

ECLI	ECLI:NL:RVS:2013:BZ7665
Datum uitspraak	10 april 2013
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 25 november 2011 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 16.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201206823/1/V6.

Datum uitspraak: 10 april 2013

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats], waarvan de vennoten zijn [vennoot a] en [vennoot b],

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 6 juni 2012 in zaak nr. 12/3180 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 25 november 2011 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 16.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 4 april 2012 heeft de minister het daartegen door [appellante] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 6 juni 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 [vennoten] en de minister, vertegenwoordigd door mr. S. Smit, 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 49, eerste alinea, van het VWEU, zijn in het kader van de volgende bepalingen beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden.

Ingevolge de tweede alinea, voor zover thans van belang, omvat de vrijheid van vestiging de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en uitoefening daarvan.

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

Bulgaarse onderdanen die op de datum van toetreding legaal in een huidige lidstaat werken, en wier toelating tot de arbeidsmarkt van die lidstaat voor een ononderbroken periode van 12 maanden of meer geldt, hebben toegang tot de arbeidsmarkt van die lidstaat, maar niet tot de arbeidsmarkt van andere lidstaten die nationale maatregelen toepassen. Bulgaarse onderdanen die na de toetreding gedurende een ononderbroken periode van 12 maanden of meer tot de arbeidsmarkt van een huidige lidstaat zijn toegelaten, genieten dezelfde rechten.

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

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 elk 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 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 5 bestaat de totale bij een boetebeschikking op te leggen boete, ingeval sprake is van meer overtredingen, uit de som van de per overtreding berekende boetebedragen.

Volgens de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, op € 8.000,00 per persoon per overtreding gesteld.

2. Het door inspecteurs van de Arbeidsinspectie (thans: de Inspectie SZW) op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 15 juni 2011 (hierna: het boeterapport) houdt in dat op 10 maart 2011 [vreemdeling 1] van Afghaanse nationaliteit, en [vreemdeling 2], van Bulgaarse nationaliteit, in de onderneming van [appellante] zijn aangetroffen, terwijl zij kleding aan het repareren waren, zonder dat hiervoor tewerkstellingsvergunningen waren verleend.

3. [appellante] betoogt dat de minister onzorgvuldig heeft gehandeld, omdat de verslaglegging in het boeterapport de feitelijke situatie niet juist weergeeft. Hiertoe voert zij aan dat wellicht sprake is geweest van een gebrekkige vertaling.

3.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 23 juli 2008 in zaak nr. 200708170/1), dient in beginsel van de juistheid van een op ambtseed of -belofte opgemaakt en ondertekend proces-verbaal te worden uitgegaan. Dit is slechts anders indien sprake is van bijzondere omstandigheden die nopen tot afwijking van dit uitgangspunt.

Uit de bijlagen bij het boeterapport blijkt dat zowel [vreemdeling 1] als [vreemdeling 2] door tussenkomst van een tolk zijn gehoord. [vreemdeling 1], [vreemdeling 2] en [vennoot a], vennoot van [appellante] hebben in hun verklaringen volhard en hebben deze ondertekend. Van bijzondere omstandigheden als hiervoor bedoeld is geen sprake, zodat geen grond bestaat om te twijfelen aan de juiste weergave van de verklaringen.

Het betoog faalt.

4. [appellante] betoogt voorts dat [vreemdeling 1] geen arbeid heeft verricht in de zin van de Wav. Zij voert daartoe aan dat [vreemdeling 1] slechts vijftien minuten op proef heeft gewerkt.

4.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 11 juli 2007 in zaak nr. 200700303/1) doen de aard, omvang en duur van de werkzaamheden voor de kwalificatie als werkgever in de zin van de Wav niet ter zake. Dat [vreemdeling 1] slechts vijftien minuten arbeid zou hebben verricht is derhalve niet van belang. Bovendien komt hetgeen [appellante] aanvoert omtrent de duur van de arbeid niet overeen met de verklaringen van [vreemdeling 1], waaruit volgt dat hij op 9 maart 2011 en op 10 maart 2011 enige uren werkzaamheden heeft verricht voor [appellante]. Derhalve heeft de rechtbank terecht overwogen dat [vreemdeling 1] arbeid voor [appellante] heeft verricht in de zin van de Wav.

Het betoog faalt.

5. [appellante] betoogt voorts dat de rechtbank heeft miskend dat [vreemdeling 2] de werkzaamheden bij [appellante] als zelfstandige heeft verricht. Hiertoe voert zij aan dat een gezagsverhouding tussen [appellante] en [vreemdeling 2] ontbreekt.

5.1. 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 zijn arrest 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 (thans: artikel 45 van het VWEU) 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 (thans: artikel 49 van het VWEU) 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)."

5.2. Voor de beantwoording van de vraag of de werkzaamheden door [vreemdeling 2] in de hoedanigheid van zelfstandige zijn uitgevoerd, is 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. In dit verband neemt de Afdeling het volgende in aanmerking.

Blijkens zijn op 10 maart 2011 afgelegde verklaring, die als bijlage bij het boeterapport is gevoegd, kreeg [vreemdeling 2] zijn werkopdrachten van [vennoot a] die toezicht hield op zijn werk en de werktijden bepaalde, was hij sinds ongeveer drie maanden werkzaam voor [appellante], had hij geen btw-nummer, wist hij niet wat een VAR-verklaring is, gebruikte hij geen eigen gereedschap voor de werkzaamheden en had hij geen andere opdrachtgevers dan [appellante]. [vennoot a] heeft verklaard dat [vreemdeling 2] hetzelfde werk verrichtte als [vreemdeling 1], dat hij het werk van [vreemdeling 2] controleerde, dat [vreemdeling 2] geen zelfstandige werkplek had, dat hij [vreemdeling 2] belde indien hij werk had en dat [vreemdeling 2] voor zijn werkzaamheden een percentage van de omzet ontving. Derhalve heeft de rechtbank terecht en op goede gronden overwogen dat [vreemdeling 2] de werkzaamheden onder gezag van [appellante] en derhalve niet als zelfstandige heeft verricht.

Het betoog faalt.

6. [appellante] betoogt verder dat de minister onzorgvuldig heeft gehandeld door niet na te trekken of [vreemdeling 2] ooit een ononderbroken periode van twaalf maanden of meer is toegelaten tot de Nederlandse arbeidsmarkt.

6.1. Uit jurisprudentie van de Afdeling (onder meer de uitspraak van 13 februari 2013 in zaak nr. 201200772/1/V6) volgt dat, overeenkomstig paragraaf B10/8.2 van de

Vreemdelingencirculaire 2000, het een vreemdeling die beschikt over een krachtens de Vreemdelingenwet 2000 afgegeven verblijfsvergunning, welke is voorzien van de arbeidsmarktaantekening zoals deze op het verblijfsdocument van die vreemdeling is vermeld, is toegestaan zich vrij op de arbeidsmarkt te begeven, indien hij gedurende een periode van twaalf maanden met een voor zijn werkzaamheden afgegeven tewerkstellingsvergunning tot de arbeidsmarkt was toegelaten.

6.2. [appellante] heeft gesteld noch aannemelijk gemaakt dat voor de door [vreemdeling 2] verrichte werkzaamheden eerder een tewerkstellingsvergunning is afgegeven. Nu het vereiste van een tewerkstellingsvergunning onverminderd gold voor [vreemdeling 2] heeft de rechtbank terecht overwogen dat de minister de boete terecht heeft opgelegd.

Het betoog faalt.

7. [appellante] betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat geen aanleiding bestaat tot matiging van de boete. Daartoe voert zij aan dat de overtreding uit onwetendheid is gepleegd, de boete niet in verhouding staat tot de aard en de ernst van de overtreding, dat de doelstellingen van de Wav niet zijn geschonden en dat inmiddels een tewerkstellingsvergunning is afgegeven voor [vreemdeling 1]. Voorts voert zij aan dat zij door de opgelegde boete niet meer in staat is haar bedrijf voort te zetten en de boete hoogst waarschijnlijk het faillissement van [appellante] tot gevolg heeft.

7.1. 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 (zie onder meer de uitspraak 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.

7.2. In situaties waarin verwijtbaarheid volledig ontbreekt, wordt van boeteoplegging afgezien. Hiertoe dient de werkgever aannemelijk te maken dat al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was is gedaan om de overtreding te voorkomen. Een verminderde mate van verwijtbaarheid kan aanleiding geven de boete te matigen.

7.3. Het beroep van [appellante] op het ontbreken van verwijtbaarheid biedt geen grond voor het oordeel dat de boete dient te worden gematigd. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 19 mei 2010 in zaak nr. 200908721/1/V6) is het de eigen verantwoordelijkheid van een werkgever in de zin van de Wav om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of aan de voorschriften van die wet wordt voldaan. Uit het

boeterapport en de daarbij gevoegde verklaringen blijkt dat [appellante] heeft verzuimd de door [vreemdeling 1] getoonde brief van het Centraal Orgaan opvang asielzoekers (COa), waaruit volgt dat zij voor [vreemdeling 1] een tewerkstellingsvergunning nodig had, goed te lezen. Voorts heeft zij voordat zij [vreemdeling 2] te werk stelde niet gecontroleerd of [vreemdeling 2] gerechtigd was in Nederland zonder tewerkstellingsvergunning te werken. Gelet hierop komt de omstandigheid dat [appellante] niet op de hoogte was van de tewerkstellingsvergunningplicht voor [vreemdeling 1] en [vreemdeling 2], voor haar rekening. Bij gebreke van kennis op dit punt, had het op de weg van [appellante] gelegen om zich daaromtrent vooraf te informeren.

Hetgeen [appellante] aanvoert over de tewerkstellingsvergunning voor [vreemdeling 1] en de korte duur van de werkzaamheden, doet niet af aan de ernst van de overtreding en kan niet tot matiging van de opgelegde boete leiden, mede gelet op hetgeen is overwogen onder 4.1. Uit de bij het boeterapport gevoegde verklaring van [vreemdeling 2] blijkt dat hij voor de door hem verrichte werkzaamheden € 6,00 per uur verdiende, zodat het betoog dat de doelstellingen van de Wav niet zijn geschonden evenmin doel treft. Gelet op de ernst van de overtreding heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat de opgelegde boete [appellante] niet onevenredig treft.

De door [appellante] aangevoerde omstandigheden kunnen derhalve op zichzelf noch in hun onderlinge samenhang bezien tot matiging van de opgelegde boete leiden. De rechtbank is terecht tot dit oordeel gekomen.

Het betoog faalt.

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

9. 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 10 april 2013

164-766.