

# ECLI:NL:RVS:2008:BG4081

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Raad van State                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Datum uitspraak      | 12-11-2008                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Datum publicatie     | 12-11-2008                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Zaaknummer           | 200800109/1                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| Rechtsgebieden       | Bestuursrecht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Inhoudsindicatie     | Bij besluit van 28 maart 2006 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de staatssecretaris) [appellante] een boete opgelegd van 24.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, en een boete van 4.500,00 wegens overtreding van artikel 15, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav). |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>ABkort 2008/466                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |

## Uitspraak

200800109/1.

Datum uitspraak: 12 november 2008

### AFDELING

### BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats] (Duitsland),

tegen de uitspraak in zaak nr. 06/8544 van de rechtbank 's-Gravenhage van 27 november 2007 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

#### 1. Procesverloop

Bij besluit van 28 maart 2006 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de staatssecretaris) [appellante] een boete opgelegd van 24.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, en een boete van 4.500,00 wegens overtreding van artikel 15, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 15 september 2006 heeft de staatssecretaris het daartegen door [appellante] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 27 november 2007, verzonden op 29 november 2007, heeft de rechtbank 's-Gravenhage (hierna: de rechtbank) het daartegen door [appellante] ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 7 januari 2008, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 4 februari 2008. Deze brieven zijn aangehecht.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) heeft een verweerschrift ingediend.

[appellante] heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 24 juni 2008, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. P.H.F. Yspeert, advocaat te Groningen, vergezeld door bestuurder van [appellante], en de minister, vertegenwoordigd door mr. S. Eekhout, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

## 2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 1<sup>o</sup>, 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 15, eerste lid, draagt de werkgever die door een vreemdeling arbeid laat verrichten bij een andere werkgever er bij de aanvang van de arbeid door de vreemdeling er onverwijld zorg voor dat de werkgever bij wie de arbeid feitelijk wordt verricht een afschrift van het document, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder 1<sup>o</sup> tot en met 3<sup>o</sup> van de Wet op de identificatieplicht, van de vreemdeling ontvangt.

Ingevolge artikel 18 wordt het niet naleven van de artikelen 2, eerste lid, en 15, als een 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 het tweede lid gelden de ter zake van deze wet gestelde beboetbare feiten ten opzichte van elk persoon, met of ten aanzien van wie een beboetbaar feit is begaan.

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.

Volgens beleidsregel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav, zoals die ten tijde van belang luiden (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 deze beleidsregels is gevoegd.

Volgens beleidsregel 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, gesteld op 8.000,00 en voor overtreding van artikel 15, eerste lid, op 1.500,00 per persoon per beboetbaar feit.

Ingevolge artikel 39, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag) is het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap vrij.

Ingevolge artikel 49, eerste alinea, zijn in het kader van de volgende bepalingen de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap verboden ten aanzien van de onderdanen der Lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht.

Ingevolge artikel 50, laatste alinea, voor zover thans van belang, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in het land waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke dat land aan zijn eigen onderdanen oplegt.

Ingevolge Bijlage XII Lijst bedoeld in artikel 24 van de Toetredingsakte: Polen, onderdeel 2, punt 1, zijn 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 tussen, voor zover thans van belang, Polen en Nederland, artikel 39 en de eerste alinea van artikel 49 van het EG-Verdrag 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 Polen, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepassen om de toegang van Poolse onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen. Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge voormelde Bijlage XII het recht op het vrij verkeer van werknemers, zoals neergelegd in artikel 39 van het EG-Verdrag, tijdelijk te beperken en heeft door voortzetting van de overgangsperiode de vergunningplicht ingevolge de Wav tot 1 mei 2007 gehandhaafd (Kamerstukken II 2003/04, 29 407, nr. 1 e.v.). In Bijlage XII is tussen Polen en Nederland geen overgangsregeling getroffen voor het vrij verkeer van diensten.

2.2. Uit het op ambtsbelofte door inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 20 oktober 2005 (hierna: het boeterapport) blijkt dat drie vreemdelingen van Poolse nationaliteit (hierna: de vreemdelingen) op 20 juni 2005 voor [appellante] ijzervlechtwerkzaamheden verrichtten op de [bouwplaats] aan de [locatie] te [plaats] (hierna: de bouwplaats), zonder dat hiervoor tewerkstellingsvergunningen zijn afgegeven.

2.3. [appellante] klaagt dat de rechtbank, door te overwegen dat de staatssecretaris terecht de criteria uit het arrest het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het HvJ EG) van 20 november 2001 in zaak nr. C-268/99 (AB 2001, 413) heeft gehanteerd om te beoordelen of de werkzaamheden van de vreemdelingen door hen zijn uitgevoerd als zelfstandigen, heeft miskend dat de criteria in dit arrest zijn opgesteld in verband met de kwalificatie van het werk van een prostituee en dat deze criteria niet onverkort op de bouwsector kunnen worden toegepast. Voorts klaagt [appellante] dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de staatssecretaris zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de vreemdelingen de werkzaamheden op de bouwplaats niet in de zelfstandige uitoefening van een beroep of bedrijf verrichtten. Volgens [appellante] heeft de rechtbank niet onderkend dat een ijzervlechter geen eigen materiaal heeft en dat ijzervlechters per definitie samenwerken. Voorts konden de vreemdelingen niet aangeven wat zij per uur verdienden omdat de aanneemsom was gebaseerd op het aantal verwerkte kilo's ijzer, hetgeen er volgens [appellante] eveneens op duidt dat zij de werkzaamheden als zelfstandigen hebben uitgevoerd. Bovendien maakt de omstandigheid dat aan de vreemdelingen vervoer- en communicatiemiddelen ter beschikking zijn gesteld hen niet onzelfstandig. Ten slotte zal op een

bouwplaats altijd leiding en toezicht zijn, hetgeen niet afdoet aan de zelfstandigheid van de vreemdelingen, aldus [appellante].

2.3.1. Gelet op het verhandelde ter zitting op 24 juni 2008, alwaar [appellante] uitdrukkelijk heeft verklaard geen beroep te doen op de vrijheid van dienstverrichting bestaande uit grensoverschrijdende werkzaamheden van een onderneming uit een lidstaat die met eigen werknemers in een andere lidstaat arbeid verricht ter uitvoering van overeengekomen diensten, dient uitsluitend te worden onderzocht of de vreemdelingen de werkzaamheden hebben verricht als zelfstandigen.

2.3.2. Het HvJ EG heeft in het arrest van 15 december 2005 in de zaken nrs. C-151/04 en C-152/04 (Jur. 2005, p. I-11203) onder verwijzing naar het hiervoor genoemde arrest van 20 november 2001 in rechtsoverweging 31 overwogen:

"31. Aangezien het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding in de zin van artikel 39 EG-Verdrag 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 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)."

2.3.3. Gelet op deze rechtsoverweging is voor beantwoording van de vraag of de werkzaamheden op de bouwplaats door de vreemdelingen in de hoedanigheid van zelfstandigen zijn uitgevoerd, 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.

2.3.4. Volgens het boeterapport en de daarbij behorende verklaringen hebben de vreemdelingen zelf verklaard dat zij werkzaam waren voor [appellante] en dat zij geen specifiek stuk werk hadden waarvoor zij verantwoordelijk waren, maar alle werkzaamheden op de bouwplaats gezamenlijk verrichtten. De bij brief van 9 juni 2008 door [appellante] in geding gebrachte nadere verklaringen van de vreemdelingen dat zij niet hebben verklaard dat zij bij [appellante] in dienst waren, leggen onvoldoende gewicht in de schaal om niet van hun bij het boeterapport behorende verklaringen uit te gaan. Voorts blijkt uit de eerder afgelegde verklaringen van de vreemdelingen dat zij werkten onder leiding en toezicht van [onderaannemer] - volgens het boeterapport uitvoerder bij [naam bedrijf], onderaannemer van [appellante] - en dat deze zorgde voor alles wat de vreemdelingen voor de werkzaamheden nodig hadden, inclusief huisvesting, transport en een mobiele telefoon. Indien een van hen ziek werd, zorgde [onderaannemer] voor vervanging. De stelling dat de vreemdelingen meer opdrachtgevers dan alleen [appellante] hadden, is door [appellante] niet met gegevens en bescheiden gestaafd. Voorts heeft [appellante] ook geen facturen die betrekking hebben op de door de vreemdelingen verrichte werkzaamheden overgelegd. In het licht van de hiervoor vermelde feiten en omstandigheden is geen plaats voor het oordeel dat bij het verrichten van de hier aan de orde zijnde werkzaamheden geen gezagsverhouding heeft bestaan. De rechtbank is de staatssecretaris terecht gevolgd in zijn standpunt dat de vreemdelingen in dit geval niet als zelfstandigen arbeid verrichtten.

Het betoog faalt.

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

2.5. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

### 3. 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. M.G.J. Parkins-de Vin en mr. A.W.M. Bijloos, leden,

in tegenwoordigheid van mr. H.W. Groeneweg, ambtenaar van Staat.

w.g. Lubberdink w.g. Groeneweg  
voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 12 november 2008

32-523.