

## Wav-boete. Reikwijdte werkgeversbegrip.

ABRvS 12-01-2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP0561, m.nt. C.M. Saris

### Instantie

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

### Datum

12 januari 2011

### Magistraten

Mrs. H. Troostwijk, M.A.A. Mondt-Schouten, A.B.M. Hent

### Zaaknummer

201006100/1/V6.

### Noot

C.M. Saris

### LJN

BP0561

### Vakgebied(en)

Arbeidsrecht / Algemeen

Vreemdelingenrecht / Bijzondere onderwerpen

Arbeidsrecht / Arbeidsmarktbeleid en -bemiddeling

Bestuursrecht algemeen / Handhaving algemeen

EU-recht / Marktintegratie

### Brondocumenten

ECLI:NL:RVS:2011:BP0561, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 12-01-2011

### Wetgeving

Wav art. 1, 2, 15, 18, 19, 19a en 19d, VWEU art. 45, 48, 49, 54

## Essentie

Wav-boete. Reikwijdte werkgeversbegrip.

## Samenvatting

*De minister kan niet worden gevolgd in zijn standpunt dat uit de verklaringen van wederpartij en de vreemdeling blijkt dat tussen hen sprake was van een gezagsverhouding. Uit het boeterapport blijkt dat de vreemdeling tijdens het verhoor door de inspecteur heeft verklaard werkzaam te zijn als zelfstandige en een of twee keer per week via wederpartij te werken. Zij staat sinds februari 2008 ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel onder de handelsnaam Balkanis. Op 5 juni 2008 heeft de vreemdeling een vreemdelingendocument ontvangen voor arbeid als zelfstandige geldig van 4 juni 2008 tot en met 19 mei 2013. Uit de bij het boeterapport behorende verklaringen van de vreemdeling en de wederpartij blijkt weliswaar dat wederpartij afspraken maakte met de klant over het basistarief per uur en over het tijdstip, maar daaruit blijkt ook dat het de vreemdeling vrijstond de afspraak te weigeren. Voorts blijkt uit de verklaringen dat de vreemdeling tijdens een opdracht meer kon verdienen dan het basisbedrag, omdat zij voor extra handelingen een aanvullend bedrag in rekening bracht. (..)*

*Hetgeen de minister heeft aangevoerd kan derhalve niet afdoen aan het oordeel van de rechtbank dat de vreemdeling arbeid als zelfstandige in het kader van haar vrijheid van vestiging heeft verricht. Gelet hierop kan de minister niet worden gevolgd in zijn standpunt dat wederpartij als vergunningplichtig werkgever in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wav, kan worden aangemerkt*

## Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, appellant, tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 20 mei 2010 in zaak nr. 09/4411 in het geding tussen:

wederpartij

en

de minister.

## Uitspraak

### 1. Procesverloop

Bij besluit van 24 juli 2009 heeft de minister wederpartij een boete van € 4000 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 20 november 2009 heeft de minister het door wederpartij daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Bij uitspraak van 20 mei 2010, verzonden op 25 mei 2010, heeft de rechtbank het door wederpartij daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en het besluit van 24 juli 2009 herroepen. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft de minister bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 25 juni 2010, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 22 juli 2010. Deze brieven zijn aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Wederpartij heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 2 november 2010, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. E.F. Roskott en mr. A.G. Oosthoek, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en wederpartij, in persoon en bijgestaan door mr. J. Berkouwer, advocaat te Schiedam, 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, eerste lid, aanhef en onderdeel b, onder 1o, 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, van de Wav 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 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 een 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 artikel 2 wordt voor de werkgever als natuurlijk persoon bij een gedraging in strijd met artikel 2, eerste lid, als uitgangspunt voor de berekening van de op te leggen boete 0,5 maal het boetenormbedrag gehanteerd.

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

Ingevolge artikel 39, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag), thans, na wijziging, artikel 45, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU), is het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap vrij.

Ingevolge artikel 43, eerste alinea, van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 49, eerste alinea, van het VWEU, zijn in het kader van de volgende bepalingen 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.

Ingevolge de laatste alinea van dit artikel omvat de vrijheid van vestiging, 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 48, van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 54, tweede alinea, van het VWEU, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.

Ingevolge artikel 23 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Bulgarije en Roemenië en de aanpassing van de verdragen waarop de Europese Unie is gegrond (hierna: de Toetredingsakte), voor zover thans van belang, zijn de in Bijlage VII bij deze Akte vermelde besluiten ten aanzien van Roemenië van toepassing onder de in die bijlage neergelegde voorwaarden.

Ingevolge Bijlage VII Lijst bedoeld in artikel 23 van de Toetredingsakte: overgangsmaatregelen, Roemenië, onderdeel 1, punt 1, is 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, Roemenië en Nederland, artikel 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, 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, 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 Roemenië, nationale of uit bilaterale overeenkomsten voortvloeiende maatregelen toepassen om de toegang van Roemeense onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen. Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om ingevolge voormelde Bijlage VII het recht op het vrij verkeer van werknemers, zoals neergelegd in artikel 39 van het EG-Verdrag, thans, na wijziging, artikel 45 van het VWEU, tijdelijk te beperken en heeft door voortzetting van de overgangperiode de vergunningplicht ingevolge de Wav tot 1 januari 2012 gehandhaafd (*Kamerstukken II 2008/09, 29 407, 98, p. 4*).

## 2.2.

In het arrest van 20 november 2001, nr. C-268/99 (*AB 2001/413, m.nt. I. Sewandono; red.*), Jany e.a., ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)) heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) in punt 70 overwogen:

'70.

Het staat aan de nationale rechter om in elk afzonderlijk geval aan de hand van de hem voorgelegde bewijzen na te gaan, of is voldaan aan de voorwaarden op grond waarvan kan worden aangenomen dat de prostitutie door de dienstverrichter zelfstandig wordt beoefend, te weten:

—

zonder enige gezagsverhouding met betrekking tot de keuze van deze activiteit, de arbeidsomstandigheden en de beloning,

—

onder zijn eigen verantwoordelijkheid, en

—

tegen een beloning die volledig en rechtstreeks aan hem wordt betaald.'

## 2.3.

Het door een inspecteur van de Arbeidsinspectie (hierna: de inspecteurs) op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 2 juni 2009 (hierna: het boeterapport) houdt in dat op 28 mei 2008 een vreemdeling van Roemeense nationaliteit (hierna: de vreemdeling) werkzaamheden verrichtte die bestonden uit het zich aanbieden als escortdame. Het proces-verbaal van

bevindingen van 14 november 2008, op ambtsbelofte opgemaakt door een brigadier van politie Zuid-Holland Zuid, houdt in dat door deze ambtenaar van de vreemdelingenpolitie op 28 mei 2008 omstreeks 12:30 uur telefonisch contact is opgenomen met bl-escort, de onderneming van wederpartij. Hierbij deed hij zich voor als klant. Hij werd te woord gestaan door wederpartij die de afspraak maakte en hem daarbij een Oost-Europese dame aanbood. Hierbij werd een prijs van € 110 afgesproken. Omstreeks 20:30 uur werd de vreemdeling door wederpartij bij het controleadres afgezet, aldus dit proces-verbaal.

De bij het boeterapport gevoegde verklaring van de vreemdeling houdt in dat zij sinds februari 2008 als zelfstandige in de escortprostitutie staat ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Als zij zelf geen werk heeft, krijgt zij een of twee keer per week een opdracht via bl-escort. wederpartij heeft haar gevraagd of zij die dag een klus wilde doen. Hij heeft haar zelf weggebracht.

Wederpartij heeft op 3 maart 2009 verklaard destijds te bemiddelen tussen verschillende escortdames en de klanten en te zorgen voor veiligheid en vervoer. De vreemdeling werkte sinds februari 2008 via bl-escort. Zij kreeg vijf tot tien keer per maand een klant aangeboden. Daarnaast had zij haar eigen klanten, maar wederpartij weet niet hoeveel. Hij heeft namens bl-escort bij de politie en de Immigratie- en Naturalisatiedienst geïnformeerd of vreemdelingen uit Roemenië in Nederland mochten werken. Bij een eerdere controle van de vreemdeling op 28 maart 2008 is de vreemdeling als zelfstandige aangemerkt. Volgens wederpartij staan de afspraken met de escortdames niet op papier. Afgesproken was dat de prijzen afhankelijk zijn van de regio. Het vaste bedrag dat de dames van de klanten ontvingen was € 100, hiervan kreeg bl-escort € 50. Bl-escort kreeg niets van het geld dat de dames met extra diensten verdienden. wederpartij adverteerde op internet met foto's van de dames. Als een klant met de vreemdeling wilde afspreken, werd zij eerst door wederpartij gebeld. Zij besliste of zij akkoord ging met de gemaakte afspraak. De dames moesten vooraf aangeven wanneer zij beschikbaar waren. Er waren schriftelijke afspraken gemaakt met de dames over wat zij wel en niet wilden doen. Anders dan de andere dames had de vreemdeling een eigen chauffeur.

## **2.4.**

De minister betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de vreemdeling de werkzaamheden als zelfstandige heeft verricht en dat wederpartij slechts als bemiddelaar is opgetreden. Hiertoe voert hij aan dat uit de verklaringen van wederpartij en de vreemdeling blijkt dat wederpartij de regie voerde over de door de vreemdeling verrichte werkzaamheden, omdat hij de advertenties voor de vreemdeling op de website van het escortbureau plaatste, afspraken maakte met de klanten, de prijs met hen overeenkwam, het vervoer verzorgde, € 50 per opdracht ontving van de vreemdeling en zij in haar administratie geen posten voor acquisitie en vervoer had opgenomen. Dat de vreemdeling gebruik maakte van andere chauffeurs acht de minister niet aannemelijk, omdat dit niet uit de administratie van de vreemdeling blijkt. Dat de vreemdeling geen posten voor vervoer en acquisitie in haar administratie had opgenomen omdat zij gratis zou adverteren en voor haar vervoer gebruik maakte van illegale taxi's die geen rekeningen uitschrijven is volgens de minister evenmin aannemelijk. Voorts acht de minister in de verklaringen van de vreemdeling en wederpartij geen aanknopingspunten aanwezig voor het standpunt dat het voor de vreemdeling mogelijk was om extra geld te verdienen naast het basisbedrag. Daarnaast betoogt de minister onder verwijzing naar de uitspraken van de Afdeling van 5 maart 2008 in zaak nr. 200704574/1 en 7 oktober 2009 in zaak nr. 200808746/1/V6, dat ook indien wederpartij als bemiddelaar handelde, hij als werkgever in de zin van de Wav kan worden aangemerkt. Volgens de minister gingen de activiteiten van wederpartij de werkzaamheden als bemiddelaar te boven.

### **2.4.1.**

De minister kan niet worden gevolgd in zijn standpunt dat uit de verklaringen van wederpartij en de vreemdeling blijkt dat tussen hen sprake was van een gezagsverhouding. Uit het boeterapport en de daarbij behorende verklaring van de vreemdeling blijkt dat de vreemdeling tijdens het gehoor door de inspecteur heeft verklaard werkzaam te zijn als zelfstandige, haar eigen klanten te hebben en een of twee keer per week via wederpartij te werken. Zij staat sinds februari 2008 ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel onder de handelsnaam Balkanis, opgericht op 21 februari 2008. De bedrijfsomschrijving is prostitutiebedrijf, escortservice en het geven van (erotische) massages. Op 5 juni 2008 heeft de vreemdeling een vreemdelingendocument ontvangen voor arbeid als zelfstandige geldig van 4 juni 2008 tot en met 19 mei 2013. Uit de bij het boeterapport behorende verklaringen van de vreemdeling en wederpartij blijkt weliswaar dat wederpartij afspraken maakte met de klant over het basistarief per uur en over het tijdstip, maar uit deze verklaringen blijkt ook dat de vreemdeling vrijstond de afspraak te weigeren. Voorts blijkt uit deze verklaringen dat de vreemdeling tijdens een opdracht meer kon verdienen dan het basisbedrag, omdat zij voor extra handelingen een aanvullend bedrag in rekening bracht. Ter zitting heeft wederpartij onbestreden verklaard dat de vreemdeling ter plekke met de klant de prijs voor de gewenste handelingen besprak. Beiden hebben verklaard dat wederpartij € 50,00 per afspraak ontving van de vreemdeling, ongeacht het door haar verdiende bedrag. Deze bemiddelingskosten werden door wederpartij onder andere gebruikt voor de door hem geplaatste advertenties op internet, veiligheid, bestaande uit een bekend klantenbestand en zo nu en dan het vervoer. De omstandigheid dat wederpartij ten tijde van de controle zorg heeft gedragen voor het vervoer van de vreemdeling, is in het licht van het vorenstaande onvoldoende voor het oordeel dat sprake is van een gezagsverhouding. Dat de vreemdeling een summiere administratie voerde en daarin geen posten voor acquisitie en vervoer heeft opgenomen, leidt evenmin tot dit oordeel, nu niet is gebleken dat de vreemdeling voor de werkzaamheden die zij buiten wederpartij om verrichtte wel een deugdelijke administratie voerde. De minister heeft voorts nagelaten om kopieën van de in de administratie van de vreemdeling opgenomen stukken bij het boeterapport te voegen, maar heeft volstaan met een opsomming van de aanwezige stukken.

Hetgeen de minister heeft aangevoerd kan derhalve niet afdoen aan het oordeel van de rechtbank dat de vreemdeling arbeid als zelfstandige in het kader van haar vrijheid van vestiging heeft verricht. Gelet hierop kan de minister niet worden gevolgd in

zijn standpunt dat wederpartij als vergunningplichtig werkgever in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wav, kan worden aangemerkt. Het beroep van de minister op voormelde uitspraken van de Afdeling kan niet slagen nu in die zaken niet de vraag of de vreemdelingen arbeid als zelfstandigen hebben verricht ter beantwoording voorlag.

Het betoog faalt.

## **2.5.**

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

## **2.6.**

De minister dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

## **3. Beslissing**

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

### **I.**

bevestigt de aangevallen uitspraak;

### **II.**

veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij wederpartij in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 437 (zegge: vierhonderdzevenendertig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

### **III.**

bepaalt dat van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een griffierecht van € 448 (zegge: vierhonderdachtenveertig euro) wordt geheven.

## **Noot**

**Auteur:** C.M. Saris

Zie noot onder *AB* 2011/353.