

ECLI:NL:RVS:2016:996

Instantie	Raad van State
Datum uitspraak	13-04-2016
Datum publicatie	13-04-2016
Zaaknummer	201507309/1/V6
Rechtsgebieden	Vreemdelingenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 9 januari 2014 heeft de minister [appellant] een boete opgelegd van 9.500,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, en artikel 15, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

201507309/1/V6.

Datum uitspraak: 13 april 2016

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellant], wonend te [woonplaats], [gemeente], handelend onder de naam [bedrijf] (hierna: [appellant]),
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 11 augustus 2015 in zaak nr. 14/4535 in het geding tussen:

[appellant]

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 9 januari 2014 heeft de minister [appellant] een boete opgelegd van 9.500,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, en artikel 15, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 25 september 2014 heeft de minister het daartegen door [appellant] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 11 augustus 2015 heeft de rechtbank het daartegen door [appellant] ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellant] hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

[appellant] heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 16 februari 2016, waar [appellant], bijgestaan door [gemachtigde], en de minister, vertegenwoordigd door mr. M.M. Odijk, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Het wettelijk kader is opgenomen in de bijlage, die deel uitmaakt van deze uitspraak.

2. Het door een arbeidsinspecteur van de Inspectie SZW op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 21 oktober 2013 (hierna: het boeterapport) houdt in dat arbeidsinspecteurs op 10 oktober 2012 onderzoek hebben verricht op het adres [locatie] te [plaats], waar op dat moment verbouwwerkzaamheden werden verricht. Uit dit onderzoek is de arbeidsinspecteurs gebleken dat [de vreemdeling] van Bulgaarse nationaliteit op dit adres werkzaamheden heeft verricht, bestaande uit werkzaamheden aan het dak, timmerwerk, het vernieuwen van panlatten en het aanbrengen van folie en isolatiemateriaal. Het boeterapport houdt voorts in dat de vreemdeling de arbeid verrichtte via een in- en uitleensituatie of aanneming van werk waarbij [opdrachtgever A] en [opdrachtgever B] zijn aan te merken als opdrachtgevers (hierna tezamen: de opdrachtgevers) en dat [appellant] de door de vreemdeling verrichte werkzaamheden van hen heeft aangenomen. Volgens het boeterapport heeft het UWV Werkbedrijf aan [appellant] noch aan een andere werkgever uit de werkgeversketen een tewerkstellingsvergunning afgegeven. De minister heeft [appellant] een boete opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav, nu zij als werkgever een vreemdeling in Nederland arbeid heeft laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Het boeterapport houdt verder in dat [appellant] heeft nagelaten een afschrift van het identiteitsdocument van de vreemdeling te zenden aan [opdrachtgever A] of [opdrachtgever B], hetgeen een overtreding is van artikel 15, eerste lid, van de Wav.

3. [appellant] betoogt, onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie (hierna: het Hof) van 21 juni 2012, C-15/11, Sommer (ECLI:EU:C:2012:371; hierna: het arrest Sommer) en de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 24 juli 2015 (ECLI:NL:RBZWB:2015:4991), dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de opgelegde boete in strijd is met punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI bij het Verdrag betreffende de toetreding van de Republieken Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie (PB 2005 L 157; hierna: Bijlage VI). Volgens [appellant] is Nederland ingevolge deze bepaling verplicht om, wat de toegang tot de Nederlandse arbeidsmarkt betreft, voorrang te geven aan onderdanen van lidstaten boven derdelanders. Nu uit de uitspraak van de Afdeling van 24 december 2014 in zaak nr. 201403638/1/V6 volgt dat voor Japanse vreemdelingen de tewerkstellingsvergunningplicht niet meer geldt, dient dat ook voor Bulgaarse vreemdelingen te gelden.

De Afdeling heeft de aldus opgeworpen rechtsvraag reeds beantwoord in de uitspraak van 4 november 2015 in zaak nr. 201501899/1/V6. De Afdeling heeft daarin overwogen dat het in punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI neergelegde beginsel van voorrang niet zover strekt, dat een uitzondering op het uitgangspunt dat derdelanders vergunningplichtig zijn, daarmee in strijd moet worden geacht. Die uitzondering laat het uitgangspunt immers onverlet. De Afdeling is van oordeel dat het beginsel van voorrang niet zo ruim dient te worden uitgelegd als een meestbegunstigingsclausule, zoals die voorlag in voormelde uitspraak van 24 december 2014. Een zodanig ruime uitleg van het beginsel van voorrang valt ook niet af te leiden uit het arrest Sommer, waarin een situatie voorlag waarin de onderdanen van alle derde landen gunstiger werden behandeld dan Bulgaarse onderdanen.

Gelet op het vorenstaande betoogt [appellant] tevergeefs dat de opgelegde boete in strijd is met punt 14, tweede alinea, van Bijlage VI. De Afdeling heeft in voormelde uitspraak van 4 november 2015 voorts overwogen dat en waarom volgens haar geen aanleiding bestaat voor het stellen van prejudiciële vragen. In hetgeen [appellant] heeft aangevoerd ziet de Afdeling geen aanleiding dat thans wel te doen.

Het betoog faalt.

4. Voorts betoogt [appellant] dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de vreemdeling als zelfstandige heeft gewerkt, zodat de tewerkstellingsvergunningplicht niet op hem van toepassing was. Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat de vreemdeling volgens de Belastingdienst zijn werkzaamheden als zelfstandige heeft verricht en dat hij beschikte over een VAR-verklaring. Verder kan aan de aan het boeterapport gehechte verklaring van [appellant] van 22 juli 2013 geen betekenis worden toegekend, nu hij deze niet heeft ondertekend omdat hij het niet eens was met de verklaring zoals die was opgetekend door de arbeidsinspecteurs. Hij ontkent dat hij heeft verklaard dat hij de baas was van de vreemdeling, aldus [appellant]. Volgens [appellant] kan evenmin waarde worden toegekend aan de verklaring van de vreemdeling van 15 juli 2013, aangezien hij de Nederlandse taal niet machtig is.

4.1. Uit vaste jurisprudentie van het Hof (onder meer punt 31 van het arrest van 15 december 2005, C-151/04 en C-152/04, Nadin en Durré, ECLI:EU:C:2005:775, en punt 37 van het arrest van 4 december 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media, ECLI:EU:C:2014:2411), volgt dat voor beantwoording van de vraag of de vreemdeling als zelfstandige werkzaam was, bepalend is of hij de arbeid zonder gezagsverhouding heeft verricht, waarbij de vraag of hij de arbeid onder eigen verantwoordelijkheid heeft verricht een rol speelt en voorts de feitelijke situatie van belang is.

4.2. Het Hof heeft in het arrest van 30 maart 2006, C-10/05, Mattern en Cikotic (ECLI:EU:C:2006:220), overwogen dat een ieder werknemer in de zin van artikel 45 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU) is die reële en daadwerkelijke arbeid verricht, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig zijn. Het Hof heeft in dit arrest voorts overwogen dat het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding in de zin van 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. Het Hof heeft in dit arrest verder overwogen dat een beloning van de verrichte prestaties, eventueel van geringe hoogte, een wezenlijk kenmerk is van een arbeidsverhouding in de zin van artikel 45 van het VWEU.

4.3. De minister mag, behoudens bijzondere omstandigheden, uitgaan van de juistheid van de inhoud van een op ambtseed of ambtsbelofte opgemaakt en ondertekend boeterapport.

[appellant] was volgens zijn aan het boeterapport gehechte verklaring van 22 juli 2013 de baas over de vreemdeling. Hij vertelde de vreemdeling wat hij moest doen en wat hij niet goed had gedaan. Voorts heeft [appellant] verklaard dat hij eindverantwoordelijk was en dat de vreemdeling hem hielp. Daarbij maakte de vreemdeling gebruik van het gereedschap van [appellant] en de door hem gekochte materialen, aldus [appellant]. Volgens [appellant] betaalde hij de vreemdeling 80,00 tot 100,00 per dag en als de vreemdeling hard had gewerkt iets meer. [appellant] heeft, nadat hij zijn verklaring had doorgelezen, verklaard daarin te volharden. Voor zover hij niet heeft bedoeld te zeggen dat hij de baas over de vreemdeling was, kan hem dat niet baten, nu ook uit zijn overige hiervoor weergegeven verklaringen volgt dat de vreemdeling arbeid verrichtte onder zijn gezag. [appellant] heeft niet aannemelijk gemaakt dat de arbeidsinspecteurs hem woorden in de mond hebben gelegd of de verklaring onjuist hebben weergegeven. In het licht van het vorenstaande, is het niet ondertekenen van de verklaring van 22 juli 2013 onvoldoende voor het aannemen van een bijzondere omstandigheid als hiervoor bedoeld. Derhalve heeft de rechtbank terecht overwogen dat de minister er terecht van is uitgegaan dat [appellant] heeft verklaard als in de verklaring bij het boeterapport is vermeld en deze terecht aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd.

De vreemdeling heeft verklaard dat het de opdracht van [appellant] was en hij door [appellant] was ingehuurd. Verder reed de vreemdeling dagelijks met [appellant] mee, maakte hij gebruik van diens gereedschap, vertelde [appellant] hem wat hij moest doen en hadden zij een uurtarief afgesproken, aldus de vreemdeling in zijn aan het boeterapport gehechte verklaring van 15 juli 2013. De vreemdeling heeft zijn verklaring ten overstaan van de arbeidsinspecteur in de Engelse taal afgelegd, welke taal hij volgens het boeterapport voldoende machtig is. Vervolgens heeft de arbeidsinspecteur deze in het Engels

voorgelezen en heeft de vreemdeling verklaard dat hij alles heeft begrepen. De vreemdeling heeft in zijn verklaring volhard en deze ondertekend. Uit de verklaring blijkt niet dat sprake is geweest van miscommunicatie tussen hem en de arbeidsinspecteur, zodat de minister ook deze verklaring terecht aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd.

Gelet op het vorenstaande heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat de vreemdeling de werkzaamheden niet zonder gezagsverhouding en onder eigen verantwoordelijkheid heeft verricht. Zoals de rechtbank terecht heeft geoordeeld, moet de vreemdeling als werknemer in de zin van artikel 45 van het VWEU worden beschouwd en had [appellant] voor hem over een tewerkstellingsvergunning moeten beschikken. Dat de vreemdeling over een VAR-verklaring beschikte, maakt dat niet anders, omdat, gelet op hetgeen onder 4.1 is weergegeven, deze verklaring niet relevant is voor de vraag of de vreemdeling in dit geval de werkzaamheden feitelijk als zelfstandige heeft verricht. Verder is niet van een door [appellant] gesteld samenwerkend ondernemerschap gebleken. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat [appellant] in zijn gehoor van 10 oktober 2012 heeft verklaard dat hij een offerte heeft gemaakt voor de hele klus aan het dak en dat het totale bedrag door de opdrachtgevers op de rekening van zijn onderneming wordt gestort. De door [appellant] overgelegde stukken bevestigen dat hij alle facturering naar de opdrachtgevers deed. Het enkele betoog dat zij de opbrengst hebben gedeeld en dezelfde dagvergoeding ontvingen, de vreemdeling zijn werkzaamheden eerst aan [appellant] factureerde nadat de opdrachtgevers aan hun betalingsverplichtingen hadden voldaan, zowel [appellant] als de vreemdeling het risico droegen dat de opdrachtgevers niet zouden betalen en de Belastingdienst zich op het standpunt heeft gesteld dat de vreemdeling zijn werkzaamheden in dit geval als zelfstandige heeft verricht, maakt dit niet anders, reeds omdat dit geen bevestiging vindt in de stukken en [appellant] dit niet anderszins met stukken heeft gestaafd.

Het betoog faalt.

5. Het betoog van [appellant] dat de minister hem ten onrechte een boete heeft opgelegd wegens overtreding van artikel 15, eerste lid, van de Wav, faalt evenzeer. [opdrachtgever A] heeft, zoals hij in zijn aan het boeterapport gehechte verklaring van 29 augustus 2013 heeft gesteld, geen afschrift van het identiteitsdocument van de vreemdeling ontvangen. Voorts heeft [appellant] blijkens het boeterapport telefonisch verklaard dat hij geen afschrift van het identiteitsdocument van de vreemdeling aan [opdrachtgever A] heeft overgelegd. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, heeft [appellant] de enkele stelling dat hij dit wel heeft gedaan, niet met stukken gestaafd, zodat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat [appellant] artikel 15, eerste lid, van de Wav heeft overtreden.

6. Het betoog van [appellant] dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de boete moet worden gematigd, faalt reeds omdat hij niet heeft gemotiveerd waarom de boete onevenredig hoog is en de overtreding hem niet valt te verwijten.

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

8. 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. Sevenster, voorzitter, en mr. G. van der Wiel en mr. J.Th. Drop, leden, in tegenwoordigheid van mr. L. Groenendijk, griffier.

w.g. Sevenster w.g. Groenendijk
voorzitter griffier

Uitgesproken in het openbaar op 13 april 2016

164-800.

BIJLAGE

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Artikel 45

1. Het verkeer van werknemers binnen de Unie is vrij.

Artikel 49

In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.

Ingevolge onderdeel 1, punt 1, van Bijlage VI bij het Verdrag betreffende de toetreding van de Republieken Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie (PB 2005 L 157; hierna: Bijlage VI), is wat betreft het vrij verkeer van werknemers en het vrij verrichten van diensten dat gepaard gaat met tijdelijk verkeer van werknemers, 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 zullen de huidige lidstaten 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.

Ingevolge punt 5 mag een lidstaat die aan het einde van de in punt 2 bedoelde periode van vijf jaar de nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen handhaaft, in geval van ernstige verstoringen van zijn arbeidsmarkt of het dreigen daarvan en na kennisgeving aan de Commissie deze maatregelen tot aan het einde van het zevende jaar na de datum van toetreding van Bulgarije blijven toepassen.

Ingevolge punt 14, tweede alinea, geven de huidige lidstaten, niettegenstaande de toepassing van het bepaalde in de punten 1 tot en met 13, wat de toegang tot hun arbeidsmarkt betreft, gedurende eender welke periode tijdens welke nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen worden toegepast, voorrang aan werknemers die onderdaan van de lidstaten zijn boven werknemers die onderdaan van een derde land zijn.

Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge Bijlage VI het recht op het vrij verkeer van werknemers tijdelijk te beperken en door voortzetting van de overgangperiode de vergunningplicht ingevolge de Wav tot 1 januari 2014 gehandhaafd (Kamerstukken II 2011/12, 29 407, nr. 132).

Wet arbeid vreemdelingen (zoals deze luidde tot 1 januari 2013)

Artikel 2

1. Het is een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Artikel 15

1. Indien de werkgever door een vreemdeling arbeid laat verrichten waarbij die arbeid feitelijk wordt verricht bij een andere werkgever, draagt de eerstgenoemde werkgever er bij aanvang van de arbeid door de vreemdeling onverwijld zorg voor dat de andere werkgever een afschrift van het document, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder 1^o tot en met 3^o, van de Wet op de identificatieplicht, van de vreemdeling ontvangt.