de eigen verantwoordelijkheid van een werkgever om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of aan de voorschriften van de Wav wordt voldaan. Hieruit volgt dat [appellante] niet op de gestelde handelingen van IBE mocht vertrouwen, maar gehouden was zelf te controleren of zij voor de onderhavige werkzaamheden over tewerkstellingsvergunningen diende te beschikken. Dat [hoofdaannemer] een compliance-controle zou hebben uitgevoerd, ontslaat [appellante] evenmin van voormelde verplichting. De stellingen dat [appellante] een kleine onderneming is, dat [hoofdaannemer] zich uit de zakelijke relatie heeft teruggetrokken en dat insolventiemaatregelen onvermijdelijk zijn, leiden, reeds nu deze niet zijn gestaafd, niet tot de conclusie dat de opgelegde boete niet voldoet aan de hiervoor in 5.1 vermelde eisen.

Het betoog faalt.

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

7. 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. R. van der Spoel, voorzitter, en mr. D. Roemers en mr. E. Steendijk, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.J. de Heer, ambtenaar van staat.

w.g. Van der Spoel w.g. De Heer
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 10 april 2013

636.