

Wav-boete. Reikwijdte werkgeversbegrip. Richtlijn 2009/52. Lex mitior-beginsel.

ABRvS 06-04-2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ0313, m.nt. C.M. Saris

Instantie

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Datum

6 april 2011

Magistraten

Mrs. M.G.J. Parkins-de Vin, D. Roemers, H.G. Sevenster

Zaaknummer

201008693/1/V6.

Noot

C.M. Saris

LJN

BQ0313

Vakgebied(en)

Vreemdelingenrecht / Bijzondere onderwerpen
Arbeidsrecht / Arbeidsmarktbeleid en -bemiddeling
Bestuursrecht algemeen / Handhaving algemeen
Materieel strafrecht / Algemeen

Brondocumenten

ECLI:NL:RVS:2011:BQ0313, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 06-04-2011

Wetgeving

Wav art. 1, 2, 15, 18, 19, 19a, 19d; Richtlijn 2009/52; Sr art: 1 lid 2

Essentie

Wav-boete. Reikwijdte werkgeversbegrip. Richtlijn 2009/52. Lex mitior-beginsel.

Samenvatting

De stichting betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat sprake was van arbeid waarvoor een tewerkstellingsvergunning was vereist en dat de minister derhalve bevoegd was een boete op te leggen wegens overtreding van art. 2 lid 1 WAV. Daartoe voert zij aan dat de vreemdelingen de activiteiten hebben verricht in het kader van een humanitair intercultureel project dat onder meer was gericht op het bieden van een zinvolle tijdsbesteding aan uitgeprocedeerde en illegale vreemdelingen. Volgens de stichting was deelname aan het project door de vreemdelingen vrijwillig en zonder bezoldiging en had het project geen winstoogmerk. Bovendien volgt volgens de stichting uit art. 2e Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (Pb L 168/24; hierna: de richtlijn) dat om als werkgever te kunnen worden aangemerkt sprake moet zijn van activiteiten die worden bezoldigd of behoren te worden bezoldigd. (...)

Het beroep van de stichting op het werkgeversbegrip uit de richtlijn faalt reeds omdat de richtlijn eerst op 20 juli 2009 in werking is getreden en derhalve ten tijde van belang nog niet in werking was getreden.

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van: appellante, appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 26 juli 2010 in zaak nr. 08/3361 in het geding tussen:

de stichting

en

de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Uitspraak

1. Procesverloop

Bij besluit van 19 mei 2008 heeft de minister de stichting een boete van € 24.000 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 16 oktober 2008 heeft de minister het daartegen door de stichting gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Bij uitspraak van 26 juli 2010, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het daartegen door de stichting ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd wat de hoogte van de boete betreft, het besluit van 19 mei 2008 herroepen wat de hoogte van de boete betreft, de hoogte van de boete bepaald op € 22.800 en bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van het besluit van 16 oktober 2008, voor zover dat is vernietigd. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft de stichting bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 3 september 2010, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 1 oktober 2010. Deze brieven zijn aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 8 februari 2011, waar de stichting, vertegenwoordigd door gemachtigde, bijgestaan door mr. J.M. Walther, advocaat te Utrecht, en de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, vertegenwoordigd door mr. M.A.L. Verbruggen en mr. M. Hokke, beiden werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1.

Op dit geding is de Wav van toepassing zoals die wet luidde tot de inwerkingtreding van de wet van 25 juni 2009 (*Stb.* 2009, 265) op 1 juli 2009.

Ingevolge artikel 1, onderdeel b, onder 1^o, 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 18, eerste lid, wordt het niet naleven van artikel 2, eerste lid, 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 beboetbaar feit.

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.

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 Wav' (hierna: de Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd.

Volgens de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav op € 8000 gesteld per persoon per beboetbaar feit.

2.2.

Het door inspecteurs van de Arbeidsinspectie op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 26 november 2007 houdt in dat op 17 april 2007 drie vreemdelingen arbeid hebben verricht bestaande uit het bereiden en serveren van maaltijden in het café-A te Utrecht, zonder dat daarvoor tewerkstellingsvergunningen zijn verleend. De vreemdelingen verrichtten deze werkzaamheden in het kader van het project 'Grenzeloos' van de stichting, waarbij door vreemdelingen eenmaal per week in het café maaltijden werden bereid en geserveerd aan betalende gasten en andere vreemdelingen.

2.3.

De stichting betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat sprake was van arbeid waarvoor een tewerkstellingsvergunning was vereist en dat de minister derhalve bevoegd was een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav. Daartoe voert zij aan dat de vreemdelingen de activiteiten hebben verricht in het kader van een humanitair intercultureel project dat onder meer was gericht op het bieden van een zinvolle tijdsbesteding aan uitgeprocedeerde en illegale vreemdelingen. Volgens de stichting was deelname aan het project door de vreemdelingen vrijwillig en zonder bezoldiging en had het project geen winstoogmerk. Bovendien volgt volgens de stichting uit artikel 2e van Richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (*Pb L 168/24*; hierna: de richtlijn) dat om als werkgever te kunnen worden aangemerkt sprake moet zijn van activiteiten die worden bezoldigd of behoren te worden bezoldigd. Voorts is de Wav volgens de stichting niet bedoeld om activiteiten zoals deze door de stichting werden aangeboden te verbieden, omdat de stichting zich inzet voor de belangen van illegaal in Nederland verblijvende vreemdelingen. Er was geen sprake van uitbuiting van de vreemdelingen, zodat zij dan ook niet heeft gehandeld in strijd met de doelstellingen van de Wav, aldus de stichting. De kwalificatie van de activiteiten die door de vreemdelingen zijn verricht als arbeid in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Wav, getuigt volgens de stichting van excessief formalisme en zal leiden tot de onwenselijke situatie dat een kwetsbare groep nog minder mogelijkheden krijgt deel te nemen aan de samenleving.

Voorts betoogt de stichting dat, gelet op de omstandigheid dat een van de vreemdelingen met ingang van 15 juni 2007 in het bezit is gesteld van een verblijfsvergunning, artikel 15, eerste lid, derde volzin, van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van strafrecht, er aan in de weg staan dat de boete met betrekking tot deze vreemdeling onverkort wordt gehandhaafd.

2.3.1.

De vreemdelingen hebben in een door de stichting georganiseerd en gestuurd verband arbeid verricht bestaande uit het bereiden en serveren van maaltijden. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 1 en 2 van de Wav (*Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 13*) blijkt dat diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever is en dat deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk is 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, p. 2*). Gelet op het vorenstaande diende de stichting voor de vreemdelingen te beschikken over tewerkstellingsvergunningen. Dat de vreemdelingen de arbeid vrijwillig hebben verricht om een zinvolle tijdsbesteding te hebben maakt dit niet anders. De uitzondering op de vergunningplicht voor vreemdelingen die geen verblijfsvergunning hebben, als bedoeld in artikel 1a van het Besluit uitvoering Wav (hierna: het Besluit), geldt alleen voor vrijwilligerswerk verricht door vreemdelingen die rechtmatig in Nederland verblijven in de zin van artikel 8, onder f, g of h, van de Vreemdelingenwet 2000, in verband met een aanvraag van een verblijfsvergunning asiel of een aanvraag om voortgezette toelating. De vreemdelingen verbleven ten tijde van de controle niet rechtmatig in Nederland, zodat deze uitzonderingsbepaling op hen niet van toepassing was.

Het beroep van de stichting op het werkgeversbegrip uit de richtlijn faalt reeds omdat de richtlijn eerst op 20 juli 2009 in werking is getreden en derhalve ten tijde van belang nog niet in werking was getreden.

Evenmin kan het betoog van de stichting dat de zij niet in strijd met de doelstellingen van de Wav heeft gehandeld slagen. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen (*Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 1*) blijkt dat de doelstellingen van de Wav onder meer zijn het tegengaan van het faciliteren van de voortzetting van illegaal verblijf en het voorkomen van concurrentievervalsing. Door de vreemdelingen aan wie zij bijstand verleent arbeid te laten verrichten, heeft zij gehandeld in strijd met deze doelstellingen. Nu de werkzaamheden hebben plaatsgevonden in een eetcafé, waar bezoekers tegen betaling een maaltijd kregen, kan de stichting niet gevolgd worden in haar standpunt dat geen sprake kan zijn van concurrentievervalsing. Dat sprake zou zijn van excessief formalisme door deze activiteiten beboetbaar te stellen wordt gelet op voormelde doelstellingen van de Wav evenmin gevolgd.

Het beroep van de stichting op artikel 15, eerste lid, derde volzin, van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van strafrecht, leidt niet tot het ermee beoogde doel. Ten tijde van de overtreding diende voor de door de desbetreffende vreemdeling verrichte arbeid te worden beschikt over een tewerkstellingsvergunning. Dat zulks thans niet meer het geval is, is gelegen in veranderde omstandigheden, niet in een

veranderd inzicht van de wetgever over de strafwaardigheid van de geconstateerde overtreding. Er bestaat derhalve geen grond voor het oordeel dat de boete in strijd met voormelde bepalingen is opgelegd. Voor het standpunt van de stichting dat deze bepalingen analoog hadden moeten worden toegepast in geval van gewijzigde omstandigheden, bestaat geen aanleiding, nu de gewijzigde omstandigheden niet afdoen aan de strafwaardigheid van de overtreding.

De rechtbank heeft derhalve terecht overwogen dat de minister bevoegd was de stichting een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 2, eerste lid van de Wav met betrekking tot drie vreemdelingen.

Het betoog faalt.

2.4.

Tot slot betoogt de stichting dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat geen sprake was van verminderde verwijtbaarheid of verminderde ernst die tot matiging van de boete zou moeten leiden. Hiertoe voert zij aan dat de doelstelling van de stichting is belangen van vreemdelingen te behartigen. Het specifieke project waarbij de vreemdelingen zijn aangetroffen brengt volgens de stichting geen uitbuiting met zich en heeft geen winstoogmerk. Voorts heeft het project jarenlang bestaan en is het gesubsidieerd door de gemeente, zonder dat de stichting kenbaar is gemaakt dat in het kader van het project beboetbare feiten werden begaan. Gelet hierop en de onder 2.3. vermelde omstandigheden waaronder de activiteiten werden verricht, heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat de stichting zich had moeten realiseren dat zij had moeten navragen of tewerkstellingsvergunningen waren vereist voor de vreemdelingen.

2.4.1.

De minister moet bij de aanwending van de bevoegdheid een boete op te leggen de hoogte van de boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Ingevolge de verplichting hem opgelegd in artikel 19d, derde lid, van de Wav, heeft de minister beleidsregels vastgesteld waarin de boetebedragen voor de overtredingen zijn vastgesteld. Deze beleidsregels zijn door de Afdeling als zodanig niet onredelijk bevonden (zie onder meer de uitspraak van 23 juni 2010 in zaak nr. 200908558/1/V6). Ook bij de toepassing van deze beleidsregels en de daarin vastgestelde boetebedragen dient de minister 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 het bestuur met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.

2.4.2.

De doelstelling van de stichting en de omstandigheden dat zij de vreemdelingen niet heeft uitgebuit, maar juist zou hebben geholpen en dat zij geen winstoogmerk heeft, zijn onvoldoende voor het oordeel dat de rechtbank heeft miskend dat de minister de boete om die reden had dienen te matigen. Redengevend hiervoor is dat het de stichting juist door haar doelstelling, het behartigen van de belangen van vreemdelingen die niet rechtmatig in Nederland verblijven, bekend was, althans behoorde te zijn, dat de vreemdelingen geen werkzaamheden mochten verrichten. Gelet hierop had het, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, op de weg van de stichting gelegen om voordat zij de vreemdelingen werkzaamheden liet verrichten in het café, bij de bevoegde instanties na te vragen of dit op deze manier was toegestaan. Onbekendheid met de reikwijdte van de Wav is geen grond voor matiging. De omstandigheid dat de stichting door de gemeente Utrecht wordt gesubsidieerd en zij er door de gemeente noch de nationale overheid op is gewezen dat zij in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav handelde, doet niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van de stichting om op de hoogte te zijn van de op haar rustende verplichtingen. De rechtbank heeft ook hierin terecht geen grond gezien voor het oordeel dat de boete had moeten worden gematigd.

Het betoog faalt.

2.5.

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

2.6.

Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;
recht doende:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Noot

Auteur: C.M. Saris

Zie noot onder *AB* 2011/313.