

ECLI	ECLI:NL:RVS:2013:799
Datum uitspraak	21 augustus 2013
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 2 december 2010 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 56.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201205513/1/V6.

Datum uitspraak: 21 augustus 2013

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 19 april 2012 in zaak nr. 11/2831 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 2 december 2010 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 56.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 15 juli 2011 heeft de minister het door [appellante] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 19 april 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 27 november 2012, waar [appellante], vertegenwoordigd door [gemachtigde], bijgestaan door mr. G.A. van Gorcom, advocaat te

Veenendaal, en de minister, vertegenwoordigd door mr. M. Znabet, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Na sluiting van het onderzoek ter zitting heeft de Afdeling met toepassing van artikel 8:68, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) het onderzoek heropend en de minister om nadere schriftelijke inlichtingen gevraagd. Bij brief van 17 april 2013 heeft de minister hierop gereageerd. Daartoe in de gelegenheid gesteld, heeft [appellante] bij brief van 17 mei 2013 een reactie ingediend. Bij brief van 18 juni 2013 heeft de minister zich over die reactie uitgelaten.

Met toestemming van partijen is een nadere zitting achterwege gelaten, waarna de Afdeling het onderzoek heeft gesloten.

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 (PB 2005 L 157): 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 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 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 gebruikgemaakt 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 overgangperiode 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, 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 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, op € 8.000,00 per persoon per beboetbaar feit gesteld.

2. Het door inspecteurs van de Arbeidsinspectie (thans: de Inspectie SZW) op ambtseed onderscheidenlijk ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 7 oktober 2010 houdt in dat uit administratieve onderzoeken bij [bedrijf] en [appellante] naar voren is gekomen dat zeven vreemdelingen, van Bulgaarse nationaliteit, op 10, 14-17 en 20-24 april, 22-25 en 29-30 juni en 1 juli 2009 werkzaamheden hebben verricht, bestaande uit isolatie-, wapenings- en transportwerkzaamheden, terwijl daarvoor geen tewerkstellingsvergunningen zijn verleend. Verder houdt het boeterapport in dat de vreemdelingen arbeid hebben verricht in het kader van uitbesteding en aanneming van werk en dat [bedrijf] de vreemdelingen heeft ingezet op werkzaamheden die zij heeft aangenomen van [appellante].

3. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte geen grond aanwezig heeft geacht voor het oordeel dat het onderzoek van de minister onzorgvuldig is geweest. Hiertoe voert [appellante] aan dat niet slechts aan de hand van de verklaringen van [de vreemdelingen] en van [vertegenwoordiger] van [bedrijf], kan worden geconcludeerd dat alle vreemdelingen ten dienste van haar arbeid hebben verricht en in de van belang zijnde periode niet als zelfstandige werkzaam zijn geweest. In dat verband wijst [appellante] er voorts op dat het onderzoek was gericht op [bedrijf] en om die reden niet concreet is onderzocht of [appellante] de Wav heeft overtreden.

3.1. In punt 31 van 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 het volgende overwogen:

"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)."

3.2. Voor beantwoording van de vraag of de vreemdelingen de werkzaamheden als zelfstandige hebben verricht, is bepalend of de activiteiten zonder gezagsverhouding zijn uitgeoefend, waarbij de vraag of de werkzaamheden onder eigen verantwoordelijkheid zijn uitgeoefend een rol speelt en voorts de feitelijke situatie van belang is.

3.3. Uit de bij het boeterapport gevoegde, op naam van [appellante] gestelde mandagenstaten blijkt dat de vreemdelingen in de door de inspecteurs onderzochte periode voor [appellante] werkzaamheden hebben verricht op projecten in Culemborg, Hellevoetsluis, Breda, Middelburg en Zevenbergen. Gelet hierop is de rechtbank terecht tot de conclusie gekomen dat de vreemdelingen ten dienste van [appellante] arbeid hebben verricht. Verder heeft de rechtbank haar oordeel dat de in het boeterapport geschetste feiten en omstandigheden voldoende aanknopingspunten bieden voor het oordeel dat alle vreemdelingen de werkzaamheden als werknemer en onder gezag van [bedrijf] hebben verricht, weliswaar slechts doen steunen op de verklaringen van [de vreemdelingen] en [vertegenwoordiger]. Echter, de rechtbank heeft daarbij toegelicht dat aan de hand van die verklaringen kan worden vastgesteld op welke wijze er door de vreemdelingen werd gewerkt. Daarbij heeft zij erop gewezen dat uit die verklaringen blijkt dat [vertegenwoordiger] als voorman optrad, toezicht hield op het werk van de vreemdelingen en bepaalde wanneer welk werk gedaan moest worden en daarnaast ook de werktijden bepaalde. Verder blijkt daaruit dat de vreemdelingen, als dat zo uitkwam, in ploegen samenwerkten met de eigen werknemers van [bedrijf], dat wijziging van de opdracht de aan de vreemdelingen verschuldigde vergoeding niet beïnvloedde en dat de vreemdelingen kleding van [bedrijf] droegen en, eventueel samen met de eigen werknemers van [bedrijf], met bedrijfswagens van [bedrijf] naar de bouwplaats reisden, aldus de rechtbank. Aangezien [appellante] voormelde omstandigheden niet bestrijdt, bestaat geen grond voor het oordeel dat het onderzoek van de minister onzorgvuldig is geweest en dient ervan te worden uitgegaan dat de vreemdelingen in de van belang zijnde periode niet als zelfstandige hebben gewerkt.

Het betoog faalt.

4. Voorts betoogt [appellante] dat de rechtbank ten onrechte geen aanleiding heeft gezien om de boete te matigen. Daarbij wijst [appellante] erop dat zij op basis van de door [bedrijf] en de vreemdelingen verschaft informatie er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat laatstgenoemden de werkzaamheden als zelfstandige zouden gaan verrichten.

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 discretionaire bevoegdheid van de minister. De minister moet bij de aanwending van deze bevoegdheid, ingevolge artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, 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 (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. Dat [appellante] op basis van de door [bedrijf] en de vreemdelingen verschaft informatie erop heeft vertrouwd dat laatstgenoemden de werkzaamheden als zelfstandige zouden gaan verrichten, betekent niet dat de onderhavige overtreding [appellante] niet dan wel in verminderde mate kan worden verweten. Immers, 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. Aangezien [appellante] niet aannemelijk heeft gemaakt dat het voor haar onmogelijk was om bij aanvang van de werkzaamheden te controleren of de vreemdelingen de werkzaamheden als zelfstandige zouden gaan verrichten, komt het voor haar rekening en risico dat zij geen tewerkstellingsvergunningen heeft aangevraagd en om die reden is beboet.

Het betoog faalt.

5. Ten slotte betoogt [appellante] dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat zij haar betoog dat de minister in strijd heeft gehandeld met het verbod van willekeur dan wel het gelijkheidsbeginsel niet heeft toegelicht.

5.1. In het besluit van 15 juli 2011 heeft de minister in dit verband het standpunt ingenomen dat hij - naast [bedrijf] zelf - ook bij vier andere opdrachtgevers dan wel inleners van [bedrijf] heeft geconstateerd dat zij artikel 2, eerste lid, van de Wav hebben overtreden en hen daarvoor heeft beboet.

5.2. [appellante] heeft in haar aanvullende beroepschrift van 19 september 2011 dienaangaande betoogd dat de klacht niet de andere directe opdrachtgevers van [bedrijf] betreft, maar dat de minister de eigen opdrachtgevers van [appellante], de [4 hoofdaannemers], ten onrechte niet heeft beboet. Gelet hierop heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat [appellante] haar betoog dat de minister in strijd heeft gehandeld met het verbod van willekeur dan wel het gelijkheidsbeginsel niet heeft toegelicht. Echter, dat leidt, gelet op hetgeen hierna onder 5.3 tot en met 5.5 wordt overwogen, niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak.

5.3. Naar aanleiding van de vraag van de Afdeling om inzicht te verschaffen in de redenen waarom aan voornoemde hoofdaannemers geen boete is opgelegd, heeft de minister in de brieven van 17 april en 18 juni 2013 uiteengezet dat de Inspectie SZW bij het onderzoek in deze zaak heeft gehandeld overeenkomstig het "Projectplan Inspectie naleving Wet arbeid vreemdelingen en Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag Intermediairs 2009". De doelstelling van dit project was het tegengaan van illegale tewerkstelling door intermediairs en de doelgroep bestond uit bedrijven die personeel uitzonden in een keten, zoals uitzendbureaus, uitleenbedrijven en handmatige loonbedrijven. Omdat de inspectiecapaciteit schaars en duur is, moest deze zo effectief mogelijk worden aangewend, reden waarom de Inspectie SZW een afbakening in dit onderzoek heeft aangebracht. In dit kader achtte de Inspectie SZW het niet noodzakelijk om alle inleners van uitzendbureaus te controleren, maar volstonen zij met het controleren van een beperkt aantal inleners om daarmee aan te tonen dat het uitgeleende personeel ook daadwerkelijk elders had gewerkt. Daarom heeft de Inspectie SZW in deze zaak, dat onder voormeld project viel, slechts onderzoek verricht naar de uitlener, [bedrijf], en de directe inleners - eerstvolgend in de keten -, onder wie [appellante]. Dit bracht met zich dat de Inspectie SZW destijds bij voornoemde hoofdaannemers geen onderzoek in het kader van de Wav heeft ingesteld. Voorts heeft de

minister in reactie op het betoog van [appellante] in de brief van 17 mei 2013 dat de minister in de zaak [...] de daarbij betrokken hoofdaannemers wel heeft beboet, opgemerkt dat de zaak [...] betrekking had op vier vreemdelingen die door een uitzendbureau als schoonmaker waren tewerkgesteld bij diverse werkgevers - in totaal 54 -, onder wie [...]. Het onderzoek in de zaak [...] werd verricht door het Schoonmaak Interventieteam Noord-Holland dat daarbij handelde overeenkomstig het "Projectplan Interventieteam Schoonmaak Noord-Holland 2010-2011". Dit projectplan had een geheel andere opzet en andere doeleinden dan het "Projectplan Inspectie naleving Wet arbeid vreemdelingen en Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag Intermediairs 2009". Mede door de participatie van andere overheidsorganen, zoals de Belastingdienst, het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen en gemeenten en de door hen beschikbaar gestelde onderzoekscapaciteit waren er bij de uitvoering van het "Projectplan Interventieteam Schoonmaak Noord-Holland 2010-2011" bij de Inspectie SZW geen capaciteitsproblemen. In de gevallen die onder laatstgenoemd project vallen heeft de Inspectie SZW dan ook jegens alle werkgevers een boeterapport opgemaakt.

5.4. Indien bij een overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav meerdere werkgevers binnen één keten zijn betrokken, betekent het enkele feit dat de minister aan één van die werkgevers geen boete oplegt, niet dat hij de andere werkgevers daarom niet zou mogen beboeten. De minister is immers bevoegd - en onder omstandigheden verplicht - om in individuele gevallen van boeteoplegging af te zien, ook al heeft de Inspectie SZW een dergelijke overtreding geconstateerd. Om de consistentie bij de uitoefening van die bevoegdheid te bewaken en derhalve te bewerkstelligen dat hij niet handelt in strijd met het verbod van willekeur moet de minister evenwel in dit soort gevallen inzichtelijk maken hoe en waarom hij van die bevoegdheid in het voorliggende geval heeft gebruikgemaakt.

5.5. De hiervoor onder 5.3 weergegeven toelichting in aanmerking genomen, waarmee de minister deugdelijk heeft gemotiveerd dat de Inspectie SZW in het kader van het "Projectplan Inspectie naleving Wet arbeid vreemdelingen en Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag Intermediairs 2009" de beleidsmatige keuze heeft gemaakt om het onderzoek in het kader van overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav te beperken tot de uitlener - in dit geval [bedrijf] - en diens directe inleners - onder wie in dit geval [appellante] -, bestaat geen grond voor het oordeel dat de minister in strijd heeft gehandeld met het verbod van willekeur door aan de in 5.2 genoemde hoofdaannemers geen boete op te leggen. Voorts heeft de minister deugdelijk gemotiveerd dat de Inspectie SZW in de door [appellante] genoemde zaak [...] overeenkomstig het "Projectplan Interventieteam Schoonmaak Noord-Holland 2010-2011" heeft gehandeld en dat dit projectplan een andere opzet en andere doeleinden had dan eerdergenoemd projectplan, zodat [appellante] hierop tevergeefs een beroep doet.

6. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient, met verbetering van de gronden waarop deze rust, te worden bevestigd.

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. H.G. Lubberdink, voorzitter, en mr. C.J. Borman en mr. N. Verheij, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.J. de Heer, ambtenaar van staat.

w.g. Lubberdink w.g. De Heer
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 21 augustus 2013

636.