

ECLI	ECLI:NL:RVS:2014:242
Datum uitspraak	29 januari 2014
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 23 februari 2012 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 24.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201306003/1/V6.

Datum uitspraak: 29 januari 2014

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht, van 21 mei 2013 in zaak nr. 13/298 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 23 februari 2012 heeft de minister [appellante] een boete opgelegd van € 24.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 29 november 2012 heeft de minister het daartegen door [appellante] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 21 mei 2013 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.

[appellante] heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 26 november 2013, waar [appellante], vertegenwoordigd door [directeur], bijgestaan door mr. G.A. van Gorcom, advocaat te

Veenendaal, en de minister, vertegenwoordigd door mr. P.E. Farahani, 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 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) van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten 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.

Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge voormelde Bijlage VI het recht op het vrij verkeer van werknemers zoals neergelegd in artikel 45 van het VWEU, tijdelijk te beperken en 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, 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.

2. Het door een inspecteur van de Arbeidsinspectie (thans: de Inspectie SZW) op ambtseid opgemaakte boeterapport van 12 september 2011 houdt in dat inspecteurs van het Schoonmaak Interventieteam Noord-Holland, een interventieteam waarin de Arbeidsinspectie en de Belastingdienst samen participeerden, op 24 januari 2011 een onderzoek bij [bedrijf A] te Amsterdam in de administratie van [schoonmaakbedrijf], gevestigd te [plaats], hebben verricht. Vervolgens hebben de inspecteurs op 1 februari 2011 administratieve onderzoeken bij [bedrijf B], gevestigd te [plaats], verricht en op 3 februari 2011 bij [bedrijf C], gevestigd te [plaats]. Het onderzoek had betrekking op de periode vanaf week 18 tot en met week 51 van het jaar 2010. Uit dit onderzoek is gebleken dat [vreemdeling A], [vreemdeling B] en [vreemdeling C] (hierna tezamen: de vreemdelingen), allen van Bulgaarse nationaliteit, in die periode in dienst van [bedrijf C] via [bedrijf B] ten behoeve van [appellante] schoonmaak- en opruimwerkzaamheden verrichtten, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen waren verleend. Het boeterapport houdt voorts in dat [bedrijf C] als uitlener, [bedrijf B] als doorlener

en [appellante] als inlener dienen te worden aangemerkt. Verder houdt het boeterapport in dat uit de feiten en omstandigheden is gebleken dat de vreemdelingen hun werkzaamheden niet als zelfstandigen, maar structureel in loondienst hebben verricht.

3. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de vreemdelingen hun werkzaamheden niet als zelfstandigen hebben verricht. Zij stelt dat zij er vanuit mocht gaan dat de vreemdelingen als zelfstandigen werkten, omdat zij geen bemoeienis met de uitvoering van de werkzaamheden van de vreemdelingen had en zij over VAR-verklaringen, identiteitsbewijzen en uittreksels uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel beschikten en omdat zij de werkzaamheden tegen een marktconforme prijs aan [bedrijf B] had uitbesteed.

[appellante] betoogt verder dat de rechtbank niet heeft onderkend dat, aangezien de verklaring van [vreemdeling B] niet in haar geheel bij de beoordeling is betrokken, de minister niet in zijn bewijslast is geslaagd dat sprake is van werkgeverschap in de zin van de Wav. [appellante] stelt dat is komen vast te staan dat [vreemdeling B] als zelfstandige heeft gewerkt, nu hij, gezien zijn verklaring, kennelijk een tweemaal hoger uurloon dan de overige medewerkers ontving, hij voor verscheidene opdrachtgevers werkte, hij zijn eigen uren bijhield, hij al verscheidene jaren als zelfstandige werkzaam was en dat hij over eigen gereedschap en een btw-nummer beschikte. De omstandigheden dat [vreemdeling B] zich aan de openingstijden van de bouwplaats moest houden en zijn werkzaamheden op enkele punten door de opdrachtgever werden gecoördineerd, doen hieraan niet af, omdat dit de gebruikelijke werkwijze in deze branche is, aldus [appellante].

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 zelfstandigen 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. Blijkens de bij het boeterapport gevoegde verklaringen van de vreemdelingen hebben zij ten overstaan van een inspecteur verklaard dat zij geen overeenkomst of contract met [bedrijf C] hadden gesloten, zij meestal door [bedrijf C] dan wel [bedrijf B] naar de werklocatie werden gebracht, dat zij niet hun eigen werkdagen en werktijden bepaalden, dat zij op dezelfde tijden werkten als het overige personeel en met hen samenwerkten, dat zij op de werkplek te horen kregen welke werkzaamheden zij moesten verrichten, dat de uitvoerder toezicht hield op hun werkzaamheden en dat [bedrijf C] voor hen het werk bij [appellante] had geregeld. [vreemdeling A] en [vreemdeling C] hebben verklaard dat zij voor hun werk en inkomen volledig afhankelijk waren van [bedrijf C], dat [bedrijf C] in het jaar 2010 hun enige opdrachtgever was en dat zij maar 60% van het overeengekomen loon van € 12,00 van [bedrijf C] ontvingen, omdat zij niet over geldige VAR-verklaringen beschikten.

Voorts heeft [vreemdeling A] verklaard dat hij en [bedrijf C] zijn gewerkte uren bijhielden,

[bedrijf C] zijn uren altijd naar beneden afrondde, hij met gereedschap van [bedrijf C] werkte en kleding droeg met het logo van [bedrijf B] en dat hij de gereedschappen en machines van het bouwbedrijf dat bij [appellante] werkte gebruikte.

[vreemdeling B] heeft verklaard dat hij wist dat hij met zijn VAR-verklaring bijna nergens kon werken, hij in het jaar 2010 vier opdrachtgevers heeft gehad, hij diverse eigen gereedschappen had, maar daarvan geen aankoopbonnen heeft bewaard voor zijn administratie, hij € 14,00 per uur verdiende, het gereedschap dat hij gebruikte van [bedrijf C] kwam, dat de uitvoerder soms aan hem vroeg of hij langer wilde blijven om een klus af te maken, hetgeen hij ter beslissing eerst aan [bedrijf C] moest voorleggen, dat hij een T-shirt droeg met het logo van [bedrijf C], de uitvoerder de gewerkte uren bijhield en aan [bedrijf C] doorgaf en dat onenigheid over de gewerkte uren altijd in zijn nadeel resulteerde.

[vreemdeling C] heeft verklaard dat hij wist dat hij met zijn VAR-verklaring niet mocht werken, hij van tevoren nooit wist hoeveel uur hij op een dag zou gaan werken, een werknemer van [bedrijf B] continu toezicht hield op zijn werkzaamheden en controleerde of hij zijn werk goed deed en dat hij zijn gewerkte uren aan [bedrijf C] doorgaf en [bedrijf C] vervolgens de urenlijst opmaakte.

3.4. Gelet op hetgeen hiervoor onder 3.3. is uiteengezet heeft de rechtbank terecht overwogen dat [appellante] werkgever in de zin van de Wav is, nu geen sprake is van arbeid zonder enige gezagsverhouding, noch van diensten die onder eigen verantwoordelijkheid worden verricht, zodat de vreemdelingen in dit geval feitelijk niet als zelfstandigen kunnen worden aangemerkt. Derhalve slaagt het betoog dat de minister niet in zijn bewijslast is geslaagd evenmin. Dat [vreemdeling B] verscheidene opdrachtgevers zou hebben en verscheidene jaren als zelfstandige zou hebben gewerkt maakt niet dat hij reeds daarom als zelfstandige voor deze werkzaamheden dient te worden aangemerkt en leidt, gelet op voormelde verklaring van [vreemdeling B] over de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden, niet tot een ander oordeel. Dat de vreemdelingen over de hiervoor onder 3. vermelde documenten beschikten en [vreemdeling B] een btw-nummer was toegekend, leidt evenmin tot een ander oordeel, aangezien deze documenten geen uitsluitel bieden of de vreemdelingen hun werkzaamheden feitelijk als zelfstandigen hebben verricht.

Het betoog faalt.

4. [appellante] betoogt voorts dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de opgelegde boete niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel dan wel in strijd met het verbod van willekeur is opgelegd. Zij stelt dat de minister ten onrechte niet heeft gemotiveerd waarom hij in dit geval aan alle werkgevers in de keten een boete heeft opgelegd, terwijl uit de uitspraken van de Afdeling van 21 augustus 2013 in zaak nr. [201205513/1/V6](#) en zaak nr. [201207318/1/V6](#) volgt dat de minister in andere gevallen niet alle werkgevers in de desbetreffende keten heeft beboet.

4.1. Ingevolge artikel 1, aanhef en onderdeel b, onder 1°, van de Wav kunnen verschillende (rechts)personen dezelfde vreemdeling dezelfde arbeid laten verrichten en derhalve als werkgever worden aangemerkt. Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wav, kan de minister aan ieder van de werkgevers, indien niet over een geldige tewerkstellingsvergunning wordt beschikt, een boete opleggen.

4.2. In voormelde uitspraken van 21 augustus 2013 heeft de Afdeling in onderscheidenlijk overweging 5.4 en 5.1 het volgende overwogen:

"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 in het kader van de Wav 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 inzichtelijk maken hoe en waarom hij van die bevoegdheid in het voorliggende geval heeft gebruikgemaakt."

4.3. Dat de minister in de door [appellante] genoemde gevallen op grond van de door hem daartoe nader aangegeven omstandigheden niet alle werkgevers in de desbetreffende ketens heeft beboet, betekent niet dat de minister door in dit geval, waarin die omstandigheden zich niet voordoen, wel alle werkgevers te beboeten, willekeurig dan wel in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld.

Het betoog faalt.

5. [appellante] betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de opgelegde boete niet voor matiging in aanmerking komt. Zij stelt dat de overtreding haar niet te verwijten valt, omdat [bedrijf B] zou controleren op naleving van de Wav en dat ten tijde van de door de vreemdelingen verrichte werkzaamheden niemand van [appellante] aanwezig was. Voorts betoogt [appellante] dat de rechtbank heeft miskend dat de opgelegde boete onevenredig is, omdat zij voor de aan de andere werkgevers opgelegde boetes civielrechtelijk aansprakelijk is gesteld en dat het voor haar onmogelijk is de schade bij [bedrijf B] te verhalen, aangezien [bedrijf B] inmiddels failliet is. Tot slot heeft [appellante], ter onderbouwing van haar stelling dat de boete dient te worden gematigd, ter zitting bij de Afdeling gesteld dat haar onderneming in een slechte financiële situatie verkeert, hetgeen zij met financiële stukken van haar onderneming over het jaar 2012 heeft gestaafd.

5.1. De minister heeft zich ter zitting bij de Afdeling op het standpunt gesteld dat de door [appellante] per brief van 15 november 2013 overgelegde financiële stukken niet bij de beoordeling van het hoger beroep kunnen worden betrokken omdat [appellante] zich niet eerder op haar slechte financiële situatie heeft beroepen. Voorts zijn de stukken na aanvang van de termijn bedoeld in artikel 8:58, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) ingediend, zodat deze ook daarom niet bij de beoordeling kunnen worden betrokken, aldus de minister.

5.2. Dat [appellante] zich niet eerder op haar slechte financiële situatie heeft beroepen, geeft geen aanleiding de financiële stukken om die reden buiten beschouwing te laten. Daartoe overweegt de Afdeling dat het besluit van 23 februari 2012 een punitieve sanctie is en de financiële stukken zijn overgelegd ter staving van de stelling dat de opgelegde boete onevenredig hoog is. Voorts zijn die stukken, nu deze op 15 november 2013 door de Afdeling zijn ontvangen, vóór aanvang van de in artikel 8:58, eerste lid, van de Awb gestelde termijn, ingediend, zodat dat onderdeel van de stelling van de minister op een onjuiste feitelijke grondslag berust.

De Afdeling zal de door [appellante] in hoger beroep overgelegde nadere stukken bij de beoordeling daarvan betrekken.

5.3. 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, 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 (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.

5.4. In situaties waarin sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid wordt van boeteoplegging afgezien. Hiertoe dient de werkgever aannemelijk te maken dat hij al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtreding te voorkomen. Een verminderde mate van verwijtbaarheid kan aanleiding geven de opgelegde boete te matigen.

5.5. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 3 oktober 2007 in zaak nr. 200701639/1) is het de eigen verantwoordelijkheid van een werkgever in de zin van de Wav om bij aanvang van de arbeid na te gaan of aan de voorschriften van de wet wordt voldaan. Reeds hierom leiden de omstandigheden dat [appellante] erop heeft vertrouwd dat [bedrijf B] zou controleren dat de Wav niet werd overtreden en dat zij, naar gesteld, geen bemoeienis met de uitvoering van de werkzaamheden heeft gehad, niet tot het oordeel dat sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid dan wel een verminderde mate daarvan. Voorts heeft [appellante] niet gesteld dat zij maatregelen heeft getroffen om overtreding van de Wav te voorkomen, zodat ook in zoverre geen sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid dan wel een verminderde mate daarvan. De door [appellante] gestelde omstandigheid dat de overige werkgevers in de keten de hun opgelegde boetes op haar hebben verhaald noopt evenmin tot matiging van de aan [appellante] opgelegde boete. De gevolgen van het doorbelasten van boetes naar [appellante] komen voor haar eigen rekening en risico, aangezien die doorbelasting voortvloeit uit door haar met deze werkgevers gemaakte contractuele afspraken, dan wel het gevolg is van het nalaten van het maken daarvan. Hetzelfde geldt voor het faillissement van [bedrijf B], omdat een dergelijke omstandigheid valt binnen het normale ondernemersrisico. De rechtbank heeft derhalve terecht geen aanleiding gezien de boete te matigen.

Het betoog dat [appellante] onevenredig door de opgelegde boete wordt getroffen, slaagt evenmin. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat uit de conceptjaarstukken weliswaar volgt dat de bedrijfsresultaten over het jaar 2012 negatief zijn, maar dat [appellante] ter zitting bij de Afdeling heeft toegelicht dat zij nog opdrachten heeft lopen en dat niet vast staat dat de continuïteit van de onderneming gevaar loopt, zodat in dit geval geen aanleiding bestaat voor matiging op grond van de financiële omstandigheden.

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:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. R. van der Spoel, voorzitter, en mr. A.B.M. Hent en mr. E. Steendijk, leden, in tegenwoordigheid van mr. C.M. Woestenburg-Bertels, ambtenaar van staat.

w.g. Van der Spoel w.g. Woestenburg-Bertels
voorzitter ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 29 januari 2014

501-766.