

ECLI:NL:RVS:2009:BJ6100

Instantie	Raad van State
Datum uitspraak	26-08-2009
Datum publicatie	26-08-2009
Zaaknummer	200807620/1/V6
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 15 mei 2006 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de staatssecretaris) aan [appellante] een boete opgelegd van € 16.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

200807620/1/V6.

Datum uitspraak: 26 augustus 2009

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [woonplaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank Maastricht van 8 september 2008 in zaak nr. 07/1667 in het geding tussen:

[appellante]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 15 mei 2006 heeft de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de staatssecretaris) aan [appellante] een boete opgelegd van € 16.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 28 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 8 september 2008, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank Maastricht (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 15 oktober 2008, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 12 december 2008. Deze brieven zijn aangehecht.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De zaak is door een meervoudige kamer van de Afdeling verwezen naar een enkelvoudige.

De Afdeling heeft de zaak, tegelijkertijd met zaak nr. 200807618/1/V6 en 200807621/1/V6, ter zitting behandeld op 12 augustus 2009, waar [appellante], vertegenwoordigd door mr. A.J.J. Kreutzkamp, advocaat te Valkenburg aan de Geul, en vergezeld door haar [directeur], en de minister, vertegenwoordigd door mr. M. Hokke, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn 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 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 van de Wav, voor zover thans van belang, wordt het niet naleven van artikel 2, eerste lid, van de Wav als beboetbaar feit aangemerkt.

Ingevolge artikel 18a, eerste lid, kunnen beboetbare feiten worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.

Ingevolge artikel 18b, eerste lid, maakt, indien de toezichthouder vaststelt dat een beboetbaar feit is begaan, hij daarvan zo spoedig mogelijk een rapport op.

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, 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 € 45.000,00.

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) 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 Wet arbeid vreemdelingen' (hierna: de 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 € 8.000,00 gesteld 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 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, eerste alinea, worden als diensten in de zin van dit Verdrag beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen, betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn.

Ingevolge de laatste alinea van dit artikel, kan onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging 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. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: 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 arrest van het HvJ EG van 20 november 2001 in zaak nr. C-268/99 (AB 2001, 413) 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. In het door inspecteurs van de Arbeidsinspectie op ambtseed onderscheidenlijk ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 2 december 2005 (hierna: het boeterapport) is vermeld dat op 20

september 2005 tijdens een controle aan de [locatie] te [plaats], [vreemdeling A] en [vreemdeling B] en hierna tezamen: de vreemdelingen), beiden van Poolse nationaliteit, zijn aangetroffen terwijl zij arbeid verrichtten bestaande uit het vullen van beton in een bak onderscheidenlijk het opstapelen van het gefabriceerde product op een platte wagen buiten de loods. Voor het verrichten van deze werkzaamheden door de vreemdelingen waren geen tewerkstellingsvergunningen verleend.

Op 2 mei 2006 is wederom een controle door inspecteurs van de Arbeidsinspectie uitgevoerd bij [appellante], waar [vreemdeling B] opnieuw werkend is aangetroffen. Voorts is op 22 november 2005 een controle uitgevoerd bij de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [bedrijf], gevestigd te [plaats], waar twee vreemdelingen van Poolse nationaliteit werkend zijn aangetroffen.

2.4. [appellante] betoogt dat, samengevat weergegeven, de rechtbank niet heeft onderkend dat de vreemdelingen de werkzaamheden hebben verricht als zelfstandigen. Zij wijst hiertoe op de omstandigheid dat de vreemdelingen in Polen als zelfstandigen stonden ingeschreven, aannemingsovereenkomsten met de vreemdelingen zijn gesloten en zij hebben gefactureerd voor het aangenomen werk.

2.4.1. Gezien de in 2.2 vermelde jurisprudentie van het HvJ EG is voor beantwoording van de vraag of de werkzaamheden 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.

2.4.2. In de als bijlage bij het boeterapport gevoegde verklaring van [vreemdeling A] van 20 september 2005 is vermeld dat de eigenaar van [appellante], [directeur], [vreemdeling A] heeft verteld dat hij één soort werk verricht, [vreemdeling A] pas na een maand weet wat hij gaat verdienen en nog geen concrete afspraken heeft gemaakt omdat [directeur] eerst wil kijken of [vreemdeling A] goed werkt en deze toezicht houdt op zijn werk. Voorts heeft [vreemdeling A] verklaard dat hij en [directeur] bezig zijn met de papieren en hij iets heeft ondertekend, maar niet precies weet wat het is. Hij denkt dat het een arbeidsovereenkomst is, maar weet dit niet zeker. Hij heeft alleen een handtekening gezet.

In de als bijlage bij het boeterapport gevoegde verklaring van [vreemdeling B] van 20 september 2005 is vermeld dat hij in loondienst werkt voor een uurloon van € 5,50 per uur, sinds twee weken werkzaam is bij [appellante] en is aangenomen door [directeur]. Voorts heeft [directeur] in zijn als bijlage bij het boeterapport gevoegde verklaring van 31 oktober 2005 verklaard geen papieren van [vreemdeling B] te hebben, omdat deze geen papieren heeft ingeleverd en geen overeenkomst met [vreemdeling B] te hebben gesloten omdat hij te kort aanwezig is geweest om alle papieren in orde te maken.

In het verslag van de hoorzitting, gehouden op 6 juli 2007, naar aanleiding van het door [appellante] gemaakte bezwaar (hierna: de hoorzitting), is vermeld dat [directeur] heeft verklaard dat hij bij het werken met zelfstandigen een vaste werkwijze hanteert, waarbij hij de zelfstandige eerst vrijblijvend op proef laat werken en in deze periode bekijkt of de desbetreffende persoon goede kwaliteit levert en zijn papieren in orde zijn. Pas daarna wordt een aannemingsovereenkomst met de desbetreffende persoon aangegaan.

2.4.3. Gelet op het in 2.4.2 vermelde samenstel van feiten en omstandigheden, bestaat voldoende grond voor het oordeel dat de minister bij besluit van 28 augustus 2007 terecht het standpunt heeft gehandhaafd dat tussen voormelde vreemdelingen en [appellante] een gezagsverhouding aanwezig is geweest, zodat de rechtbank terecht heeft overwogen dat zij niet als zelfstandigen kunnen worden aangemerkt. Dat [vreemdeling A] en [vreemdeling B] ten tijde van de controle met hun eenmanszaken stonden ingeschreven in het Poolse Handelsregister, over een Pools belastingnummer beschikten, een REGON identificatienummer hadden, [appellante] bij brief van 9 november 2005 een in het Duits opgestelde aannemingsovereenkomst tussen haar en [vreemdeling A] heeft overgelegd, zich in het dossier facturen van het bedrijf van [vreemdeling A] bevinden en arbeidscertificaten ten aanzien van door [vreemdeling B] verrichte werkzaamheden alsmede een certificaat in verband met het beëindigen van de

lagere beroepsschool voor het beroep draaiër, is onvoldoende voor een ander oordeel, omdat dit onverlet laat dat de feitelijke situatie, zoals deze naar voren komt uit voormelde verklaringen, wordt gekenmerkt door een gezagsverhouding tussen [appellante] en de vreemdelingen.

Het betoog faalt.

2.5. Ten slotte betoogt [appellante] dat de rechtbank ten onrechte het beroep op matiging van de opgelegde boete als tardief buiten haar beoordeling heeft gelaten. Volgens [appellante] is reeds in bezwaar en ook in beroep uitdrukkelijk een beroep op matiging van de opgelegde boete gedaan. [appellante] stelt dat de rechtbank enerzijds terecht overweegt dat - mede gelet op artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden - vol dient te worden getoetst of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding, maar dat zij, omdat de ernst en verwijtbaarheid van de overtredingen niet zodanig is dat een boete van in totaal € 40.000,00 op zijn plaats is, ten onrechte geen aanleiding heeft gezien om ambtshalve de opgelegde boete te matigen.

2.5.1. Voor zover [appellante] heeft betoogd dat de rechtbank ambtshalve tot matiging had dienen over te gaan, kan zij hierin niet worden gevolgd, nu het aan de werkgever is om aannemelijk te maken dat grond voor matiging bestaat.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer uitspraak van 27 augustus 2004 in zaak nr. 200404253/1; JV 2004/407) verbiedt geen rechtsregel dat, binnen de door de wet en de goede procesorde begrensde mogelijkheden, na afloop van de voor het indienen van beroepsgronden gestelde termijn alsnog aanvullende gronden worden ingediend. Dit kan zelfs ter zitting, tenzij de goede procesorde zich hiertegen verzet.

[appellante] heeft reeds ten tijde van de hoorzitting aangevoerd dat zij de opgelegde boete niet evenredig vindt, waarbij is opgemerkt dat voor de controles op 20 september 2005, 22 november 2005 en 2 mei 2006, in totaal een boete is opgelegd van € 40.000,00, waarbij twee keer dezelfde persoon ([vreemdeling B]) is aangetroffen.

De feiten en omstandigheden die ten grondslag zijn gelegd aan het beroep op matiging waren derhalve reeds voorafgaand aan de zitting van de rechtbank bij de minister bekend, zodat niet kan worden geoordeeld dat de minister op het eerst ter zitting gedane uitdrukkelijke beroep op matiging niet adequaat heeft kunnen reageren en hij hierdoor onredelijk in zijn procesvoering is bemoeilijkt. De rechtbank heeft derhalve ten onrechte overwogen dat het betoog van [appellante] als tardief diende te worden gepasseerd. De klacht is in zoverre terecht voorgedragen. Gelet op het hiernavolgende kan deze echter niet leiden tot vernietiging van de aangevallen uitspraak.

2.5.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 11 juli 2007 in zaak nr. 200607461/1), 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.

Zoals de Afdeling voorts 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 om de overtreding te voorkomen heeft gedaan. Een verminderde mate van verwijtbaarheid kan aanleiding geven de opgelegde boete te matigen.

2.5.3. De omstandigheid dat naar aanleiding van drie verschillende controles boetes zijn opgelegd van in totaal € 40.000,00, geeft geen aanleiding de opgelegde boete te matigen. Hierbij is van belang dat, zoals in 2.3. is weergegeven, [appellante] tweemaal is gecontroleerd en zij ten tijde van de tweede controle ervan op de hoogte was dat de staatssecretaris voornemens was haar een boete op te leggen. De controle van 22 november 2005 heeft plaatsgevonden bij het bedrijf [bedrijf]. Hoewel [directeur] ook hiervan directeur is, kan niet met vrucht worden gesteld dat het om hetzelfde bedrijf gaat. Voorts is van belang dat, zoals uit de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 19a, tweede lid, van de Wav (Kamerstukken II 1993/94, 29 523, nr. 3, blz. 17) blijkt, in dit artikellid een cumulatiebepaling is neergelegd. De ter zake van de Wav gestelde beboetbare feiten gelden ten opzichte van elk persoon, met of ten aanzien van wie een beboetbaar feit is begaan. Aangezien bij de onderscheiden controles vijf overtredingen zijn geconstateerd, is door de staatssecretaris onderscheidenlijk de minister terecht vijf keer het boetenormbedrag aan boetes opgelegd. Dat tijdens deze controles tweemaal dezelfde persoon is aangetroffen, leidt evenmin tot matiging van de opgelegde boete. [vreemdeling B] is tijdens de controles op 20 september 2005 en 2 mei 2006 werkend aangetroffen. Zoals hiervoor reeds is weergegeven, was [appellante] ten tijde van de controle van 2 mei 2006 reeds ervan op de hoogte dat de staatssecretaris voornemens was een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav voor onder meer de tewerkstelling van [vreemdeling B], zodat het voor rekening en risico van [appellante] komt dat zij [vreemdeling B] ten tijde van deze controle heeft laten werken.

Het betoog faalt.

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

2.7. 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. B. van Wagtendonk, lid van de enkelvoudige kamer, in tegenwoordigheid van mr. M.J.C. Beerse, ambtenaar van Staat.

w.g. Van Wagtendonk w.g. Beerse

lid van de enkelvoudige kamer ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 26 augustus 2009

382-510.