

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de vennootschap onder firma

gevestigd te

appellante,

tegen de uitspraak in zaak no. SBR 06/3004 van de rechtbank Utrecht van
1 december 2006 in het geding tussen:

appellante

en

de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 27 maart 2006, voor zover thans van belang, heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de staatssecretaris), aan appellante een bestuurlijke boete van € 88.000 opgelegd wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 3 augustus 2006 heeft de staatssecretaris het daartegen door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 1 december 2006, verzonden op 14 december 2006, heeft de rechtbank Utrecht (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 25 januari 2007, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 28 februari 2007. Deze brieven zijn aangehecht.

Bij brief van 23 maart 2007 heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) van antwoord gediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 13 juli 2007, waar appellante, vertegenwoordigd door _____ vennoot, bijgestaan door mr. J.A.A. van de Westelaken, advocaat te Breda, en de minister, vertegenwoordigd door mr. M. Grandiek, 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 1e, eerste lid, van het Besluit uitvoering Wav, voor zover thans van belang, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wav niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland arbeid verricht in dienst van een werkgever die buiten Nederland is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie, mits

- a. de vreemdeling gerechtigd is als werknemer van deze werkgever de arbeid te verrichten in het land alwaar de werkgever gevestigd is,
- b. de werkgever de arbeid in Nederland voor de aanvang daarvan schriftelijk aan de Centrale organisatie voor werk en inkomen heeft gemeld, onder overlegging van een verklaring en bewijsstukken als bedoeld in het tweede lid, en
- c. er geen sprake is van dienstverlening die bestaat uit het ter beschikking stellen van arbeidskrachten.

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 18a, derde lid, voor zover thans van belang, wordt voor de toepassing van het eerste lid met een rechtspersoon gelijk gesteld:

- 1°. de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid; (...).

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, 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.

Ingevolge artikel 19d, derde lid, stelt de minister beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de beboetbare feiten worden vastgesteld.

Volgens beleidsregel 1 van de beleidsregels boeteoplegging Wav, zoals die ten tijde van belang luiden, (hierna: de beleidsregels) wordt 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 gesteld op € 8.000 per illegaal tewerkgestelde vreemdeling.

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 de onderdanen der lidstaten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat, waarin degene is gevestigd te wiens behoefte de dienst wordt verricht.

Ingevolge artikel 50, laatste alinea, voor zover thans van belang, kan 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 (hierna: Bijlage XII), 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 lidstaten, in afwijking van de artikelen 1 tot en met 6 van Verordening (EEG) nr. 1612/68 tot het einde van het tweede jaar na de datum van toetreding van Polen, nationale maatregelen toepassen om de toegang van Poolse onderdanen tot hun arbeidsmarkten te regelen.

2.2. Vaststaat dat elf Poolse werknemers (hierna: de vreemdelingen), die in dienst waren van [redacted] voor [redacted] (hierna: [redacted], gevestigd in [redacted] op 22 juni 2005 in het bedrijf van appellante werkzaamheden hebben verricht, bestaande uit het schoonmaken en bewerken van vis, zonder dat appellante dan wel over tewerkstellingsvergunningen beschikte.

2.3. Het betoog van appellante dat niet alle inlichtingen- en verhoorformulieren van de vreemdelingen volledig zijn ingevuld en ondertekend is voor het eerst in hoger beroep aangevoerd. Aangezien het hoger beroep is gericht tegen de aangevallen uitspraak en er in dit geval geen reden is waarom dit betoog niet reeds voor de rechtbank had kunnen worden aangevoerd, dient dit betoog buiten beschouwing te blijven.

2.4. Appellante betoogt dat voor de desbetreffende werkzaamheden geen tewerkstellingsvergunningen waren vereist. Daartoe voert zij aan dat de rechtbank, door te overwegen dat sprake was van het door [redacted] ter beschikking stellen van arbeid, heeft miskend dat [redacted] een in een EU-lidstaat gevestigde dienstverrichter is en dat de door de vreemdelingen verrichte werkzaamheden vallen onder het vrije dienstenverkeer van artikel 49 van het EG-Verdrag, aangezien [redacted] de werkzaamheden geheel zelfstandig heeft uitgevoerd en een gezagsrelatie tussen appellante en de vreemdelingen ontbrak. Volgens appellante is sprake van een uitzondering als bedoeld in artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wav in samenhang met artikel 1e, eerste lid, van het Besluit uitvoering Wav, en is de eis van een tewerkstellingsvergunning in strijd met het EG-recht.

2.4.1. Nederland heeft krachtens voormelde Bijlage XII de mogelijkheid om het recht op het vrij verkeer van werknemers zoals neergelegd in artikel 39 van het EG-Verdrag tijdelijk te beperken en heeft hiervan gebruik gemaakt door tijdens de eerste twee jaar van de overgangperiode de vergunningplicht ingevolge de Wav te handhaven.

In Bijlage XII is tussen Polen en Nederland geen overgangsregeling getroffen voor het vrij verkeer van diensten. Gelet op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het HvJ EG) van

27 maart 1990 in de zaak C-113/89 (RV 1990, 89) dient te worden onderzocht of de tewerkstelling van de vreemdelingen bij appellante valt onder grensoverschrijdende dienstverrichting, waaraan blijkens dat arrest onder omstandigheden beperkingen en voorwaarden mogen worden gesteld.

2.4.2. In dat arrest heeft het HvJ EG onder rechtsoverwegingen 14 tot en met 17 overwogen:

"14 De in artikel 216 Toetredingsakte voorziene uitzondering heeft betrekking op titel I van het Eerste deel van verordening nr. 1612/68, betreffende de toegang tot de arbeidsmarkt. De nationale bepalingen of bepalingen uit overeenkomsten die tijdens de toepassingsperiode van die uitzondering blijven gelden, zijn die waarbij immigratie en de toegang tot arbeid in loondienst aan een vergunning worden onderworpen. Hieruit volgt, dat de uitzondering van artikel 216 van toepassing is wanneer de toegang, voor Portugese werknemers, tot de arbeidsmarkt van andere lid-Staten en de regeling inzake de binnenkomst en het verblijf van Portugese werknemers die om die toegang verzoeken, alsmede van hun gezinsleden, aan de orde zijn. Die toepassing is gerechtvaardigd wanneer onder die omstandigheden de arbeidsmarkt van de ontvangende Lid-Staat dreigt te worden verstoord.

15 Dit geldt evenwel niet wanneer het, zoals in casu, gaat om de tijdelijke verplaatsing van werknemers die naar een andere Lid-Staat worden gezonden voor het verrichten van werkzaamheden in de sector bouwnijverheid of openbare werken, in het kader van een dienstverrichting van hun werkgever. Die werknemers keren na voltooiing van hun taak immers terug naar hun land van herkomst, zonder dat zij op enig moment toegang krijgen tot de arbeidsmarkt van de ontvangende Lid-Staat.

16 Voor zover het begrip dienstverrichting in de zin van artikel [50 EG]-Verdrag activiteiten van zeer uiteenlopende aard omvat, geldt niet voor alle gevallen dezelfde conclusie. Inzonderheid moet worden erkend, gelijk de Franse regering heeft opgemerkt, dat een onderneming die arbeidskrachten ter beschikking stelt, weliswaar dienstverrichter is in de zin van het Verdrag, maar werkzaamheden verricht die juist tot doel hebben, werknemers toegang te geven tot de arbeidsmarkt van de ontvangende Lid-Staat. In een dergelijk geval zou het in strijd zijn met artikel 216, dat een dienstverrichtende onderneming uit Portugal afkomstige werknemers ter beschikking stelt.

17 Het voorgaande heeft echter generlei gevolg voor het recht van een dienstverrichter in de sector bouwnijverheid en openbare werken, zich met zijn Portugese personeel te verplaatsen voor de duur van de aangenomen werkzaamheden. In dat geval moeten de Lid-Staten wel kunnen nagaan, of een Portugese onderneming werkzaam in de sector bouwnijverheid of openbare werken de vrijheid van dienstverrichting niet gebruikt voor een ander doel, bij voorbeeld ten einde haar personeel te laten overkomen om werknemers in strijd met artikel 216 Toetredingsakte werk te verschaffen of ter beschikking te stellen. Die controle moet geschieden met inachtneming van de door het gemeenschapsrecht gestelde beperkingen, met name die voortvloeiend uit de vrijheid van dienstverrichting, die niet illusoir mag worden gemaakt. En waarvan de uitoefening niet aan de beoordelingsvrijheid van de administratie onderworpen mag zijn."

2.4.3. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 2 augustus 2006 in zaak no. 200601393/1, JV 2006/361) verstaat zij voormelde overwegingen aldus, dat het in Nederland enkel terbeschikkingstellen van eigen werknemers door een Poolse onderneming weliswaar valt aan te merken als het verrichten van diensten in de zin van artikel 49 van het EG-Verdrag, maar dat in dat geval de werknemers tot de arbeidsmarkt van Nederland toetreden, de overgangsregeling voor de toegang van werknemers van toepassing is en Nederland bevoegd is maatregelen te treffen om de toegang van deze werknemers tot de arbeidsmarkt te regelen. De in de Wav voor de werkgever neergelegde vergunningplicht is een dergelijke maatregel.

2.5. Niet aannemelijk is geworden dat in dit geval sprake was van een situatie als aan de orde in voormeld arrest van het HvJ EG, waarin een in een Lid-Staat gevestigde dienstverrichter, die aldaar werkzaam is in een bepaalde sector, in het kader van aangenomen werkzaamheden zijn diensten tijdelijk in een andere Lid-Staat verricht. Niet is gebleken dat zowel voor aanvang van de samenwerking met appellante op 1 oktober 2004 als daarna, in Polen reële en daadwerkelijke economische activiteiten in welke zin dan ook heeft ontplooid. De stelling dat zich als bedrijf in Polen richt op visverwerking vindt geen steun in de omschrijving van de bedrijfsactiviteiten zoals vermeld in de Verklaring omtrent de inschrijving in het bedrijfsregister van Voorts blijkt uit die verklaring dat de bedrijfsuitoefening eerst op 14 oktober 2004 een aanvang heeft genomen, zodat, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, daaruit mag worden afgeleid dat is opgericht uitsluitend dan wel met name ten behoeve van de samenwerking met appellante.

De rechtbank heeft bij haar oordeel dat sprake is van het door ter beschikking stellen van arbeid voorts terecht in aanmerking genomen dat de ten tijde van de controle door de vreemdelingen uitgevoerde werkzaamheden tot de normale werkzaamheden van het visverwerkingsbedrijf van appellante behoren.

De klacht dat de rechtbank uit de verklaring van voornoemd, eigenaar van , ten onrechte heeft afgeleid dat de vreemdelingen ten tijde van de controle de werkzaamheden nog aan het leren waren is terecht voorgedragen, maar kan niet leiden tot het ermee beoogde doel. Mroczkowski heeft verklaard dat het doel dat partijen met de samenwerking voor ogen hadden, namelijk dat partijen vis inkoopt en verwerkt om deze vervolgens aan appellante te leveren, ten tijde in geding nog niet was bereikt. Tevens blijkt uit de verklaring van dat hij van de productiechef van appellante instructies kreeg over de benodigde hoeveelheid personeel voor de volgende dag en de door de vreemdelingen te verrichten werkzaamheden.

Gelet op het hiervoor overwogene bestaat geen grond voor het oordeel dat sprake is van een uitzondering als bedoeld in artikel 3, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wav in samenhang met artikel 1e, eerste lid, van het Besluit uitvoering Wav, en dat het eisen van een tewerkstellingsvergunning in strijd is met het EG-recht.

Het betoog faalt.

2.6. Voorts betoogt appellante dat zij ten onrechte is aangemerkt als werkgever in de zin van artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 1°, van de Wav.

2.6.1. Blijkens de memorie van toelichting (Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 3, p. 13) bij de artikelen 1 en 2 is degene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig in het kader van de Wav. Voor het oordeel dat voor het kwalificeren als werkgever in de zin van de Wav een gezagsverhouding is vereist, biedt de tekst noch de toelichting van de Wav enige grond.

Het betoog faalt.

2.7. Appellante klaagt ten slotte dat de rechtbank ten onrechte geen aanleiding heeft gezien de boete te matigen. Daartoe voert zij aan dat de in de beleidsregels vermelde boete van € 8.000 per overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav, indien begaan door een rechtspersoon, onevenredig is. Daarnaast voert appellante aan dat zij wegens de slechte financiële situatie van haar bedrijf de boete niet kan betalen.

2.7.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, (uitspraak van 11 juli 2007 in zaak no. 200607461/1; www.raadvanstate.nl) bestaat geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris bij het vaststellen van de beleidsregels tot een onredelijke beleidsbepaling is gekomen dan wel discriminatoir heeft gehandeld.

Dat bij de parlementaire behandeling van het voorstel tot Wijziging van de Wav in verband met invoering van bestuursrechtelijke handhaving aanvankelijk van lagere boetenormbedragen is uitgegaan, biedt geen grond voor een ander oordeel. Bij de invoering van de bestuurlijke boete hebben de Staten-Generaal de staatssecretaris uitdrukkelijk verzocht de in het beleid neergelegde boete te verhogen tot een bedrag van € 8.000 per overtreding, indien begaan door een rechtspersoon (Kamerstukken II 2003/04, 29 523, nr. 3, p. 6 en Kamerstukken I 2004/05, 29 523, C, p. 2).

Voorts noopt hetgeen appellante omtrent haar financiële positie heeft aangevoerd in dit geval niet tot matiging van de boete, reeds omdat appellante die positie niet met recente gegevens heeft onderbouwd. Hierbij wordt mede in aanmerking genomen dat ter zitting van de zijde van de minister is gewezen op de mogelijkheid in de fase van de invordering van de boete een verzoek tot het treffen van een betalingsregeling in te dienen.

De klacht faalt.

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

2.9. 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, Voorzitter, en
mr. A.W.M. Bijloos en mr. M.A.A. Mondt-Schouten, Leden, in
tegenwoordigheid van mr. J.W. Prins, ambtenaar van Staat.

w.g. Van Wagtendonk
Voorzitter

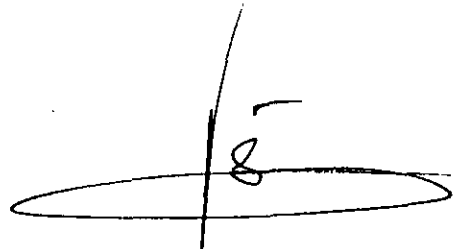
w.g. Prins
ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 5 september 2007

363.

Verzonden: 5 september 2007

Voor eensluidend afschrift,
de Secretaris van de Raad van State,
voor deze,

A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line on the left, a horizontal line at the bottom, and a stylized 'V' shape on the right.

mr. H.H.C. Visser,
directeur Bestuursrechtspraak



Ministerie van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid

INGEKOMEN

07 AUG 2006

Sector bestuursrecht
Rachibank Utrecht

AI

Kortman Advocaten
t.a.v. de heer mr.
Postbus 85966
2508 CR DEN HAAG

Postbus 11563
2502 AN Den Haag
Telefoon (070) 333 44 44
Telefax (070) 333 51 16
www.arbeidsinspectie.szw.nl

Uw brief
05 mei 2006

Ons kenmerk
AI/JZ/2006/66589

Doorkiesnummer
(070) 333 5190

Onderwerp
beslissing op bezwaar

Datum
03 AUG. 2006

Contactpersoon
mr. Grandiek

Geachte heer

Bij brief van 05 mei 2006 heeft u namens (hierna: uw cliënte)
bezwaar aangetekend tegen de beschikking van 27 maart 2006, kenmerk 070504051/04.

A. De feiten

Op 22 juni 2005 werd uw cliënte bezocht door inspecteurs van de Arbeidsinspectie in verband met een controle in het kader van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav). Tijdens deze controle werden bij uw cliënte elf personen aangetroffen die werkzaamheden in de productieruimte verrichtten. Het betrof de volgende personen:

allen met de Poolse nationaliteit. De werkzaamheden bestonden onder meer uit het schoonmaken en bewerken van vis. Deze personen bleken vreemdelingen in de zin van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000) te zijn, zodat uw cliënte voor hen in het bezit diende te zijn van tewerkstellingsvergunningen. Uw cliënte beschikte echter niet over deze vergunningen. De inspecteurs constateerden derhalve elf overtredingen van artikel 2, eerste lid Wav. Daarnaast beschikte uw cliënte niet over afschriften van een geldig identiteitsdocument van de vreemdelingen die te werk waren gesteld door tussenkomst van Dienstverlenings- en Handelsbedrijf (hierna:). Derhalve constateerden de inspecteurs elf overtredingen van artikel 15 Wav.

Met de kennisgeving van 06 maart 2006 is uw cliënte op de hoogte gesteld van het voornemen haar een bestuurlijke boete op te leggen.

Bij beschikking van 27 maart 2006 is uw cliënte een bestuurlijke boete opgelegd van in totaal € 104.500,-. Namens uw cliënte heeft u op 29 maart 2006 uw zienswijze schriftelijk kenbaar gemaakt. Op 30 maart 2006 is u namens de boeteoplegger een reactie op uw zienswijze toegestuurd. Namens uw cliënte heeft u tegen de boetebeschikking tijdig bezwaar ingediend.

Op 07 juli 2006 heeft u na de hoorzitting aanvullende gronden op het bezwaarschrift ingediend.

B. Het bezwaarschrift

U stelt in het bezwaarschrift, samengevat en voor zover relevant, primair dat sprake is van grensoverschrijdende dienstverlening door [] aan uw cliënte, waarvoor volgens Europese regelgeving geen tewerkstellingsvergunningen vereist mogen worden. Subsidiair stelt u dat de boetebeschikking onvoldoende gemotiveerd is en doet u een beroep op het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Tot slot ontkent uw cliënte dat zij niet de identiteit van de vreemdelingen vastgesteld heeft aan de hand van hun identiteitsbewijzen en dat zij geen afschriften hiervan in de administratie opgenomen had.

C. Wettelijk kader en beleid

Artikel 2, eerste lid Wav bepaalt dat het een werkgever verboden is een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Conform het tweede lid van dit artikel is dit verbod niet van toepassing met betrekking tot de vreemdeling ten aanzien van wie tevens een ander als werkgever optreedt, indien die ander beschikt over een voor de desbetreffende arbeid geldige tewerkstellingsvergunning.

Artikel 15, tweede lid Wav bepaalt dat de werkgever bij wie de arbeid feitelijk verricht wordt de identiteit van de vreemdeling vaststelt aan de hand van het document bedoeld in artikel 1 eerste lid onder 1° tot en met 3° van de Wet op de identificatieplicht, waarvan hij een afschrift bij aanvang van de werkzaamheden ontvangen heeft van de werkgever bij wie de arbeid niet feitelijk verricht wordt. Lid 3 van dit artikel schrijft voor dat de werkgever bij wie de arbeid feitelijk wordt verricht voornoemd afschrift bewaart tot ten minste vijf jaren na het einde van het kalenderjaar waarin de arbeid door de vreemdeling is beëindigd.

Artikel 1, eerste lid aanhef en sub b onder 1° Wav bepaalt dat een werkgever is degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten. Lid 1 aanhef en sub c van dit artikel bepaalt dat onder een vreemdeling wordt verstaan hetgeen daaronder wordt verstaan in de Vw 2000.

In artikel 1 onder m Vw 2000 is bepaald dat onder vreemdeling wordt verstaan ieder die de Nederlandse nationaliteit niet bezit en niet op grond van een wettelijke bepaling als Nederlander moet worden behandeld.

In artikel 18 Wav is overtreding van artikel 2 Wav als beboetbaar feit aangemerkt.

Op grond van de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Beleidsregels), beleidsregels 1 en 2 en de bijlage daarbij, bedraagt de bestuurlijke boete voor een rechtspersoon € 8.000,- per overtreding van artikel 2 Wav en € 1.500,- per overtreding van artikel 15 Wav.

D. Het horen

Gelet op artikel 7:2 van de Algemene wet bestuursrecht is uw cliënte in de gelegenheid gesteld het bezwaarschrift toe te lichten tijdens een hoorzitting. Op 03 juli 2006 vond een hoorzitting plaats. Het verslag van deze hoorzitting is als bijlage bij deze beschikking gevoegd.

Ter hoorzitting heeft u nog aanvullende bezwaargronden aangevoerd. U acht het in strijd met het legaliteitsbeginsel om aan een vennootschap onder firma een bestuurlijke boete in het kader van de Wav op te leggen, nu in de wet niet is bepaald welke boete voor een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid ten hoogste mogelijk is. Tevens meent u dat schorsende werking aan het bezwaarschrift verleend dient te worden gelet op de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM.

E. Overwegingen

Onder verwijzing naar de uitspraak van afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 14 juni 2006, welke uitspraak bij u bekend is, passeer ik de tijdens de hoorzitting aangevoerde grond. Uit voornoemde uitspraak blijkt genoegzaam dat rechtmatig aan een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid een boete in het kader van de Wav opgelegd kan worden. Uw standpunt dat een bestuurlijke boete een "criminal charge" is in de zin van artikel 6 EVRM doet hier niet aan af.

Vast staat dat de vreemdelingen werkzaamheden hebben verricht bij uw cliënte. Dit wordt door u niet ontkend. Zij waren doende met het schoonmaken en bewerken van vis. Deze werkzaamheden werden uitgevoerd in opdracht van uw cliënte. Uw cliënte voert een visverwerkingsbedrijf, zodat zij in de uitoefening van haar bedrijf een ander arbeid liet verrichten. Ook staat vast dat het hier om vreemdelingen in de zin van de Vw 2000 gaat en dat voor hen geen tewerkstellingsvergunningen waren verstrekt aan uw cliënte of aan

Uit de verklaring van de heer _____ bestuurder van _____ blijkt dat de vreemdelingen bij _____ in dienst zijn, door uw cliënte te werk worden gesteld en ingeleerd worden op de werkzaamheden in het visverwerkingsbedrijf. Het is de bedoeling dat in de toekomst _____ de vis zal leveren en verwerken en die aan uw cliënte zal gaan verkopen. Daarvan was op het moment van de controle nog geen sprake, zodat reeds om die reden geen sprake kan zijn van grensoverschrijdende dienstverlening. De door u overgelegde afschriften van betalingen door _____ Eurobasis dan wel Europlus maken deze beoordeling niet anders, evenmin als de salarislijsten en een betalingsbewijs van _____ aan een Poolse opdrachtgever betreffende de inkoop van vis. Niet bekend is waar de betalingen op zien en door mij wordt niet bestreden dat de aangetroffen vreemdelingen in dienst zijn bij _____. De aankoop van vis bij een Pools bedrijf heeft geen betekenis voor de werkzaamheden bij uw cliënte. Slechts de factuur van 16 juni 2005 ziet op levering van vis door _____ aan uw cliënte vóór de controledatum. Zo hier al sprake zou zijn van dienstverlening – hetgeen niet aannemelijk is gezien de verklaring van de heer _____ – dan is nog steeds sprake van een beboetbaar feit. Immers, Nederland heeft bij de toetreding van (onder andere) Polen tot de Europese Unie een voorbehoud gemaakt ten aanzien van het vrij verkeer van werknemers. In de gevallen dat er sprake is van grensoverschrijdende dienstverlening die uitgevoerd wordt door werknemers die niet vrij zijn op de Nederlandse arbeidsmarkt – zoals in het geval van uw cliënte -, was voor de uitvoering van de werkzaamheden een tewerkstellingsvergunning vereist. Sinds 01 december 2005 is die verplichting vervangen door een notificatie van de werkzaamheden. In dit geval was sprake van tewerkstellingsvergunningen noch van notificatie.

Ik kom tot de conclusie dat sprake is van elf overtredingen van artikel 2, eerste lid Wav nu aan alle bestanddelen van dit artikel wordt voldaan. De overtredingen zijn uw cliënte toerekenbaar en verwijtbaar.

De boetebeschikking dateert van 27 maart 2006. U heeft op 29 maart 2006 uw zienswijze kenbaar gemaakt. Dientengevolge is in de boetebeschikking niet ingegaan op uw zienswijze. Dit is hersteld bij de reactie op uw zienswijze en onderhavige beslissing op bezwaar, zodat niet langer gesteld kan worden dat de boete onvoldoende gemotiveerd is. Nu u in de bezwaarprocedure in de gelegenheid bent geweest uw standpunten mondeling en schriftelijk naar voren te brengen en hier genoegzaam op gereageerd is, is uw cliënte niet in haar verdediging geschaad.

De hoogte van de boete is gebaseerd op mijn Beleidsregels. Op grond van Beleidsregel 1 en de daarbij behorende Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav bedraagt de boete € 8.000,- per overtreding van artikel 2, eerste lid Wav. Op grond van Beleidsregel 2 wordt de boete voor een natuurlijk persoon als werkgever met 0,5 vermenigvuldigd. De in dit geval opgelegde boete is met de Beleidsregels in overeenstemming, aangezien uw cliënte een vennootschap onder firma betreft.

Aan het besluit waarbij de Beleidsregels, waarin de hoogte van de normbedragen is vastgesteld, in het leven zijn geroepen, is een belangenafweging vooraf gegaan die voldoet aan de eisen van onder meer de artikelen 3:2 en 3:4 van de Awb. De normbedragen moeten geacht worden evenredig te zijn. Voor het vaststellen van de hoogte van een in een concreet geval op te leggen boete dien ik in beginsel te handelen overeenkomstig de Beleidsregels. Op dit uitgangspunt wordt op grond van artikel 4:84 Awb slechts uitzondering gemaakt, indien onverkorte toepassing daarvan gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de Beleidsregels te dienen doelen.

U heeft in het bezwaarschrift verzocht om de boete te verlagen. Ik stel in dat verband vast dat van bijzondere omstandigheden in de zin van artikel 4:84 Awb, op grond waarvan de toepassing van de boetenormbedragen voor uw cliënt tot onevenredige gevolgen zou leiden, niet is gebleken. Ik merk daarbij op dat de achtergrond van de Beleidsregels en van de Wav, ter uitvoering waarvan ik deze Beleidsregels heb vastgesteld, is gelegen in de wens illegale tewerkstelling streng te bestrijden en verdringing van Nederlands arbeidsaanbod krachtig tegen te gaan. Daarbij is de hoogte van de normbedragen afgestemd op het strafwaardige karakter van het niet naleven van de voorschriften van de Wav en op de afschrikwekkende werking die van de boetebedragen moet uitgaan.

In uw brief van 05 mei 2006 (niet zijnde het bezwaarschrift) heeft u verzocht om een betalingsregeling. Inmiddels wordt hieromtrent een regeling met uw cliënte getroffen.

In artikel 6:16 Awb is bepaald dat slechts schorsende werking aan bezwaar wordt toegekend voor zover dit bij of krachtens wettelijk voorschrift is bepaald. De Wav voorziet niet in schorsende werking van het bezwaarschrift, zodat hier terecht de inning van de boete niet opgeschort is gedurende de behandeling van de bezwaarprocedure.

Onvoldoende is vast komen te staan dat uw cliënte geen afschriften van de identiteitsdocumenten van de vreemdelingen in de administratie opgenomen had, zodat niet kan worden gesproken van overtreding van artikel 15 Wav en de boetebeschikking op dat onderdeel niet in stand kan blijven.

Niet is gebleken van feiten of omstandigheden die aanleiding geven de boete verder te matigen of in te trekken.

F. Beslissing

Gezien uw bezwaren, de bestreden beschikking, de stukken, de hoorzitting en de vigerende regelgeving ben ik tot de volgende beslissing gekomen.

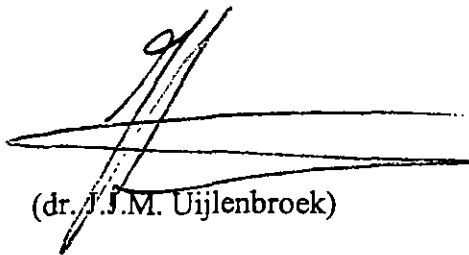
Het bezwaarschrift geeft aanleiding de opgelegde boete gedeeltelijk in te trekken. Ik herroep dan ook de bestreden beschikking.

Gelet op het voorgaande verklaar ik uw bezwaarschrift **gedeeltelijk gegrond** en herroep de beschikking voor zover elf maal een boete opgelegd is van € 1.500,- wegens overtreding van artikel 15, tweede en derde lid, Wav. Ik stel de boete thans vast op € 88.000,-.

Voor wat betreft de terugbetaling van het eventueel reeds ten onrechte geïnde bedrag van € 16.500,- vermeerderd met de wettelijke rente, ontvangt u een beschikking van de Directie Gemeenschappelijke Organisatie Bedrijfsvoering van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Ik verzoek u in verband daarmee schriftelijk te berichten op welke rekening het bedrag kan worden gestort.

Hoogachtend,
de Staatssecretaris van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,
namens deze,
Algemeen Directeur van de Arbeidsinspectie,



(dr. J.J.M. Uijlenbroek)

Overeenkomstig de Algemene wet bestuursrecht kan tegen deze beschikking beroep worden ingesteld door degene wiens belang rechtstreeks bij deze beschikking betrokken is. Daartoe moet binnen zes weken na de datum van verzending van deze beschikking een beroepschrift met een kopie van deze beschikking worden ingediend bij de sector bestuursrecht van de rechtbank van de woonplaats van degene die het beroep instelt. Opgemerkt wordt dat Amersfoort ligt binnen het rechtsgebied van de rechtbank Utrecht, Postbus 16005, 3500 DA.

Het beroepschrift dient te worden ondertekend en ten minste te bevatten de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van deze beschikking alsmede de reden(en) waarom de beschikking niet juist wordt gevonden. Voor de behandeling van het beroepschrift is griffierecht verschuldigd.

uitspraak

RECHTBANK UTRECHT

Sector bestuursrecht

zaaknummer: SBR 06/3004

uitspraak van de meervoudige kamer van 1 december 2006

inzake

gevestigd te
OIRANES,

en

de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
verweerder.



Inleiding

1.1 Het beroep heeft betrekking op het besluit van 3 augustus 2006, waarbij het bezwaar tegen het besluit van 27 maart 2006 gegrond is verklaard en de primaire beschikking is herroepen. Bij laatstgenoemd besluit had verweerder eiseres op grond van artikel 19e, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) een bestuurlijke boete opgelegd van € 104.500,- vanwege het laten verrichten van arbeid door elf vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning en vanwege het niet beschikken over afschriften van een geldig identiteitsdocument van deze vreemdelingen. Bij het bestreden besluit heeft verweerder de boete vastgesteld op € 88.000,- en heeft hij de boete herroepen voorzover hij deze had opgelegd wegens het niet beschikken over afschriften van geldige identiteitsdocumenten.

1.2 Het beroep is op 20 oktober 2006 ter zitting behandeld, waar namens eiseres is verschenen mr. J.P. Sanchez Montoto, advocaat te Den Haag. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M.J.H. Grandjean, werkzaam bij de Arbeidsinspectie.

Overwegingen

2.1 Artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, sub 1°, van de Wav bepaalt dat onder werkgever wordt 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 1e van het Besluit ter uitvoering van de Wav is dat verbod onder bepaalde voorwaarden niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening tijdelijk in Nederland arbeid verricht in dienst van een werkgever die buiten Nederland is gevestigd in een andere lidstaat van de Europese Unie.

Op grond van artikel 18 van de Wav wordt het niet naleven van artikel 2, eerste lid, aangemerkt als beboothaar feit.

Zaaknummer: SDR 06/3004

blad 2

Ingevolge artikel 18a, eerste lid, van de Wav kunnen beboetbare feiten worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Ingevolge het derde lid, sub 1°, wordt voor de toepassing van het eerste lid met een rechtspersoon gelijk gesteld de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid.

Ingevolge artikel 19a, eerste lid, van de Wav legt een daartoe door de Minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar nauwens 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, van de Wav 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: € 15.000,-.

In de Beleidsregels boeteoplegging Wav (Stsct. 2005, 232 en Stsct. 2006, 116) zijn beleidsregels geformuleerd over de wijze van berekenen en opleggen van de bestuurlijke boete in het kader van de Wav en de daarop rustende bepalingen. In Beleidsregel 1 is bepaald dat bij de berekening van een boete als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, van de Wav voor alle beboetbare feiten als uitgangspunt wordt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de 'Tarieflijst boetenormbedragen'. In bedoelde tarieflijst is ten aanzien van de overtreding van artikel 2 van de Wav een normbedrag van € 8.000,- vastgesteld.

2.2 Op 22 juni 2005 heeft een controle plaatsgevonden in het kader van de Wav door twee inspecteurs van de Arbeidsinspectie. Gelet op het op ambtsbelofte door deze inspecteurs opgemaakt boetewaarschot van 15 november 2005 is daarbij vastgesteld dat in het bedrijf van eiseres twintig personen zijn aangetroffen, onder wie elf personen met de Poolse nationaliteit en in dienst van Dienstverlenings- en Handelsbedrijf (hierna:), die aldaar werkzaamheden verrichtten. Deze elf personen bleken vreemdelingen te zijn in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wav. De werkzaamheden bestonden onder meer uit het schoonmaken en bewerken van vis. Voorts is daarbij vastgesteld dat eiseres niet beschikte over tewerkstellingsvergunningen voor deze elf personen.

2.3 Eiseres heeft onder meer betoogd dat voor de desbetreffende werkzaamheden geen tewerkstellingsvergunning was vereist. Daartoe heeft zij aangevoerd dat een in een EU-lidstaat gevestigde dienstverrichter is en er ten aanzien van de werkzaamheden die zijn verricht door de werknemers van sprake was van vrij dienstenverkeer in de zin van artikel 49 van het EG-verdrag nu geheel zelfstandig heeft geopereerd en eiseres geen werkgeversgezag heeft uitgeoefend op de werknemers van. Volgens eiseres kan dan ook niet worden gesproken van het inlenen dan wel het ter beschikking stellen van arbeidskrachten en heeft verweerder zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat voor deze dienstverlening een tewerkstellingsvergunning op grond van de Wav noodzakelijk was. Voorts heeft eiseres aangevoerd dat het opleggen van een boete aan een vennootschap onder firma op grond van de Wav in strijd is met het legaliteitsbeginsel nu in artikel 19d van de Wav niet is bepaald welke maximale boete voor een vennootschap onder firma mogelijk is. Er waren volgens eiseres voldoende feiten en omstandigheden om af te zien van het opleggen van de boete dan wel om tot matiging over te gaan. Daarbij heeft eiseres er voorts op gewezen dat de boete na 1 december 2005 is opgelegd en dat per die datum de notificatieplicht in werking is getreden, waarbij de boete bij grensoverschrijdende dienstverlening gematigd kan worden tot maximaal € 1.500,-. Voorts stelt eiseres dat de bezwaarschriftprocedure onzorgvuldig is geweest en dat in strijd met artikel 2:4 van de Algemene wet bestuursrecht is gehandeld wat betreft onbovvooroordeeldheid dan wel objectiviteit.

Zaaknummer: SBR 06/3004

blad 3

2.4 Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder zich terecht op het standpunt gesteld dat in dit geding niet gesproken kan worden van grensoverschrijdende dienstverlening die - gelet op de per 1 december 2005 van toepassing zijnde Buitenslandse - onder de notificatieplicht valt. Voor grensoverschrijdende dienstverlening als daar bedoeld, is vereist dat tijdelijk met zijn eigen personeel in Nederland werkzaamheden is gaan verrichten die hij in Polen ook verricht. Zoals blijkt uit de Verklaring omtrent de inschrijving in het handelsregister is opgericht op 14 oktober 2004, derhalve na 1 oktober 2004, zijnde de datum waarop de overeenkomst tot samenwerking tussen eiseres en is ingegaan. Daaruit mag worden afgeleid dat is opgericht uitsluitend dan wel met name ten behoeve van de overeenkomst met eisere. Niet is gebleken dat in Polen reële en daadwerkelijke economische activiteiten verrichtte van meer dan marginale en bijkomstige aard.

2.5 Gelet op het feit dat eiseres een visverwerkingsbedrijf voert en de werkzaamheden, die de betreffende elf personen aan het uitvoeren waren, bestonden uit het schoonmaken en verwerken van vis in het bedrijf van eiseres mag geconcludeerd worden dat dit de normale werkzaamheden zijn binnen het bedrijf van eiseres. Uit de verklaring van de eigenaar blijkt dat deze personen de werkzaamheden nog aan het leren waren, zodat niet aannemelijk is dat deze werkzaamheden door hen reeds in Polen werden verricht. Dat de intentie bestond dat op termijn aan eiseres vis zou gaan leveren, doet er niet aan af dat op het moment dat de controle plaatsvond sprake was van het door ter beschikking stellen van arbeid, een vorm van grensoverschrijdende dienstverlening die uitgezonderd is van de notificatieregeling. Onder verwijzing naar een vieraal uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 augustus 2006 (waaronder LJN: AY5515 en LJN AY5516) oordeelt de rechtbank dat Nederland bevoegd is maatregelen te treffen om de toegang van Poolse werknemers tot de arbeidsmarkt te regelen en dat de gestelde vergunningplicht niet in strijd is met artikel 49 van het EG-verdrag. De Afdeling heeft daarbij overwogen dat in de verhouding tussen Polen en Nederland het in Nederland enkel ter beschikking stellen van eigen werknemers door een Poolse onderneming weliswaar valt aan te merken als het verrichten van diensten in de zin van artikel 49 van het EG-verdrag, maar dat in het geval de werknemers tot de arbeidsmarkt van Nederland toetreden, de overgangsregeling voor de toegang van werknemers van toepassing is en Nederland bevoegd is een maatregel zoals vastgelegd in de Wav te treffen om de toegang tot de arbeidsmarkt te regelen.

2.6 Gelet op de voorgaande overwegingen is de rechtbank van oordeel dat verweerder zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat voor de elf personen van Poolse nationaliteit die op 22 juni 2005 arbeid verrichtten een tewerkstellingsvergunning was vereist. Met betrekking tot de stelling van eiseres dat geen sprake is geweest van een hiërarchische gezagsverhouding, overweegt de rechtbank dat dit niet eraan afdoet dat eiseres feitelijk arbeid heeft laten verrichten, waardoor zij vergunningplichtig was in het kader van de Wav, nog daargelaten dat de heer verklaard heeft dat hij instructies van de productiechef van eiseres heeft ontvangen en dat hij deze vertaalde voor de elf Polen. Derhalve heeft eiseres in de uitoefening van haar bedrijf zonder te beschikken over geldige tewerkstellingsvergunningen feitelijk werkzaamheden laten verrichten die kunnen worden aangemerkt als "arbeid" in de zin van artikel 2, eerste lid, van de Wav. Dit betekent dat terecht is geconcludeerd dat eiseres artikel 2, eerste lid, van de Wav heeft overtreden en dat de overtredingen aan eiseres mogen worden toegerekend.

Zaaknummer: SBR 06/3004

blad 4

2.7 De stelling van eiseres dat de boete in strijd met het legaliteitsbeginsel is opgelegd, omdat artikel 19d van de Wav niet zou bepalen welke boete voor een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid ten hoogste mogelijk is, slaagt niet. Gelet op de bewoordingen van de artikelen 18a en 19d van de Wav kan naar het oordeel van de rechtbank niet anders worden geoordeeld dan dat de maximale boete die aan een rechtspersoon kan worden opgelegd tevens voor de vennootschap onder firma geldt. De rechtbank verwijst in dat verband naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 14 juni 2006, LJN: AX8523 en gepubliceerd in AB 2006, 308.

2.8 De rechtbank stelt vast dat verweerder bij het opleggen van een boete ingevolge artikel 19a, eerste lid, van de Wav een discretionaire bevoegdheid toekomt. De onderhavige bestuurlijke boete is aan te merken als een punitieve sanctie. Artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden brengt mee dat de rechter vol dient te tuetsen of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding.

2.9 Vast staat dat eiseres een voorschuif heeft overtreden dat met name is gesteld ter voorkoming en ontmoediging van illegale tewerkstelling van personen en het voorkomen van verdringing van legaal arbeidsaanbod en concurrentievervalsing, waardoor de bedrijfsvoering van bonafide werkgevers wordt geschaud. Omtrent de hoogte van de boete is in de toelichting bij de Beleidsregels onder meer aangegeven dat de hoogte van de boete niet is gemaximeerd en dat de achtergrond van die keuze is gelegen in de doelstelling van de bestuurlijke boete in de Wav. Een hoge boete is een middel om de verstoorde concurrentieverhoudingen weer recht te zetten. Het financiële voordeel dat de werkgever die illegaal te werk stelt behaalt, neemt niet af naarmate hij meer vreemdelingen illegaal te werk stelt, zodat de hoogte van de boete ook om die reden niet gemaximeerd hoeft te worden.

2.10 Naar het oordeel van de rechtbank is bovengenoemd beleid, mede gelet op de doelstelling van de wet en de (parlementaire) toelichting, niet onredelijk of onaanvaardbaar te achten. De oplegging van een boete van elf maal het boetenormbedrag van € 8.000,- aan eiseres ter zake van het in dit geding zijnde beboothare feit is in overeenstemming met dit beleid te achten. Alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, is niet gebleken dat de boete onevenredig hoog is. De door eiseres genoemde omstandigheid dat de opgelegde boete haar in dermate financiële problemen brengt dat een faillissement onafwendbaar is, is onvoldoende onderbouwd. Daarbij merkt de rechtbank op dat verweerder eiseres een betalingsregeling heeft aangeboden. Zoals is overwogen in 2.4 kan eiseres geen beroep doen op de per 1 december 2005 in werking getreden notificatieplicht, zodat dat gegeven eveneens geen bijzondere omstandigheid oplevert op grond waarvan tot matiging van de boete zou moeten worden overgegaan.

2.11 Tenslotte is de rechtbank niet gebleken dat de bezwaarschriftprocedure onzorgvuldig zou zijn geweest en dat het besluit met voorrangnemenheid zou zijn genomen. De rechtbank overweegt daarbij dat bij de behandeling van het bezwaar er een scheiding wordt gemaakt tussen de boeteoplegger (de afdeling bestuurlijke boete van de Arbeidsinspectie) en de behandelaar van bezwaren, in die zin dat de primaire beschikking van de boeteoplegger gilsel wordt heroverwogen door de Afdeling Juridische Zaken van de Arbeidsinspectie. Verder heeft de gemachtigde van verweerder desgevraagd ter zitting bevestigd dat de niet ondertekende verklaring van niet ten grondslag is gelegd aan het bestreden besluit.

Zaaknummer: SBR 06/3004

blad 5

2.12 Hetgeen door eiseres is aangevoerd, kan dan ook niet leiden tot vernietiging van het bestreden besluit. Het beroep is ongegrond. Gelet hierop ziet de rechtbank geen aanleiding om verweerder in de proceskosten te veroordelen.

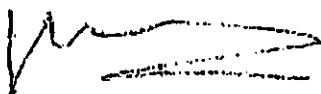
Beslissing

De rechtbank Utrecht,

verklaart het beroep ongegrond.

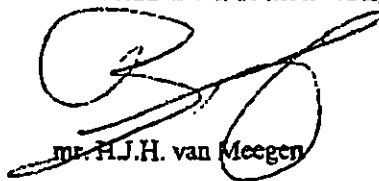
Aldus vastgesteld door mr. H.J.H. van Meegen, als voorzitter, en mr. P.B.M.J. van der Beek-Gillessen en mr. S. Wijna, als leden van de meervoudige kamer, en in het openbaar uitgesproken op 1 december 2006.

De griffier:



mr. M.S.D. de Weerd

De voorzitter van de meervoudige kamer



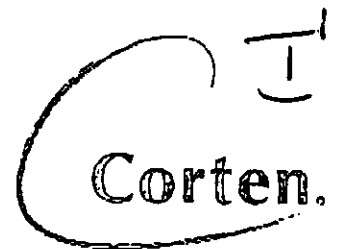
mr. H.J.H. van Meegen

Afschrift verzonden op: 14 DEC. 2006

Tegen deze uitspraak staat, binnen zes weken na de dag van bekendmaking hiervan, voor belanghebbenden hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Postbus 20019, 2500 EA Den Haag.

Voor Copie
conform de Griffier





Advocaten Lawyers

Raad van State
Afdeling bestuursrechtspraak
Postbus 20019
2500 EA DEN HAAG

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
25 JAN 2007 ✓	
ZAAKNR.	356/1
AAN:	Vb
BEHANDELD: DD:	PAR:

St. Ignatiusstraat 257
4817 KK Breda, NL
T +31 (0)76 523 93 80
F +31 (0)76 523 93 81
E info@corten.nl
I www.corten.nl

Stichting Dergengelden Corten
Rabobank: 1191.33.288
Bic-code: RABONL2U
IBAN: NL95RABO0119133288

Tevens per fax (070) 365 13 80

Breda

Datum 25 januari 2007

Inzake /Advies

Uw referentie -

Onze referentie 07 11 0004 pb/ang

539-A

PRO FORMA BEROEPSCHRIFT

Edelachtbare heer, vrouwe,

Hierbij stel ik als bepaaldelijk gevolmachtigde namens de vennootschap onder firma I Zeevishandel, hierna te noemen , gevestigd te Amersfoort en kantoorhoudende aan de Kosmonaut 12a te (3824 NK) Amersfoort, tijdig beroep in tegen de uitspraak van de rechtbank Utrecht, sector bestuursrecht van 1 december 2006, verzonden op 14 december 2006, waarbij het door Fieret ingestelde beroep tegen het besluit van 3 augustus 2006 van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ongegrond is verklaard.

In het bestreden besluit heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat Fieret is aan te merken als de werkgever in de zin van de WAV. Daarbij is ten onrechte geen rekening gehouden met de toepasselijke Europeesrechtelijke regelingen.

Tegen deze achtergrond had de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid niet de bevoegdheid om aan een boete op te leggen van € 88.000,00. Onder de gegeven omstandigheden is een dergelijke boete disproportioneel en in strijd met het evenredigheidsbeginsel.




Gelet op het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel had de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in redelijkheid niet tot haar besluit kunnen komen.

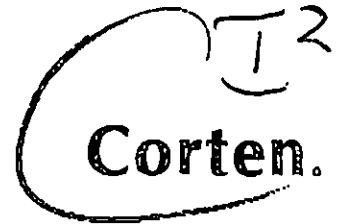
Ik verzoek u vriendelijk mij een redelijke termijn te stellen voor het indienen van de nadere gronden, waarop dit beroep berust.

In afwachting van uw bericht.

Met de meeste hoogachting,


P.J.M. Boomaars
advocaat/gemachtigde

Bijlage: afschrift van de uitspraak van de rechtbank Utrecht, Sector bestuursrecht d.d. 1 december 2006 (verzonden op 14 december 2006).



Advocaten Lawyers

St. Ignatiusstraat 257
4817 KK Breda, NL
T +31 (0)76 523 93 80
F +31 (0)76 523 93 81
E info@corten.nl
I www.corten.nl

Stichting Oordengelden Corten
Rabobank: 1591.33.288
Bic-code: RABONL2U
IBAN: NL95RABO00159133288

Raad van State
Afdeling bestuursrechtspraak
De heer P.A.L.D. Hooymayers
Postbus 20019
2500 EA DEN HAAG

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
1231-C 28 FEB 2007	
ZAAKNR.	
AAN:	VB IPH
BEHANDELD: DD:	PAR:

Tevens per fax (070) 365 13 80

Breda

Datum 28 februari 2007

o Inzake Advies

Uw referentie 200700856/1/V6

Onze referentie 07 11 0004 pb/ang

AANVULLEND BEROEPSCHRIFT

Edelachtbare heer,

Namens de besloten vennootschap onder firma _____ hierna te noemen '_____' heb ik als bepaaldelijk gevolmachtigde op 25 januari 2007 tijdig beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Utrecht, sector bestuursrecht, met zaaknummer: CBR 06/3004, hierna te noemen "het bestreden besluit".

Bij brief van 31 januari 2007 is _____ uitgenodigd om de gronden van haar beroep aan te vullen.

Onder handhaving van al haar stellingen en argumenten uit de onderliggende stukken, zal hieronder het standpunt van _____ nader worden toegelicht. De onderliggende stukken van _____ dienen hierbij uitdrukkelijk als woordelijk herhaald en ingelast te worden beschouwd.

I Bespreking booterapport**a) Algemeen**

Op woensdag 22 juni 2005 is er op de locatie Kosmonaut 12a te Amersfoort door inspecteurs van de Arbeidsinspectie een onderzoek uitgevoerd op de naleving van de Wav en in het bijzonder op art. 2 Wav.



In het kader van dat onderzoek zijn er 11 getuigen gehoord, zijnde de aangetroffen vreemdelingen en daarnaast zijn de eigenaar van ; en de heer als getuigen gehoord. Dit onderzoek is afgerond op 15 november 2005; alstoen is het boeterapport toegezonden aan de boeteplegger te Den Haag.

Het boeterapport bestaat uit zeven pagina's vergezeld van 16 bijlagen.

b) Getuigenverklaringen

1. **De vreemdelingen**

Op 22 juni 2005 zijn er 11 vreemdelingen van Poolse nationaliteit aangetroffen op de locatie , welke vreemdelingen door de Arbeidsinspectie als getuigen zijn gehoord (zie bijlage 3 t/m 13 van het boeterapport).

De bewuste vreemdelingen zijn aan de hand van een zogenoemd 'inlichtingen- en verhoorformulier' gehoord.

Aan dat verhoor is volgens het boeterapport meegewerkt door de vreemdelingen. Het gehoor vond kennelijk plaats met behulp van telefonische tussenkomst van een tolk in de Poolse taal.

Opvallend is dat slechts twee van de inlichtingen- en verhoorformulieren op ambtseed/ambtsbelofte zijn opgemaakt en getekend door de inspecteurs van de Arbeidsinspectie (zie bijlage 5 en 6 bij het boeterapport).

De overige negen getuigenverklaringen zijn niet op ambtseed/ambtsbelofte opgemaakt, noch ondertekend door de getuigen, noch ondertekend door de inspecteurs.

Geen enkele verklaring vermeldt de naam van de tolk, noch is melding gemaakt van de (telefonische) aanwezigheid van een tolk!

Alle getuigen hebben verklaard in dienst te zijn bij de Poolse onderneming Volgens de getuigen is deze onderneming gevestigd te Polen aan het adres

Middels voornoemde formulieren is aan de getuigen -onder meer- verzocht te antwoorden op vragen als:

- Bij wie bent u formeel in dienst?;
- Heeft u een arbeidsovereenkomst?;
- Wat verdient u?;
- Wie is uw feitelijke werkgever/baas hier?;



Opvallend is dat op de bewuste formulieren niet alle vragen beantwoord zijn. Voor de inspecteurs was dit kennelijk niet nodig.

De getuigen hebben verklaard dat de werkopdrachten afkomstig waren van de heer
de eigenaar van : is volgens de getuigen de formele en feitelijke
werkgever.

Er is door de inspecteurs nagelaten te vragen naar de:

- Arbeidsovereenkomsten;
- Loonbetalingsbewijzen;
- E-101-verklaringen;
- Verzekeringspapieren;
- Duur van het verblijf in Nederland;
- Waar ze gewoonlijk arbeid verrichten en voor wie;
- Wie de vreemdelingen heeft benaderd voor het dienstverband;
- Duur van het dienstverband;
- De feitelijke gang van zaken in Nederland bij

De meeste getuigen, bij sommige is die vraag niet ingevuld, hebben verklaard dat de werkopdrachten afkomstig waren van eerdergenoemde Hij, althans , is degene geweest die bemoeienis had met de vreemdelingen en hun feitelijke werkzaamheden.

De inspecteurs hebben vastgesteld en in het boeterapport vastgelegd dat de vreemdelingen formeel in dienst waren bij

Aan de vreemdelingen is niet gevraagd of voortgehouden of enige bemoeienis had met de aard van de werkzaamheden en met de arbeidskrachten.

Eveneens is nagelaten te onderzoeken of überhaupt enige bemoeienis had met de arbeidskrachten, dit gebaseerd naar de aard en de intensiteit van de contacten.

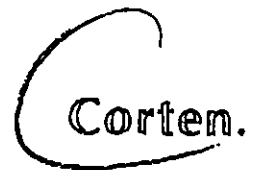
Dat was kennelijk voor de inspecteurs van de Arbeidsinspectie niet relevant.

Niettemin is door de inspecteurs van de Arbeidsinspectie in het boeterapport vastgelegd dat is aan te merken als werkgever in de zin van de Wav.

2. De formele/feitelijke werkgever

Op 5 september 2005 is de heer Mateusz door de inspecteurs gehoord.

Volgens zijn getuigenverklaring als opgetekend door de inspecteur is hij sinds 14 augustus



2004 eigenaar van de onderneming . Deze onderneming is gevestigd in Polen. Advocaten Lawyers

Deze onderneming is sinds 15 oktober 2004 ingeschreven in de registers van

De inspecteurs vonden het kennelijk niet nodig deze informatie te verifiëren aan de hand van bewijsstukken, althans deze opmerking van de getuige wordt niet gestaafd met bewijsstukken. Deze bewijsstukken bevinden zich zodoende niet als bijlage bij het boeterapport.

heeft vast en regulier personeel in dienst; zowel op basis van een vast dienstverband als op basis van oproepcontracten.

Voorafgaand aan het sluiten van het contract met heeft : zich laten informeren over de mogelijkheden door het Nederlands consulaat en de Pools-Nederlandse Kamer van Koophandel.

In de maand september 2004 heeft de heer | zijn vriend en zeven andere Poolse personen bij geleerd om de vis te bewerken en de verschillende vissoorten te leren kennen (zie bijlage 14 bij het boeterapport).

Nadien is er een samenwerking tot stand gekomen, welke samenwerking "deels" is vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst (zie productie 1 bij het bezwaarschrift).

Door de inspecteurs is nagelaten inhoudelijk onderzoek te doen naar de wijze van samenwerking en de vastlegging van de gemaakte afspraken.

Dit was kennelijk niet nodig.

Op basis van de feitelijke samenwerking is verplicht "verse zeevis met hem ten dienste staande personeel, volgens hier ten lande geldende normen qua HACCP en CBL-BRC-code te bewerken, alsmede te verwerken" (zie bijlage 1 van het bezwaarschrift).

Volgens deze getuige waren alle 11 personen die op 22 juni 2005 werkend zijn aangetroffen van Poolse nationaliteit en in dienst bij Shark.

De getuige heeft bovendien verklaard dat hij de werkgever is van de 11 vreemdelingen die als getuigen zijn gehoord.

Volgens deze getuige is de feitelijke samenwerking met de volgende.



De getuige krijgt van de productiechef van _____ instructies. Dit zijn instructies of er vis schoongemaakt moet worden, of dat er gefileerd moet worden en dergelijke.

Op zijn beurt geeft de getuige instructies door aan het Poolse personeel. Hij houdt toezicht op de Poolse werknemers op de werkvloer.

De getuige verklaart bovendien: "Ik ben helemaal verantwoordelijk voor de kwaliteit van het werk van mijn Poolse medewerkers. _____ factureert wekelijks aan _____ en _____ betaalt voor de verleende diensten aan _____ aldus getuige

Facturen, noch betalingsbewijzen zijn gehecht aan het boeterapport. Ook dit is voor de inspecteurs kennelijk niet relevant geweest.

3. Getuigenverklaring

Deze getuige is een van de vennoten van _____

Volgens zijn verklaring is het bedrijf onderverdeeld in een aantal nader te noemen onderdelen, van welke onderdelen een van de vennoten de verantwoordelijkheid draagt.

Zo is het bedrijf 'opgesplitst' in de onderdelen verkoop, commercieel en administratief, welke onderdelen ieder afzonderlijk onder verantwoordelijkheid vallen van deze getuige. De onderdelen logistiek en productie vallen ieder afzonderlijk onder de verantwoordelijkheid van de broer van de getuige.

De aangetroffen vreemdelingen zijn niet in dienst bij _____ Deze zijn allen in dienst bij de Poolse onderneming _____

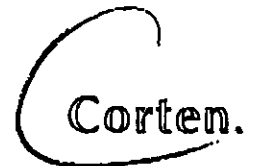
Over de voorgeschiedenis van de uiteindelijke samenwerking met _____ is door de getuige een gelijklopende verklaring gegeven als de getuige _____

Ook laatstgenoemde getuige heeft verklaard dat de vis in de onderneming van _____ wordt schoongemaakt door het personeel van _____

4. Conclusies uit het boeterapport

Op juiste gronden is door de inspecteurs van de Arbeidsinspectie vastgesteld dat de vreemdelingen op 22 juni 2005 bezig waren met het schoonmaken en bewerken van vis.

Met deze werkzaamheden heeft _____ behalve dat de betrokken vreemdelingen (en hun werkgever _____) in de gelegenheid zijn gesteld de visverwerking te verrichten, zelf geen bemoeienis gehad.



Juist is bovendien de vaststelling uit het boeterapport dat de vreemdelingen op de locatie Kosmonaut 12a 'ter beschikking zijn gesteld' door een ander dan , te weten de Poolse onderneming

Voor de conclusie dat is aan te merken als werkgever in de zin van de Wav biedt het boeterapport geen aanknopingspunten.

Naar het werkgeverschap als bedoeld in art. 2 Wav is door de inspecteurs geen onderzoek gedaan. Het had juist in de rede gelegen dat de inspecteurs op dat punt nader onderzoek zouden hebben verricht.

Iedere onderbouwing ontbreekt dat in dezen is aan te merken als werkgever van de 11 aangetroffen vreemdelingen.

Uit de hiervoor aangehaalde getuigenverklaringen blijkt juist dat niet is aan te merken als werkgever in de zin van de Wav.

De vaststelling dat art. 3 en 4 Wav (de uitzonderingsbepalingen op art. 2 Wav) niet van toepassing zouden zijn, blijkt nergens uit en wordt bovendien op geen enkele wijze onderbouwd.

II. Werkgever in de zin van de Wav

Blijkens het boeterapport wordt verweten dat zij als werkgever artikel 2 WAV zou hebben overtreden.

In de afgelopen jaren zijn voor dit soort zaken de beoordelingscriteria van het begrip werkgever als bedoeld in de WAV in de jurisprudentie vastgelegd. In een vergelijkbare zaak als de onderhavige heeft zeer recent het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch een champignonkweker integraal vrijgesproken van de aan hem verweten gedragingen, neerkomend op het handelen in strijd met artikel 2 WAV.

Het Hof te 's-Hertogenbosch heeft in die zaak het volgende overwogen:

"Het Hof is van oordeel dat voor de vraag of de verdachte als "werkgever" in de zin van de Wet Arbeid Vreemdelingen kan worden aangemerkt, niet bepalend is hoe de verhouding met de arbeidskrachten door de betrokkene wordt genoemd, maar hoe de feitelijke verhouding tussen de verdachte en de Poolse arbeidskrachten was, zoals bij de uitvoering van de werkzaamheden tot uiting is gekomen.

(...) Gelkt op de inhoud van die brief en de verklaringen bij de raadsheer-commissaris twijfelt het Hof aan de intensiteit en de aard van de bemoeienissen van verdachte met de werkzaamheden van de Poolse arbeidskrachten en heeft het Hof niet de overtuiging gekregen dat hij als werkgever aan te



merken was ten tijde van het onder 1 ten laste gelegde feit.

Hot hof is van oordeel dat de verdachte niet als werkgever in de zin van de Wet Arbeid Vreemdelingen kan worden aangemerkt. (Zie arrest van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch d.d. 25 april 2006, parketnummer 20-003418-04.)

Tegen deze uitspraak is géén cassatie ingesteld.

Het werkgeverschap (van artikel 2 WAV) moet derhalve blijken uit de intensiteit en de aard van de bemoeienissen met de werkzaamheden van de aangetroffen personen.

Uit het boeterapport blijkt niet dat met de aangetroffen arbeidskrachten enige bemoeienis had. Evenmin blijkt dat enige bemoeienis had met de werkzaamheden van de arbeidskrachten.

is in dezen niet aan te merken als werkgever als bedoeld in de WAV.

In dat verband wordt in deze een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel.

Over vergelijkbare zaken als de onderhavige hebben diverse rechtbanken reeds eerder in positieve zin voor Nederlandse bedrijven geoordeeld en al die zaken hebben uitgemond in vrijspraak voor de verdachten (bedrijven) die door de Arbeidsinspectie als werkgever werden aangemerkt. Ook in die zaken is niet vast komen te staan (bewezen) dat er sprake is van werkgeverschap als bedoeld in artikel 2 WAV. Met andere woorden: dat de juinder enige bemoeienis had met de aangetroffen personen.

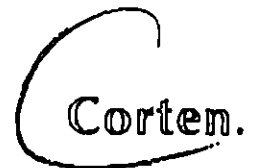
Het betreft de volgende vergelijkbare zaken.

De Rechtbank Roermond heeft – in vergelijkbare zaken – zowel de heer als de firma vrijgesproken (parketnr. 064337-01 en 04/064495-00).

De Hoge Raad der Nederlanden heeft op 20 juni 2006 het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard in een – vergelijkbare – zaak tegen (parketnummer: 04/064338-01).

De Politierechter van de Rechtbank 's-Hertogenbosch heeft op 30 juni 2006 – in een vergelijkbare zaak – de besloten vennootschap integraal vrijgesproken (parketnummer: 01/071113-04).

Verder is bekend, dat in vergelijkbare zaken de Rechtbank Den Bosch de besloten vennootschap en een vennootschap van de heer heeft vrijgesproken.



integraal vrijgesproken
Advocaten Lawyers

In een identieke zaak als de onderhavige is de heer
door het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch bij arrest van 25 april 2006.

Een identieke zaak tegen bekend onder parketnummer 04-054169/03, is geseponeerd.

wordt in dezen aangemerkt als werkgever in de zin van de WAV; de onderbouwing daarvan ontbreekt echter in het boeterapport. Uit geen enkel stuk blijkt immers dat enige bemoeienis had met de aangetroffen vreemdelingen dan wel enige bemoeienis had met de werkzaamheden van de aangetroffen vreemdelingen.

Ook de bestuursrechter heeft zich inmiddels gebogen over dit soort zaken. verwijst in dat verband naar de navolgende zaken.

- Rechtbank 's-Hertogenbosch, sector bestuursrecht, zaaknummer Awb 06/4640 VV;
- Rechtbank Arnhem, sector bestuursrecht, registratienummer Awb 06/6372.

doet in dat verband uitdrukkelijk een beroep op het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

In de hiervoor aangehaalde zaken heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat (ook) in die zaken het boeterapport onvoldoende aanknopingspunten biedt om de conclusie te rechtvaardigen dat het betrokken Nederlandse bedrijf als werkgever in de zin van de Wav moet worden aangemerkt.

Ook in die zaken is naar het werkgeverschap als bedoeld in art. 2 Wav onvoldoende onderzoek verricht, daar waar (nader) onderzoek in de rede lag.

Voor haar werknemers heeft in het land van herkomst (Polen) loon, belasting en sociale lasten betaald.

bepaalde voor de vreemdelingen (haar personeel) de werktijden, heeft de betrokken mensen in dienst genomen en gaf de werkinstructies. Feitelijk noch juridisch had met dit een en ander iets van doen.

stelt zich derhalve primair op het standpunt dat zij niet is aan te merken als werkgever in de zin van de Wav. Subsidiar is van mening dat op de relatie met art. 49 EG van toepassing is, zodat een tewerkstellingsvergunning niet geëist mag worden door de Nederlandse overheid.

Op basis hiervan is van oordeel dat er ten onrechte aan haar een boete is opgelegd. Er is immers niet in strijd gehandeld met het bepaalde in art. 2 Wav.

III Europees kader

Op 1 mei 2004 zijn er 10 nieuwe lidstaten toegetreden tot de Europese Unie. Het betreft de zogenaamde MOE-landen, Cyprus en Malta.

Het basisprincipe is dat het gehele Europese Gemeenschapsrecht, het zogenaamde "Acquis Communautaire", onmiddellijk van toepassing is op de nieuwe lidstaten, voor zover er geen overgangsmaatregelen zijn voorzien.

Met betrekking tot het vrij verkeer van diensten (artikel 49 EG) en de vrijheid van vestiging (artikel 43 EG) zijn (voor Nederland) geen overgangsmaatregelen voorzien, zodat deze beginselen vanaf 1 mei 2004 direct en volledig van toepassing zijn.

De Nederlandse overheid heeft als gevolg daarvan geen ruimte (meer) voor het aanleggen van nationale criteria voor de beoordeling van bijvoorbeeld vrij verkeer van diensten.

Dienstverlening heeft de betekenis die daaraan in EU-verband wordt toegekend. Het gaat om het tijdelijk verrichten van economische activiteiten, anders dan in loondienst, waarvoor een economische tegenprestatie pleegt te worden ontvangen (zie Nota van Toetreding van besluiten van 10 november 2005, Staatsblad 2005, 577).

In onder meer het arrest (zaak 43/93) van het Europese Hof van Justitie van 9 augustus 1994 is bepaald dat: *"werkgevers die diensten komen verrichten in een andere lidstaat, hun werknemers mogen meebrengen teneinde deze diensten in deze lidstaten te kunnen verrichten"*.

In zijn arrest van 11 juli 2002 (zaak C-294/00) bepaalde het Hof: *"de artikelen 52 en 59 (nu 43 en 49) van het Verdrag gebieden de afschaffing van belemmeringen van het vrij verrichten van diensten. Als dergelijke belemmeringen zijn te beschouwen alle maatregelen die de uitoefening van deze vrijheden verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken"*.

Naar aanleiding van diverse klachten heeft de Europese Commissie bepaald dat de Nederlandse overheid geen tewerkstellingsvergunning mag eisen, indien (bijvoorbeeld) een Poolse EU-onderdaan in Nederland in het kader van grensoverschrijdende dienstverlening werkzaamheden verricht.

Het Europese Hof van Justitie heeft in diverse arresten in diezelfde zin geoordeeld: zie bijvoorbeeld Hof van Justitie 9 augustus 1994, zaak 43/93, Hof van Justitie 25 juli 1999, zaak 76/90 en Hof van Justitie 21 oktober 2004, zaak C-445/03 (Commissie Groothertogdom Groot-Luxemburg).



In het arrest werd voor het eerst bepaald dat 'detachering' van werknemers niet onder het vrij verkeer van werknemers valt, maar onder het vrij verkeer van diensten en er dus geen werkvergunning voor nodig is.

De ratio is dat de gedetacheerde werknemers niet de bedoeling hebben zich op de arbeidsmarkt van de ontvangende lidstaat te begeven, aangezien zij na de vervulling van de betrokken dienst naar hun eigen land terugkeren (zie HvJ EG 27 maart 1990, zaak C-113/89).

Het hanteren van een tewerkstellingsvergunningverbod en het opleggen van een ex-ante toets aan bedrijven uit de nieuwe toetreders die werknemers ter uitvoering van Intercommunautaire contracten tijdelijk naar Nederland delegeren, is in strijd met het art. 49 EG-verdrag en leidt tot ongeoorloofde discriminatie van deze ondernemers ten opzichte van de concurrenten uit de oude lidstaten en is derhalve onrechtmatig.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft dit aspect onderkend in zijn notitie, die een dag voor de toetreding werd toegezonden aan de voorzitter van de Tweede Kamer (TK 2003/04, 29407 nr. 14). In deze notitie erkent de minister dat er geen discriminatie mag zijn tussen ondernemers uit de oude lidstaten en de nieuwe lidstaten. De minister tekent in dat verband op, ik citeer uit de bewuste notitie:

"Om vrij verkeer van diensten binnen de (uitgebreide) Europese Unie te bewerkstelligen, is een gelijk speelveld nodig. Een werkgever uit een MOE-land moet op dezelfde basis kunnen concurreren als een werkgever uit een van de huidige lidstaten. Indien extra belemmeringen worden opgeworpen voor de toetredende lidstaten, is er alleen op papier vrij verkeer van diensten."

Door toef te blijven eisen dat voor deze ondernemers een tewerkstellingsvergunning vereist is, werden deze ondernemers uit de nieuwe lidstaten gediscrimineerd ten opzichte van hun concurrenten uit de oude lidstaten. Deze handelwijze heeft ertoe geresulteerd dat de Europese Commissie met succes een inbreukprocedure heeft gevoerd tegen de Nederlandse overheid.

Inmiddels (per 1 december 2005) is de eis voor tewerkstellingsvergunning, onder zware druk van de Europese Commissie en op advies van de Raad van State, bij grensoverschrijdende dienstverlening komen te vervallen. Daarvoor in de plaats is een notificatieplicht gekomen. Volgens de Raad van State is ook dit stelsel niet verenigbaar met de vrijheid van dienstverlening als bedoeld in artikel 49 EG.

Over de notificatie is: *"tweemaal overtoeg geweest met ambtenaren van DG Markt van de Europese Commissie. Hierbij gaven zij aan een systeem van notificatie vooraf als een ernstige inbreuk op het vrij verkeer van diensten te zien, welke slechts onder voorwaarden toelaatbaar is"*; aldus Staatssecretaris Van Hoof in zijn brief van 28 september 2005 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.



De Europese Commissie is een inbreukprocedure gestart tegen de Staat der Nederlanden over de eis van notificatie bij grensoverschrijdende dienstverlening. Deze eis is volgens de Europese Commissie in strijd met artikel 49 EG.

IV De bestreden uitspraak

De, naar zijn aard verstrekkende conclusie, dat iemand is aan te merken als werkgever in de zin van de Wav, moet met concrete feiten en omstandigheden worden onderbouwd en kan niet worden gebaseerd op slechts een veronderstelling van inspecteurs.

De verhoren van de getuigen zijn blijkens de daarvan opgemaakte formulieren (te) summier van aard en hadden geen betrekking op de vraag van wie zij tijdens de werkzaamheden feitelijk opdracht of instructies ontvingen.

Gelet op de aan [] verweten gedraging, had het in de rede gelegen de getuigen met name op dit punt te horen.

In de onderliggende stukken is (namens) [] uitvoerig ingegaan op het feit dat [] in dezen is aan te merken als dienstverlener en daarmee tevens aangevoerd dat [] in ieder geval niet de werkgever is in de zin van art. 2 Wav.

Teneinde dat te verduidelijken c.q. onderbouwen is verwezen naar de verklaringen van de werknemers van [] en naar de verklaringen van [] en []

Daarmee is verduidelijkt c.q. aangevoerd dat [] op geen enkele wijze het werkgeversgezag uitoefende over de bewuste arbeidskrachten.

Onder werkgeversgezag als verwoord in de onderliggende stukken is begrepen en bedoeld de aard en de intensiteit van de bemoeienissen van [] met de arbeidskrachten en hun werkzaamheden.

Een dergelijke relatie heeft niet bestaan.

In het bestreden besluit is op dat punt niet ingegaan. De rechtbank heeft het begrip werkgever in de zin van art. 2 Wav onbesproken gelaten.

Dit is onbegrijpelijk, aangezien [] verweten wordt dat zij als werkgever anderen arbeid heeft laten verrichten in de zin van de Wav.

De eerste vraag ter beantwoording in zo'n situatie is dan toch in ieder geval of [] is aan te merken als werkgever. De verbodsbepaling van art. 2 Wav richt zich immers tegen de werkgever.



Het is slechts de werkgever die de norm van art. 2 Wav kan overtreden.

Daarentegen heeft de rechtbank ten onrechte het accent gelegd op de omstandigheid dat bij de arbeid feitelijk is verricht.

Een dergelijke omstandigheid is niet relevant voor het bepaalde in art. 2 Wav. In ieder geval leidt die omstandigheid niet tot een beboetbaar feit.

Het werkgeverschap van art. 2 Wav is een feitelijk begrip. Volgens de -hiervoor aangehaalde- toepasselijke jurisprudentie is nodig dat aan de hand van de feiten vastgesteld wordt dat sprake is van werkgeverschap als bedoeld in art. 2 Wav.

Omstandigheden van feitelijke aard die zouden kunnen resulteren in werkgeverschap als bedoeld in art. 2 Wav zijn onder meer de volgende:

- Kregen de vreemdelingen instructies met betrekking tot de wijze waarop het werk verricht diende te worden van een vertegenwoordiger van ?;
- Door wie zijn de vreemdelingen in dienst genomen?;
- Wie heeft de vreemdelingen benaderd om de bewuste werkzaamheden uit te voeren?;
- Wie heeft de opdracht verstrekt tot het verrichten van de arbeid (zie HR 5 februari 2002, NJ 2002/579)?;
- Wie was de opdrachtgever van de werkzaamheden (zie HR 22 februari 2000, NJ 2000/297)?;
- Is er enige bemoeienis geweest met de werkzaamheden en de arbeidskrachten en zo ja, is de aard van die bemoeienissen en de intensiteit daarvan dusdanig geweest dat sprake is van werkgeverschap als bedoeld in art. 2 Wav (zie arrest Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 april 2006 in de zaak /OM, parketnr. 20-003418/04)?

Uit het boeterapport, noch uit een ander stuk, noch anderszins blijkt dat de aangetroffen arbeidskrachten feitelijk arbeid heeft laten verrichten als werkgever in de zin van de Wav.

kan niet ontkennen dat er in zijn bedrijf door personeel van arbeid is verricht.

Dat enkele gegeven is echter onvoldoende om aan te nemen c.q. te concluderen dat daarmee art. 2, eerste lid van de Wav heeft overtreden en dat die overtreding aan mag worden toegerekend.

Alvorens tot een dergelijke conclusie te kunnen komen, moet vast komen te staan (en derhalve onderzocht) dat als werkgever de arbeid heeft laten verrichten zonder een tewerkstellingsvergunning.



De rechtbank heeft ten onrechte nagelaten het feitelijk begrip werkgeverschap als bedoeld in art. 2 Wv van de hand van feiten en omstandigheden te beoordelen, terwijl dat voor een eventuele overtreding van de verweten norm juist noodzakelijk is.

Dit leidt ertoe dat het bestreden besluit niet voldoende zorgvuldig is genomen en bovendien niet berust op een (voldoende) deugdelijke motivering. In zoverre al kan het bestreden besluit geen stand houden.

De rechtbank heeft niet, althans onvoldoende, acht geslagen op de feitelijke samenwerking tussen en in de maand juni 2005.

Die feitelijke samenwerking wijkt in essentie af van hetgeen partijen voor oog stond ten tijde van het aangaan van de samenwerking als vastgelegd in de samenwerkingsovereenkomst die als bijlage 1 is gehecht aan het bezwaarschrift.

Het was de aanvankelijke bedoeling dat in de toekomst de vis in Polen zou kopen. Het was de bedoeling dat voor het vervoer van de vis zou zorgdragen. Vervolgens was het de bedoeling dat personeel van de vis schoonmaakte. Vervolgens was het de bedoeling dat de schoongemaakte vis van zou kopen (vgl. bijlage 14 en 15 bij het boeterapport).

Deze bedoeling ligt ook verankerd in de schriftelijke samenwerkingsovereenkomst.

Feitelijk was de samenwerking tussen partijen in de maand juni 2005 een andere.

Ten tijde van de controle was het die de vis inkoopt. kreeg de facturen van de ingekochte vis en betaalde daarvoor. betaalde ook de transportkosten van de ingekochte vis (vgl. bijlage 14 en 15 behorende bij het boeterapport).

In juni 2005 was de verplichting van geen andere dan met haar eigen personeel in het bedrijf van de vis schoon te maken en te verwerken (vgl. bijlage 14 en 15 bij het boeterapport). Op de feitelijke samenwerking tussen en is art. 49 EG van toepassing.

Voor dienstverlening ex art. 49 EG is niet vereist dat de dienstverlener werkzaamheden verricht die hij in het land van herkomst ook verricht.

Deze, niet gemotiveerde, overweging in het bestreden besluit, is naar Europees recht niet juist.

Overigens is onbegrijpelijk hoe de rechtbank tot de vaststelling is kunnen komen dat in Polen geen gelijksoortige werkzaamheden zou verrichten.



Dit blijkt immers niet uit het boeterapport. Evenmin blijkt uit het boeterapport dan wel anderszins dat in Polen geen reële en daadwerkelijke economische activiteiten zou ontplooiën, van meer dan marginale en bijkomstige aard.

Hoe de rechtbank ook tot dit oordeel heeft kunnen komen, is onduidelijk. Iedere onderbouwing daarvoor ontbreekt.

Daarbij betwist uitdrukkelijk dat een dergelijke voorwaarde, als door de rechtbank voorgehouden, relevant is voor dienstverlening ex art. 49 EG.

Ook om deze redenen kan het bestreden besluit geen stand houden.

Uit de getuigenverklaring van kan niet de conclusie worden getrokken dat de aangetroffen vreemdelingen in de maand juni 2005 de werkzaamheden nog aan het leren waren, zodat niet aannemelijk is dat deze werkzaamheden door haar reeds in Polen werden verricht.

heeft verklaard dat hij, een vriend en zeven Poolse mensen in het begin van de maand september 2004 bij hebben geleerd om de vis te verwerken en schoon te maken.

Door getuige is niet verklaard en de inspecteurs van de Arbeidsinspectie hebben daarom ook niet gevraagd, of en zijn vriend en de zeven andere Polen in de maand juni 2005 hebben gewerkt op het bedrijf van

De getuigenverklaring van is een historisch relaas van de feiten, waarbij door de getuige is verklaard dat de aangetroffen personen op 22 juni 2005 bij haar in dienst waren.

Over een 'leerproces' in de maand juni 2005 van haar personeel heeft zich niet uitgelaten en blijkt ook niet uit zijn verklaring.

Ook op dit punt dient het bestreden besluit te stranden.

Gelet op het bepaalde in het arrest valt het detacheren van werknemers (het ter beschikking stellen) onder het vrij verkeer van diensten. In zo'n situatie, als hier aan de orde, mag geen tewerkstellingsvergunning worden geëist.

De personeelsleden van hadden immers niet de bedoeling of intentie toe te treden tot de Nederlandse arbeidsmarkt.

De bewuste arbeidskrachten zijn niet toegetreden tot de Nederlandse arbeidsmarkt. Hieraan doet niet af dat de werkzaamheden plaatsvonden bij en/of dat de uitgevoerde werkzaamheden tot de normale werkzaamheden behoren van een bedrijf als |



De personeelsleden van _____ zijn na volbrengen van hun opdracht hier in Nederland teruggekeerd naar het land van herkomst

In zo'n situatie is de eis van een tewerkstellingsvergunning in strijd met art. 49 EG.

Ook voor dit punt geldt -evenals de hiervoor aangehaalde overwegingen uit het bestreden besluit- dat sprake is van een onjuiste en onzorgvuldige motivering!

V Te hoge boete

Meer subsidiair voert _____ aan dat de opgelegde boete, gelet op de ernst van de overtreding en in vergelijking tot andere beboetbare feiten disproportioneel en onevenredig is.

In aanvulling op de stellingen en de wren als vastgelegd in de onderliggende stukken voert _____ ten aanzien van de boete het volgende aan.

Een boete van € 8.000,00 per werknemer staat niet in verhouding tot andere beboetbare feiten, zoals onder meer blijkt uit de volgende voorbeelden.

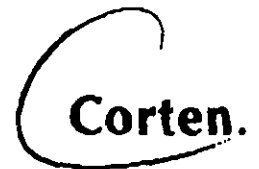
- overtreding artikel 4:52 Arbowet: het niet-naleven van de gezondheidseisen met betrekking tot asbest, levert op een boete van € 2.250,-;
- overtreding artikel 3:30 Arbowet: het niet plaatsen van stut- en taludvoorzieningen ter voorkoming van instorting levert een boete op van € 1.350,-, etc.

Al op 18 juni 2004 heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal zijn zorgen geuit over de hoogte van de boete (zie brief van 18 juni 2004 met kenmerk AAM/SAM/04/42872). In deze brief schrijft de Staatssecretaris: "(...) bestaat bij een hogere boete het risico dat de bestuursrechter de hoogte van de boete onevenredig hoog vindt, mede in vergelijking ten opzichte van boetes en transacties bij andere overtredingen. Bijvoorbeeld: een overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 met zwaar letsel of overlijden als gevolg geeft voor grote bedrijven een feitelijke boete van € 4.500,-. De Rechter zou een nieuwe afweging kunnen maken die uiteindelijk leidt tot een lager op te leggen boetebedrag dan nu wordt voorgesteld. Bij het voorgestelde boetebedrag van € 3.500,- acht ik de kans van een aanpassing zeer klein, omdat deze naar mijn mening zich goed verhoudt tot boetebedragen bij andere overtredingen".

Hiermee geeft de Staatssecretaris aan dat een boete van € 8.000,- per vreemdeling onevenredig is en niet in verhouding staat tot andere beboetbare feiten.

Conclusie

Met inachtneming van het vorenstaande verzoek ik u namens _____ het beroep gegrond te verklaren en de bestreden uitspraak te vernietigen en te bepalen dat het bestreden besluit in rechte geen stand

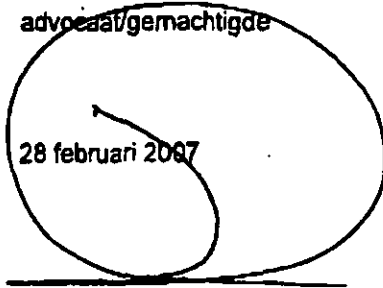


kan houden en dat de daartegen gerichte beroepen gegrond zullen worden verklaard, dit met veroordeling van de staatssecretaris in de kosten die Fieret in verband met de behandeling van dit beroep redelijkerwijs heeft moeten maken.

Hoogachtend,

P.J.M. Boomaars
advocaat/gemachtigde

28 februari 2007



Deze zaak wordt behandeld door Corten advocaten lawyers, mr. P.J.M. Boomaars, St. Ignatiusstraat 257, 4817 KK Breda, telefoon (076) 523 93 80, fax (076) 523 93 81. Zaaknaam Advies, nummer 07 11 0004.