

ECLI	ECLI:NL:RVS:2013:3001
Datum uitspraak	24 juli 2013
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 21 december 2011 heeft de minister [wederpartij] een boete opgelegd van € 8.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201211485/1/V6.

Datum uitspraak: 24 juli 2013

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank Breda van 25 oktober 2012 in zaak nr. 12/2143 in het geding tussen:

[wederpartij], gevestigd te [plaats]

en

de minister.

Procesverloop

Bij besluit van 21 december 2011 heeft de minister [wederpartij] een boete opgelegd van € 8.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 30 maart 2012 heeft minister het daartegen door [wederpartij] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 25 oktober 2012 heeft de rechtbank het daartegen door [wederpartij] ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 30 maart 2012 vernietigd, het besluit van 21 december 2011 herroepen in zoverre dat de boete wordt gematigd tot € 4.000,00, en bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de minister hoger beroep ingesteld.

[wederpartij] heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 16 mei 2013, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. W.F. Jacobson, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en [wederpartij], vertegenwoordigd door W.J.J. M. Widdershoven, bijgestaan door mr. B. Hoefnagels, werkzaam bij DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringsmaatschappij N.V., 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 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 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (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 de 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 Bijlage VI van 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 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 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 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 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 a, 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 2011 (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 Wet arbeid vreemdelingen' (hierna: de Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd.

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

Volgens artikel 9 van de door de minister toegepaste beleidsregels 2011 kan de ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wav opgelegde boete met 25%, 50% of 75% worden gematigd, afhankelijk van de aard en de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de evenredigheid.

2. Het door een inspecteur van de Arbeidsinspectie (thans: de inspectie SZW) op ambtseer opgemaakte boeterapport van 16 november 2011 houdt in dat uit een uitgevoerd administratief onderzoek is gebleken dat in (gedeelten van) de periode van 25 oktober 2010 tot en met 6 februari 2011 een vreemdeling van Bulgaarse nationaliteit (hierna: de vreemdeling) voor [wederpartij], in een schoolgebouw dat zij beheert, arbeid heeft verricht, bestaande uit werkzaamheden als elektromonteur, terwijl daarvoor geen tewerkstellingsvergunning was afgegeven. Voor die werkzaamheden heeft [wederpartij] een aannemingsovereenkomst gesloten met [bedrijf A]. Deze heeft de werkzaamheden uitbesteed aan [bedrijf B], die deze vervolgens heeft uitbesteed aan [bedrijf C] heeft de vreemdeling op de werkzaamheden ingezet.

3. De minister betoogt dat de rechtbank de aan [wederpartij] opgelegde boete ten onrechte heeft gematigd. Volgens hem heeft de rechtbank in dit verband ten onrechte overwogen dat Security een directe (arbeids)relatie met de vreemdeling had en daarom de grootste verantwoordelijkheid had om te controleren of de werkzaamheden zonder tewerkstellingsvergunning mochten worden verricht, dat zich tussen Security en [wederpartij] twee andere schakels bevonden, te weten [bedrijf B] en [bedrijf A], die veel meer reden hadden dan [wederpartij] om de documenten van de vreemdeling nauwgezet te controleren, en dat de werkzaamheden verder niet tot de kernactiviteiten van [wederpartij] behoorden. De minister voert aan dat het de eigen verantwoordelijkheid van [wederpartij] was om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of de voorschriften van de Wav werden nageleefd, dat de verantwoordelijkheid van [wederpartij] gelijk was aan die van de andere werkgevers in de keten en dat de omstandigheid dat de werkzaamheden niet behoorden tot de kernactiviteiten van [wederpartij], verder niet afdoet aan die verantwoordelijkheid.

3.1. Het gaat bij het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav om de aanwending van een discretionaire bevoegdheid van de minister. De minister moet bij de aanwending van deze bevoegdheid, zoals thans neergelegd in artikel 5:46 van de Algemene wet bestuursrecht, het bepalen van 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 beboetbare feiten 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.

3.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in de 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. De rechtbank heeft bij de door haar toegepaste matiging ten onrechte van belang geacht dat [wederpartij] ter zake van de tewerkstelling van de vreemdeling een andere plek in de keten innam dan Security, [bedrijf B] en [bedrijf A] en derhalve verder verwijderd was van die tewerkstelling en dat de werkzaamheden niet behoorden tot de kernactiviteiten van [wederpartij]. Die omstandigheden doen op zichzelf immers niet af aan de vorenbedoelde vergewisplicht van [wederpartij]. In zoverre is het betoog van de minister terecht voorgedragen. Dit leidt echter, gelet op het volgende, niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak.

Ter zake van de onder 2 vermelde werkzaamheden hebben [wederpartij] en [bedrijf A] op 21 juli 2010 een overeenkomst van aanneming gesloten. Daarin is onder 7, op verzoek van [wederpartij], opgenomen dat [bedrijf A] de aan haar opgedragen werkzaamheden, behoudens schriftelijke toestemming van [wederpartij], niet aan derden mag uitbesteden. Onbestreden is echter dat [bedrijf A], zonder schriftelijke toestemming van [wederpartij] te hebben gevraagd en verkregen, de aan haar opgedragen werkzaamheden aan [bedrijf B] heeft uitbesteed, die deze vervolgens weer heeft uitbesteed. Onbestreden is verder dat [wederpartij], zoals ter zitting door haar is toegelicht, eerder werkzaamheden aan [bedrijf A] heeft opgedragen en zij toen goede ervaringen met dit bedrijf heeft opgedaan en dat [wederpartij], alvorens zij [bedrijf A] voor de onder 2 vermelde werkzaamheden heeft ingeschakeld, referenties over [bedrijf A] bij andere schoolbesturen heeft ingewonnen. De Afdeling ziet gelet op dit samenstel van feiten en omstandigheden grond voor het oordeel dat de overtreding [wederpartij] in verminderde mate kan worden verweten, zodat de aan haar opgelegde boete met 50%, tot een bedrag van € 4.000,00, moet worden gematigd. De rechtbank is terecht, zij het niet op geheel juiste gronden, tot hetzelfde oordeel gekomen.

4. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient, met verbetering van de

gronden waarop deze rust, te worden bevestigd.

5. De minister dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. bevestigt de aangevallen uitspraak;

II. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [wederpartij] in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 944,00 (zegge: negenhonderdvierenveertig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

III. bepaalt dat van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid griffierecht ten bedrage van € 466,00 (zegge: vierhonderdzesenzestig euro) wordt geheven.

Aldus vastgesteld door mr. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. A.B.M. Hent en mr. J.J. van Eck, leden, in tegenwoordigheid van mr. F.S.N. Nasrullah-Oemar, ambtenaar van staat.

w.g. Parkins-de Vin w.g. Nasrullah-Oemar
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 24 juli 2013

404.