

ECLI:NL:RVS:2008:BG7195

Instantie	Raad van State
Datum uitspraak	17-12-2008
Datum publicatie	17-12-2008
Zaaknummer	200802964/1
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 5 juli 2006 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid [appellante] een boete van € 44.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, en artikel 15, eerste en tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

200802964/1.

Datum uitspraak: 17 december 2008

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats],

tegen de uitspraak in zaak nr. 07/6758 van de rechtbank 's-Gravenhage van 25 maart 2008 in het geding tussen:

[appellante], gevestigd te [plaats],

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 5 juli 2006 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid [appellante] een boete van € 44.000,00 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, en artikel 15, eerste en tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 1 augustus 2007 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) het daartegen door [appellante] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 25 maart 2008, verzonden op 28 maart 2008, 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 23 april 2008, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 23 mei 2008. Deze brieven zijn aangehecht.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

[appellante] heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 14 oktober 2008, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. T.D. van der Wal en mr. A. van Aalst, beiden werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, is verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 1, eerste lid, 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 het tweede lid is het verbod, bedoeld in het eerste lid, niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling ten aanzien van wie tevens een ander als werkgever optreedt, indien die ander beschikt over een voor de desbetreffende arbeid geldige 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 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° tot en met 3°, van de Wet op de identificatieplicht, van de vreemdeling ontvangt.

Ingevolge het tweede lid stelt de werkgever die het afschrift van het document, bedoeld in het eerste lid, ontvangt, de identiteit van de vreemdeling vast aan de hand van het genoemde document en neemt het afschrift op in de administratie.

Ingevolge artikel 18, eerste lid, wordt het niet naleven van de artikelen 2, eerste lid, en 15 als 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 terzake 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, voor zover thans van belang, 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.

Ingevolge het derde lid stelt de minister beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de beboetbare feiten worden vastgesteld.

Volgens artikel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2007 (hierna: de beleidsregels), zoals die ten tijde van belang luiden, wordt 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: Tarieflijst), die als bijlage bij de

beleidsregels is gevoegd.

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

2.2. Blijkens het op 1 mei 2006 op ambtsbelofte door een inspecteur van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport (hierna: het boeterapport), heeft de desbetreffende inspecteur, op basis van het op 30 december 2005 op ambtsbelofte door een hoofdagent en een agent van de politie Haaglanden opgemaakt proces-verbaal van bevindingen, vastgesteld dat vier vreemdelingen van Poolse nationaliteit (hierna: de vreemdelingen) op woensdag 28 december 2005 arbeid hebben verricht bestaande uit sloopwerkzaamheden.

Uit het boeterapport en het daarbij als bijlage behorende proces-verbaal waarin de redengevende feiten en omstandigheden zijn gerelateerd, blijkt dat [naam bedrijf], gevestigd te [plaats], opdracht had gekregen voor de sloopwerkzaamheden. [appellante] heeft daarop een deel van de werkzaamheden uitbesteed aan Komu B.V., gevestigd te Vlaardingen (hierna: Komu). Komu heeft de vreemdelingen ingezet om deze opdracht uit te voeren.

2.3. Ter zitting heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat de boete wegens overtreding van artikel 15, tweede lid, van de Wav ten onrechte is opgelegd en dat deze daarom niet langer wordt gehandhaafd.

Het hoger beroep van [appellante] is gegrond voor zover dat betrekking heeft op de boete die wegens overtreding van artikel 15, tweede lid, van de Wav is opgelegd. Hetgeen [appellante] dienaangaande heeft aangevoerd behoeft geen bespreking.

2.4. Het betoog van [appellante], dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de minister onzorgvuldig heeft gehandeld door de identiteit van de vreemdelingen niet behoorlijk vast te stellen en geen nader onderzoek te verrichten naar een eventuele dubbele nationaliteit van de vreemdelingen en eventuele andere verblijfsaanspraken op grond waarvan zij vrije toegang hadden tot de Nederlandse arbeidsmarkt, faalt. De rechtbank heeft terecht overwogen dat [appellante] voldoende gelegenheid is geboden om eventuele feitelijke onjuistheden betreffende de identiteit en nationaliteit van de vreemdelingen, waarvan niet is gebleken, te corrigeren. Reeds omdat [appellante] van die mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt, bestaat geen grond voor het oordeel dat de rechtbank aanleiding had moeten zien voor het oordeel dat de minister op deze punten onzorgvuldig heeft gehandeld.

2.5. [appellante] betoogt, onder verwijzing naar artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht, voorts tevergeefs dat de ter zake van de vergunningplicht opgelegde boete niet onverkort kan worden gehandhaafd, omdat het verbod om personen van Poolse nationaliteit arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning met ingang van 1 mei 2007 is komen te vervallen en Poolse werknemers sindsdien vrije toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt hebben.

Dat sinds voormelde datum voor het laten verrichten van arbeid in Nederland door Poolse werknemers geen tewerkstellingsvergunning meer is vereist, is gelegen in de omstandigheid dat het vereiste uit hoofde van het overgangsregime dat is neergelegd in Bijlage XII Lijst bedoeld in artikel 24 van de Toetredingsakte: Polen, slechts een tijdelijk karakter had, te weten van 1 mei 2004 tot 1 mei 2007, niet omdat het inzicht van de wetgever over de strafwaardigheid van de geconstateerde overtreding is gewijzigd.

2.6. Ook het betoog van [appellante], dat de rechtbank er ten onrechte van is uitgegaan dat het werkgeversbegrip van de Wav zo ruim is dat in een inleensituatie elke schakel in de keten van opdrachtgevers als werkgever kan worden aangemerkt, faalt.

Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 1 en 2 van de Wav (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, blz. 13) is diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever en is deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk voor en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding is daarbij niet relevant. Het feit dat in opdracht of ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht is voor het feitelijk werkgeverschap reeds voldoende (Kamerstukken II 1993/94 23 574, nr. 5, blz. 2).

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 11 juli 2007 in zaak nr. 200607474/1) is ook een opdrachtgever die via een tussenpersoon arbeid laat verrichten aan te merken als werkgever in de zin van de Wav. Dat [appellante], zoals zij betoogt, sloopwerkzaamheden aan Komu heeft uitbesteed, zij geen feitelijk werkgever is en zij geen wetenschap heeft gehad van de tewerkstelling van de vreemdelingen door Komu, leidt, zoals blijkt uit voormelde uitspraak, niet tot een ander oordeel. In de uitspraak van 11 juli 2007 in zaak nr. 200700303/1 heeft de Afdeling overwogen dat instemming met, respectievelijk wetenschap van de arbeid voor de kwalificatie als werkgever in de zin van de Wav niet is vereist; het enkel mogelijk maken van het verrichten van arbeid en het niet verhinderen daarvan, wordt ook aangemerkt als het laten verrichten van arbeid.

2.7. Het betoog van [appellante], dat de rechtbank bij de beoordeling van de verwijtbaarheid een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd, kan evenmin slagen.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 12 maart 2008 in zaak nr. 200704906/1) wordt in situaties waarin sprake is van het volledig ontbreken van verwijtbaarheid 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 beperkte mate van verwijtbaarheid kan aanleiding geven de opgelegde boete te matigen.

De rechtbank heeft overwogen dat de omstandigheid dat [appellante] niet op de hoogte was van het feit dat Komu bij de uitvoering van de overeenkomst gebruik maakte van buitenlandse arbeidskrachten, niet betekent dat [appellante] wat dat betreft geen verwijt kan worden gemaakt. Volgens de rechtbank lag het op de weg van [appellante] om een en ander te verifiëren en is voorts niet gesteld dat [appellante] ook maar enige maatregel heeft getroffen om tewerkstelling van buitenlandse werknemers zonder de vereiste vergunningen te voorkomen. Met deze overweging heeft de rechtbank geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting van voormeld toetsingskader.

2.8. [appellante] betoogt tot slot dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de opgelegde boete disproportioneel is. In dat verband betoogt [appellante] dat zij stukken heeft overgelegd ter adstructie van de door haar gestelde slechte financiële positie van haar onderneming. De rechtbank heeft ten aanzien daarvan ten onrechte overwogen dat uit de jaarrekening 2006 niet volgt dat de betaling van de boete voor haar zodanige negatieve gevolgen zal hebben dat het voortbestaan van de onderneming daardoor in gevaar komt, aldus [appellante].

2.8.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 11 juli 2007 in zaak nr. 200607461/1; www.raadvanstate.nl), is bij een besluit tot boeteoplegging het in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) neergelegde evenredigheidsbeginsel aan de orde. Als de toepassing van de beleidsregels voor een belanghebbende gevolgen heeft die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen, dan moet van deze beleidsregels worden afgeweken. Bij bijzondere omstandigheden die tot matiging aanleiding geven gaat het in ieder geval, mede gelet op artikel 4:84 van de Awb, om individuele omstandigheden met een uitzonderlijk karakter. Het is aan degene die een beroep doet op bijzondere omstandigheden om dit beroep met gegevens en bescheiden toe te lichten.

2.8.2. Er bestaat geen grond voor het oordeel dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat door [appellante] weliswaar is aangevoerd dat haar financiële positie slecht is, maar dat uit de door [appellante]

ter adstructie van deze stelling overgelegde jaarrekening over 2006 niet volgt dat de betaling van de boete voor [appellante] zodanige negatieve gevolgen zal hebben dat het voortbestaan van de onderneming daardoor in gevaar zal komen.

Dat [appellante] inmiddels bij rechterlijke uitspraak van 30 september 2008 in staat van faillissement is verklaard, maakt dit niet anders. De overgelegde stukken maken niet aannemelijk dat de opgelegde boete de oorzaak is van de slechte financiële situatie van de onderneming, dan wel dat de continuïteit van de onderneming juist door die boete ernstig in gevaar is gekomen. In dat verband is van belang dat, zoals [appellante] in de gronden van het hoger beroep heeft aangevoerd, het voortbestaan van de onderneming reeds eerder op het spel stond en toen een sanering van de bedrijfsvoering heeft plaatsgevonden waarbij de directeur-groootaandeelhouder aanzienlijke bedragen uit zijn privé-vermogen in de onderneming heeft gestoken om deze levensvatbaar te houden. Reeds hierom faalt het betoog.

2.9. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd voor zover die ziet op de aan [appellante] opgelegde, bij besluit van 1 augustus 2007 gehandhaafde, boete wegens overtreding van artikel 15, tweede lid, van de Wav en voor het overige te worden bevestigd.

Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 1 augustus 2007 wat dat onderdeel betreft gegrond verklaren en dat besluit in zoverre vernietigen. Die boete is ten onrechte opgelegd. Nu de minister geen ander besluit kan nemen dan het besluit van 5 juli 2006, voor zover daarin een boete is opgelegd wegens overtreding van artikel 15, tweede lid, van de Wav, te herroepen, ziet de Afdeling aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb op na te melden wijze zelf in de zaak te voorzien.

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

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 25 maart 2008 in zaak nr. 07/6758 voor zover hierbij het beroep ongegrond is verklaard voor zover dat ziet op de aan [appellante] op grond van artikel 15, tweede lid, van de Wav opgelegde boete;

III. verklaart het in die zaak bij de rechtbank ingestelde beroep in zoverre gegrond;

IV. vernietigt het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 1 augustus 2007, kenmerk AI/JZ/2006/69914, voor zover daarbij de aan [appellante] op grond van artikel 15, tweede lid, van de Wav opgelegde boete is gehandhaafd;

V. herroept het besluit van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 5 juli 2006 voor zover daarbij aan [appellante] een boete van € 6.000,00 (zegge: zesduizend euro) is opgelegd op grond van artikel 15, tweede lid, van de Wav;

VI. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit;

VII. bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;

VIII. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [appellante] in verband met de behandeling van het beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 644,00

(zegge: zeshonderdvierenveertig euro) en in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 322,00 (zegge: driehonderdtweeëntwintig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand; het dient door de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) aan [appellante] onder vermelding van het zaaknummer te worden betaald;

IX. gelast dat de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid) aan [appellante] het door [appellante] betaalde griffierecht ten bedrage van € 285,00 (zegge: tweehonderdvijfentachtig euro) voor de behandeling van het beroep en aan [appellante] het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 433,00 (zegge: vierhonderddrieëndertig euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. A.W.M. Bijloos en mr. D. Roemers, leden, in tegenwoordigheid van mr. H.W. Groeneweg, ambtenaar van Staat.

w.g. Parkins-de Vin w.g. Groeneweg
voorzitter ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 17 december 2008

32-501.