

ECLI:NL:RVS:2019:271

Instantie	Raad van State
Datum uitspraak	30-01-2019
Datum publicatie	30-01-2019
Zaaknummer	201804035/1/V6
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBNHO:2018:2694, Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Vreemdelingenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 22 februari 2017 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid [appellante] een boete opgelegd van 48.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

201804035/1/V6.

Datum uitspraak: 30 januari 2019

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

[appellante], gevestigd te [plaats],

tegen de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 5 april 2018 in zaak nr. 17/4893 in het geding tussen:

[appellante]

en

de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Procesverloop

Bij besluit van 22 februari 2017 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid [appellante] een boete opgelegd van 48.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 26 september 2017 heeft de minister het daartegen door [appellante] gemaakte bezwaar gegrond verklaard, het besluit van 22 februari 2017 herroepen voor zover een boete is opgelegd van 48.000,00 en de boete op 16.000,00 vastgesteld.

Bij uitspraak van 5 april 2018 heeft de rechtbank het daartegen door [appellante] ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft [appellante] hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 18 december 2018, waar [appellante], vertegenwoordigd door [gemachtigde], mr. S.M. Groen, advocaat te Amsterdam, en [tolk], en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. J.J.A. Huisman, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Onder de staatssecretaris wordt tevens verstaan: diens rechtsvoor[vreemdeling 1]ger.
2. De staatssecretaris heeft aan de boete wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav ten grondslag gelegd dat arbeidsinspecteurs van de Inspectie SZW tezamen met ambtenaren van de Nationale Politie op 28 januari 2016 onderzoek bij [appellante] hebben uitgevoerd. De arbeidsinspecteurs hebben geconstateerd dat zes vreemdelingen met de Chinese nationaliteit arbeid ten behoeve van [appellante] hebben verricht terwijl daarvoor geen tewerkstellingsvergunningen waren afgegeven en de vreemdelingen niet in het bezit waren van een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid. De vreemdelingen waren in dienst van [het moederbedrijf] gevestigd in China. [het moederbedrijf] biedt wereldwijd oplossingen aan op het gebied van geavanceerde camerabewakingsapparatuur en apparatuur voor de opslag van camerabeelden. De producten worden vervaardigd in fabrieken van het [bedrijf] in China. De

staatssecretaris heeft in de bezwaarfase geconcludeerd dat voor vier van de zes vreemdelingen geen tewerkstellingsvergunningen waren vereist, omdat de verrichte werkzaamheden vallen onder een van de uitzonderingen genoemd in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, sub 1, sub 2 dan wel sub 10, van het Besluit uitvoering Wav (hierna: BuWav) en dat sprake is van twee overtredingen van artikel 2, eerste lid van de Wav.

3. Vast staat dat de twee vreemdelingen werkzaamheden voor [appellante] hebben verricht. De twee vreemdelingen, [vreemdeling 1] [vreemdeling 2] waren beiden in het bezit van een Visum C.

4. Artikel 1 van de Wav luidt: 'In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder: []
b. werkgever: 1°. degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten; []'

Artikel 2 van de Wav luidt: '1. Het is een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning []. 2. Het verbod, bedoeld in het eerste lid, is 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 of indien die vreemdeling beschikt over een gecombineerde vergunning voor werkzaamheden bij die werkgever.'

Artikel 1 van het BuWav luidt: '1. Het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid van de Wav is niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling:

a: die zijn hoofdverblijf buiten Nederland heeft en die incidentele arbeid verricht uitsluitend bestaande uit:

1°. het monteren of repareren van door zijn, buiten Nederland gevestigde, werkgever geleverde werktuigen, machines of apparatuur, dan wel het installeren en aanpassen van zijn, buiten Nederland gevestigde, werkgever geleverde software of uit het instrueren in het gebruik daarvan;

2° het voeren van zakelijke besprekingen of het sluiten van overeenkomsten met bedrijven en instellingen;

3° [];

10° het ontvangen van trainingen, dan wel instructies met betrekking tot het gebruik van in Nederland vervaardigde goederen en in Nederland te verrichten diensten.'

5. [appellante] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de door [vreemdeling 1] verrichte werkzaamheden niet zijn aan te merken als het monteren en repareren van apparatuur of het installeren en aanpassen van software. Het verzamelen van data valt volgens [appellante] onder de vrijstelling als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, sub 1, van het BuWav, omdat het verzamelen en analyseren van data een essentieel onderdeel vormt in het reparatieproces van de geavanceerde apparatuur die [appellante] produceert en verkoopt. De rechtbank heeft bovendien ten onrechte geen betekenis toegekend aan de omstandigheid dat twee collega's van [vreemdeling 1] dezelfde functie en technische achtergrond hebben en zij dezelfde interne opleiding hebben gevolgd, terwijl de staatssecretaris in bezwaar heeft erkend dat hun werkzaamheden wel onder de genoemde vrijstellingsgrond vallen, aldus [appellante].

5.1. Bij de beoordeling of de door [vreemdeling 1] verrichte werkzaamheden onder de hiervoor genoemde uitzondering vallen is niet de functieomschrijving zoals die in de arbeidsovereenkomsten staat vermeld doorslaggevend, maar gaat het om de feitelijk door hem verrichte werkzaamheden. Alleen al hierom is niet van betekenis dat de werkzaamheden van twee collega's van [vreemdeling 1], die naar gesteld een soortgelijke achtergrond hebben, wel onder de vrijstellingsgrond vallen. Van belang is dat [vreemdeling 1] zelf het volgende heeft verklaard: "De systemen van de computers gaan kapot, wij

verzamelen die gegevens en sturen die op naar China. Alleen gegevens verzamelen, geen reparatie." Daaruit volgt dat [vreemdeling 1] zich, in ieder geval op 28 januari 2016 niet met reparatiewerkzaamheden heeft beziggehouden. Daarbij komt dat [appellante] ter zitting heeft toegelicht dat alle reparaties in Nederland plaatsvinden. Omdat uit het voorgaande volgt dat de gegevens naar China worden verstuurd, terwijl de reparaties in Nederland plaatsvinden, wordt de stelling dat het verzamelen van data deel van het reparatieproces uitmaakt, niet gevolgd.

Het betoog faalt.

6. [appellante] betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de werkzaamheden van [vreemdeling 2] ook niet onder voornoemde vrijstelling vallen. De werkzaamheden van [vreemdeling 2] bestonden uit het verzamelen en aannemen van de technische gegevens die klanten verstrekken over de defecte apparatuur of software, het geven van trainingen op het gebied van de installatie en of monteerwerk van de nieuwe producten van [appellante] en het ondersteunen van de technici. Gelet hierop heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat [vreemdeling 2] als commercieel assistent werkte, aldus [appellante].

6.1. Bij de beoordeling of de door [vreemdeling 2] verrichte werkzaamheden onder de hiervoor genoemde uitzondering vallen is niet de functieomschrijving zoals die in de arbeidsovereenkomsten staat vermeld doorslaggevend, maar gaat het om de feitelijk door haar verrichte werkzaamheden. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat de werkzaamheden van [vreemdeling 2] niet onder de bedoelde vrijstelling vallen. [vreemdeling 2] heeft verklaard dat zij commercieel assistent is en orders aanneemt. De werkzaamheden die onder sales of verkoop moeten worden verstaan, vallen niet onder het monteren of repareren van werktuigen, machines of apparatuur, dan wel het installeren en aanpassen van software. Dat [vreemdeling 2], zoals [appellante] heeft gesteld, ook heeft geïnstrueerd in het gebruik daarvan, maakt niet dat daarmee al haar werkzaamheden onder die vrijstelling vallen. Van belang is dat alleen werkzaamheden die uitsluitend onder het monteren of repareren van werktuigen, machines of apparatuur, dan wel het installeren en aanpassen van software of uit het instrueren in het gebruik daarvan vallen, onder de vrijstelling vallen.

Het betoog faalt.

7. [appellante] betoogt vervolgens dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de overtreding haar in mindere mate te verwijten valt. [appellante] heeft van tevoren advies ingewonnen bij een gespecialiseerd advocatenkantoor en bovendien zijn de doelstellingen van de Wav niet geschonden. Gelet op de door haar aangevoerde feiten en omstandigheden moet de boete worden gematigd, aldus [appellante].

7.1. 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 staatssecretaris. De staatssecretaris moet bij de aanwending van deze bevoegdheid, ingevolge artikel 5:46, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht de hoogte van de boete afstemmen op de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en op de ernst van de overtreding. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Ingevolge de verplichting hem opgelegd in artikel 19d, zesde lid, van de Wav, heeft de staatssecretaris beleidsregels vastgesteld waarin de boetebedragen voor de overtredingen zijn vastgesteld. Ook bij de toepassing van deze beleidsregels en de daarin vastgestelde boetebedragen dient de staatssecretaris 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 de staatssecretaris met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.

7.2. In situaties waarin verwijtbaarheid volledig ontbreekt bestaat geen grond voor boeteoplegging. Die situatie doet zich in elk geval voor indien de overtreder aannemelijk heeft gemaakt 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.

7.3. Dat [appellante], zoals zij heeft gesteld, advies heeft ingewonnen bij een gespecialiseerd advocatenkantoor, maakt niet dat de overtreding haar minder te verwijten valt. Alleen al omdat het ingewonnen advies algemeen van aard is en niet specifiek op de werkzaamheden van [vreemdeling 1] en [vreemdeling 2] is gericht, heeft [appellante] zich er onvoldoende van vergewist of de beoogde werkzaamheden door [vreemdeling 1] en [vreemdeling 2] onder de vrijstelling vallen. De gevolgen hiervan komen voor risico van [appellante].

Ook is het standpunt van [appellante] dat de doelstellingen van de Wav niet zijn geschonden, niet houdbaar. Gelet op het voorgaande staat vast dat de door [vreemdeling 2] en [vreemdeling 1] verrichte werkzaamheden niet onder de onder 4 genoemde vrijstellingen vallen. Dat betekent dat [appellante] voor die werkzaamheden over tewerkstellingsvergunningen had moeten beschikken of de vreemdelingen in het bezit hadden moeten zijn van een gecombineerde vergunning voor verblijf en arbeid. Alleen al omdat dat niet het geval is, is de voornaamste doelstelling van de Wav - het voorkomen en ontmoedigen van illegale tewerkstelling - geschonden.

De rechtbank heeft in de door [appellante] aangevoerde gronden dan ook terecht geen aanleiding gezien om de boete te matigen.

Het betoog faalt.

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

9. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. A.W.M. Bijloos, voorzitter, en mr. J.Th. Drop en mr. D.A. Verburg, leden, in tegenwoordigheid van mr. C.M. Woestenburg-Bertels, griffier.

w.g. Bijloos w.g. Woestenburg-Bertels

voorzitter griffier

Uitgesproken in het openbaar op 30 januari 2019

501.